

LA ADMINISTRACIÓN Y LO PÚBLICO
FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA REGULACIÓN AMBIENTAL

Oswaldo Francisco de la Fuente Castro

Tesis doctoral UCHILE – UPF / 2022

Directores de la tesis

Dr. Fernando Atria

Dr. José Juan Moreso

in memoriam

José Francisco Castro González

给陈太平

我欲与君相知，

长命无绝衰。

山无陵，

江水为竭，

冬雷震震，

夏雨雪，

天地合，

乃敢与君绝!

Agradecimientos

Concluir este proceso me resulta nostálgico. Son muchos recuerdos los que he acumulado en estos años, algunos muy tristes y otros muy felices. Inevitablemente, además, se me vienen a la mente personas que influyeron que mi decisión de iniciar un doctorado cuando mi carrera profesional ya se encontraba consolidada.

Agradezco a Marcos Andrade, Aníbal Martínez y Sebastián Riestra, quienes siempre han tenido tiempo para escuchar y discutir mis ideas. Sin ellos, posiblemente no hubiese empezado a cuestionarme de manera rigurosa el modo en que desenvuelve práctica ambiental chilena, que sirve de contexto de descubrimiento de esta investigación.

Flavia Carbonell y Juan Pablo Mañalich fueron determinantes en mi formación doctoral. Gracias a los seminarios que ofrecieron en el programa de doctorado en derecho de la Universidad de Chile sobre teoría del derecho, Wittgenstein y Davidson (años 2018, 2019 y 2020 respectivamente) pude desarrollar una base teórica que me permitió articular mis ideas de un modo que no pude anticipar. Su interés en mi proyecto y disposición a discutir ideas ha sido de mucho provecho e inspirador respecto a cómo llevar adelante una vida académica. No me resulta fácil documentar la influencia que han tenido en este trabajo.

Me inicié en la filosofía del derecho buscando respuestas a asuntos cotidianos que enfrentaba en mi trabajo profesional, los cuales muchas veces ni siquiera se encontraban cuestionados en textos dogmáticos. Encontré muchas de estas respuestas leyendo a Fernando Atria y José Juan Moreso, mis supervisores. Nunca imaginé que serían ellos quienes supervisarían mi investigación doctoral, que se encuentra inspirada en su obra académica. Su calidez humana y paciencia al escuchar mis ideas y tolerar mis exabruptos ha sido un enorme aprendizaje que intento replicar a diario.

Presenté avances de mi investigación en cuatro oportunidades en el seminario doctoral de la Universidad de Chile. Agradezco a José Miguel Valdivia, Luis Cordero, Flavia Carbonell y Carolina Bruna por los comentarios que prepararon dedicadamente para esas sesiones. También agradezco a quienes asistieron y comentaron esos borradores: José Antonio Sánchez, Claudia Rodrigo, Carolina Leiva, María Magdalena Bustos, João Cardozo, Danielle Zaror, Gustavo Poblete, Raúl Letelier, Matías Villalón. Y especialmente a Pablo Aguayo por su constante exigencia de rigurosidad en el modo en que presentamos nuestras ideas.

A mis camaradas de doctorado Carolina Leiva, Matías Villalón, Luis Sánchez, Ignacio Giuffré, Alba Lojo, Pablo Magaña, Adrián Herranz, Rubén Maciel, Chris Zhang, Ana Costa, Ronald Pacheco, Jorge Baquerizo, Rocci Bendezú, Emanuel Olivares. Mi estancia en Barcelona no hubiese sido la misma sin Camilo Quintero y Ana Carolina Carlos de Oliveira, a quienes agradezco el tiempo compartiendo piso en esa ciudad y su generosa amistad.

Como administrativista, no puedo dejar de mencionar a quienes hacen posible que opere la máquina burocrática que da soporte a un estudio doctoral, especialmente en mi caso, que fue realizado en un régimen de cotutela entre dos universidades de

países distintos. Agradezco, entonces, al Comité Académico del programa de doctorado de la Universidad de Chile y la Comisión Académica del doctorado en derecho de la Universitat Pompeu Fabra por autorizar la realización de mi doctorado en un régimen de cotutela. Mi doctorado fue financiado parcialmente por la Agencia Nacional de Desarrollo e Investigación (ANID), que me otorgó la beca para doctorado nacional y el beneficio complementario con el cual pude financiar parte de mi estancia en Barcelona. La Facultad de Derecho de la Universidad de Chile me otorgó una beca complementaria para financiar mi dedicación exclusiva al doctorado el año 2018. Agradezco a Isabel Montt, Bárbara Parada y Lluïsa Garcia por la agilidad con la que atendieron mis consultas.

A mi padres, Osvaldo y María Isabel, mis hermanas, Isabel y Constanza, y Kin, de quienes recibo un amor incondicional que me empuja siempre a seguir adelante.

Por último, pero no por ello menos importante, agradezco especialmente a Ivy (Taiping Chen). Las palabras me resultan toscas y rudimentarias para expresar lo que ha sido compartir una vida juntos. Este trabajo está dedicado a ella.

Resumen

Castellano

En este trabajo ofrezco una dilucidación acerca de la práctica legislativa de crear órganos administrativos para que se ocupen de sectores de lo público tomando como sector de referencia la regulación ambiental. Para ello, se critica y toma distancia del modo habitual en que la dogmática se aproxima a la actividad administrativa, el cual es caracterizado como el «paradigma de la norma prescriptiva imperfecta», ampliando el alcance de la dogmática recurriendo a lo que Hart llamó «reglas que confieren poderes». Se ofrece así una teoría de las potestad administrativas basada en la noción de responsabilidad-rol y de eficiencia sustantiva, con lo cual se hace reconocible el sentido político de la actividad administrativa.

Sobre la base de lo anterior, se establece como elemento que media entre la teoría del acto jurídico y la actividad administrativa la estructura de la decisión en un sector de lo público. Con ello, es posible comprender adecuadamente el deber de motivación y el procedimiento administrativo, en tanto responden a dicha estructura.

Català

En aquest treball ofereixo una dilucidació sobre la pràctica legislativa de crear òrgans administratius perquè s'ocupin de sectors públics, prenent com a sector de referència la regulació ambiental. Per això, es critica i pren distància de la manera habitual en què la dogmàtica s'aproxima a l'activitat administrativa, la qual és caracteritzada com el «paradigma de la norma prescriptiva imperfecta», ampliant l'abast de la dogmàtica recurrent al que Hart va anomenar «regles que confereixen poders». S'ofereix així una teoria de les potestats administratives basada en la noció de responsabilitat-rol i d'eficiència substantiva, fent reconeixible el sentit polític de l'activitat administrativa.

Sobre aquesta base, s'estableix com a element mediador entre la teoria de l'acte jurídic i l'activitat administrativa l'estructura de la decisió en un sector públic. Amb això, és possible comprendre adequadament el deure de motivació i el procediment administratiu, en tant que responen a aquesta estructura.

English

In this work I offer an elucidation about the legislative practice of creating administrative bodies to deal with public sectors, taking environmental regulation as a reference sector. To do this, it criticizes and takes distance from the usual way in which dogmatic approaches administrative activity, which is characterized as the «paradigm of the imperfect prescriptive norm», expanding its scope by resorting to what Hart called «rules that confer powers. I offer a theory of administrative power based on the notion of role-responsibility and substantive efficiency, with which the political meaning of administrative activity becomes recognizable.

Based on the above, the structure of the decision in a public sector is established as an element that mediates between the theory of the legal act and the administrative activity. With this, it is possible to have a better understanding of the duty of motivation and the administrative procedure, insofar as they respond to that structure.

Prefacio

Los problemas ambientales que enfrentamos son variados y complejos. Nos hemos acostumbrado a recibir noticias acerca de la extinción de especies, deforestación, sequías, cambio climático, pérdida de biodiversidad, contaminación del agua y del aire, etc. La respuesta institucional a estos problemas muchas veces se percibe por la ciudadanía como ausente o ineficaz. A pesar de múltiples conferencias internacionales, eslóganes en campañas políticas durante procesos electorales, iniciativas legales y activismo ambiental, varios de estos problemas siguen allí, resistiéndose a ser parte del pasado.

Con el propósito de entender el por qué, este trabajo intenta dilucidar la racionalidad de una, quizás la más común, de estas respuestas: la regulación directa frente a la contaminación. Para aproximarme al problema del cual me ocupo este trabajo es útil tener a la vista un ejemplo. El plan de descontaminación atmosférica de las comunas de Temuco y Padre Las Casas establece para las calderas cuya potencia térmica nominal sea mayor o igual a 20 MW un límite de emisión para material particulado de 30 mg/Nm₃, lo que debe ser acreditado anualmente por medio de un monitoreo continuo. ¿Cómo dar cuenta en términos jurídicos de esta regulación administrativa?

La expresión de esta norma por medio de conceptos métricos puede llevar a inferir que se trata de un asunto técnico del cual poco o nada corresponde decir a la ciencia jurídica. Bajo esta idea, la administración pública podría ser comprendida como una organización de expertos que responden a los problemas ambientales a partir de sus conocimientos especializados. Este tipo de órganos serían creados por ley con el propósito de delegar la decisión de estos asuntos a quienes mejor saben acerca de ellos. En estos términos, la respuesta que damos a los problemas ambientales como comunidad política sería confiar y delegar los problemas ambientales a expertos.

En este trabajo presento una hipótesis explicativa diferente, que rescata la relevancia del derecho y argumenta que los juristas podemos tener una voz propia frente a los problemas ambientales. Que quienes nos dedicamos al derecho podemos participar sustantivamente en contextos interdisciplinarios. Y que, para ello, es posible prescindir de la deriva principialista que ha caracterizado al derecho ambiental en los últimos cincuenta años (*vid.* Betancor 2001, 143-176; *cfr.* Scotford 2017). El camino que recorre este trabajo consiste en explorar la dimensión institucional del derecho para articular el modo en que los juristas pueden trabajar colaborativamente junto a profesionales de otras disciplinas en la solución de nuestros problemas ambientales.

La dimensión institucional del derecho no ha tenido mayor recepción en la dogmática administrativa dominante, la cual se articula fundamentalmente bajo la noción de control frente a los excesos de la administración. Esta comprensión del derecho administrativo es examinada en el primero capítulo con el propósito de abrir la discusión hacia el sentido de la práctica legislativa de crear órganos administrativos para que se hagan cargo de sectores de lo público. El primer capítulo se organiza en tres secciones. La primera de ellas se ocupa del estatus privilegiado de la ley en el sistema de fuentes a partir de una dilucidación del legalismo, que ofrece el contexto filosófico que permite aproximarse luego a las relaciones de la administración con la ley y con los jueces, a la cual dedico las otras dos secciones. El objetivo de este primer capítulo es mostrar que una discusión relevante para comprender el rol de la

administración frente a los problemas ambientales consiste en comprender cómo se construye lo público en nuestras sociedades contemporáneas.

El segundo capítulo se hace cargo de esto último presentando el contexto político e institucional de la práctica regulatoria ambiental. Su contenido se organiza en tres secciones. La primera de ellas revisa qué sentido tiene hablar, antes que nada, de comunidad política. Para ello se presenta una justificación de la necesidad de constituir una comunidad política, aprovechando las ideas formuladas por Kant en su *Metafísica de las costumbres*, especialmente el postulado de derecho público. Parte importante de la comprensión del derecho moderno se sustenta en una idea de autogobierno, según la cual una comunidad política se expresa por medio de una voluntad general que indica qué es aquello que va en el interés de todos. Esta idea es explorada a partir de la noción de compromiso conjunto desarrollada por Margaret Gilbert en el marco de sus explicaciones teóricas acerca de la acción colectiva y es complementada con una dilucidación del rol que cabe a los intereses en la configuración de lo público. Esto último conduce a analizar, en la segunda sección, los desacuerdos políticos, cómo emergen y se gestionan por medio de la deliberación democrática. Por último, se presenta al riesgo ambiental como una dimensión de lo público. En lugar de ofrecer una aproximación meramente teórica del riesgo, esta última sección inicia con una revisión de la práctica científica donde se formulan los enunciados que describen nuestro entorno. La comprensión de esta práctica científica es relevante porque aquí se encuentran las bases de lo que después será presentado en la discusión pública como riesgo. El riesgo es una construcción social que depende del conocimiento empírico del mundo pero que en gran medida es independiente de aquel porque refleja prioridades que descansan en los valores de una comunidad política determinada, la cual los acepta, distribuye y gestiona institucionalmente.

El capítulo tercero se centra en la noción de potestad jurídica, que aparece como relevante en el proceso de institucionalización del riesgo. Para ello se adopta como marco teórico la ontología social y se argumenta que las potestades jurídicas son normas constitutivas que instituyen un rol. A partir de ello, las potestades administrativas son caracterizadas como una clase de potestades fiduciarias y este carácter fiduciario de las potestades administrativas es analizado a partir de la noción de responsabilidad-rol, que denota aquello por lo cual responden quienes ocupan un cargo público. Como la institución de un rol tiene un propósito, en el caso de potestades administrativas la realización del interés general en un sector de lo público, se examinan la eficacia y eficiencia de la actividad administrativa, lo que permite ofrecer una perspectiva que complementa a la dogmática dominante y, en base a ello, formular una teoría de la discrecionalidad administrativa más allá del control frente al exceso en el ejercicio de potestades públicas. Esta teoría descansa en la necesidad práctica de contar con la estructura de la decisión en un sector de lo público que pueda realizar el valor de la eficiencia sustantiva por medio del ejercicio de potestades administrativas.

Finalmente, a la luz de lo presentado en los capítulos anteriores, el capítulo cuarto presenta en forma detallada parte del proceso de institucionalización del riesgo: la determinación normativa del riesgo ambiental por medio de la regulación directa. Con este propósito se ofrece una anatomía de las normas ambientales que determina el contenido del deber de motivación del acto administrativo, el cual, a su vez, determina la discusión durante el procedimiento administrativo.

En este trabajo lo público se entiende como el resultado del tránsito desde la primera persona singular a la primera persona plural. Este tránsito es posible sobre la base de dos supuestos que son asumidos en esta investigación: uno empírico y otro normativo.

Estudios antropológicos dan cuenta que distintas culturas humanas exhiben un grado de cooperación que hace posible constituir comunidades políticas más allá de la imagen opresiva sobre la cual se ha articulado gran parte de la filosofía política contemporánea (*vid.* Curry *et al.* 2019). Este supuesto no tiene el propósito de negar experiencias traumáticas de nuestra historia reciente. La estrategia consiste más bien en articular una concepción de lo público para la política ordinaria a partir de la cooperación social que experimentamos en grupos pequeños. Es a partir de este punto que es posible dilucidar la racionalidad de nuestras instituciones. Con ello, tomo distancia de explicaciones alternativas que asumen la imposibilidad de lo público porque conciben la organización de grupos humanos sobre la base de clases antagónicas e irreconciliables. Este modo de concebir la política no me parece atractiva porque incurre en un exceso de abstracción que no permite dar cuenta que una misma persona, según la dimensión de lo público que experimente, puede situarse en una categoría u otra. Además, la crítica que motiva esta comprensión antagónica de la política supone un parámetro que muestra nuestra realidad social como defectuosa. Y este parámetro es el reconocimiento recíproco que hace posible la cooperación social.

El supuesto normativo es que el problema político emerge desde la moralidad social, que define un marco compartido que hace inteligible nuestros desacuerdos políticos.^{vii} Nuestra vida política no arranca a partir de la nada, sino que emerge de un trasfondo de valores compartidos que, por medio de la deliberación pública, se van especificando y ajustando a las necesidades sociales que así lo requieran. Por cierto, la vida política no es sencilla y requiere de muchísima energía para alcanzar acuerdos y un entendimiento mutuo. Pero nada de esto sería posible sin un punto de partida común. Esta moralidad social, con todo, no es suficiente para dar estabilidad a una comunidad política. Su función consiste más bien en racionalizar nuestra vida política. Para alcanzar un grado suficientemente amplio de coordinación y cooperación, un grupo social recurre a distintos métodos (*vid.* Lovett 2016, 101-4) que enuncio y comento aquí brevemente:

- El método de la autoridad. Conforme este método el sentido de nuestras acciones o el contenido de nuestras creencias descansa en algo externo, ya sea la voluntad de un gobernante (autoridad-voluntad) o el conocimiento de quien se encuentra en una posición epistémica superior (autoridad epistémica).
- El método de la deliberación. Este consiste en decidir sobre la base de una discusión abierta entre agentes que se reconocen recíprocamente como pares. Nótese que la deliberación exige algo más que actuar en conjunto motivados por un fin compartido. Si pierdo mi billetera en la universidad tendré más probabilidades de éxito si la busco con la ayuda de mis colegas que si la busco

^{vii} Para dilucidar este punto parece inevitable revisar la noción hegelinana *Sittlichkeit* respecto de la cual solo puedo remitirme a literatura secundaria (*vid.* Taylor 1979 y Brandom 2019).

solo. La deliberación, según se explica con mayor detenimiento en el capítulo segundo, es el modo en que se expresa el reconocimiento recíproco que hace posible la democracia.

- El método de la negociación. Según este método, el resultado de nuestras acciones depende de la parte que tenga una mayor disposición y capacidad de pagar.
- El método de la convención. Éste consiste en seguir reglas previamente determinadas que, al ser establecidas, se proyectan para resolver casos futuros. Este método no solo opera de manera autónoma, sino que además ofrece el fundamento de los otros métodos en el sentido de que, sin algunas reglas mínimas, no es posible referir a ninguna autoridad, no es posible la deliberación ni tampoco la negociación.

A lo largo de este trabajo se hará referencia a estos métodos y, cuando sea pertinente, se profundizará en ellos.

1	LA SUJECIÓN A LA LEY	1
1.1	EL ESTATUS PRIVILEGIADO DE LA LEY EN EL SISTEMA DE FUENTES	1
1.1.1	<i>El legalismo</i>	1
1.1.2	<i>La ley como voluntad general</i>	10
1.1.3	<i>La perplejidad de los juristas frente a la indeterminación de las leyes.....</i>	16
1.2	LA ADMINISTRACIÓN FRENTE A LA LEY	21
1.2.1	<i>El principio de legalidad administrativa.....</i>	22
1.2.2	<i>El paradigma de la norma prescriptiva imperfecta.....</i>	27
1.2.3	<i>Las teorías reductivistas de las potestades jurídicas en la teoría del derecho</i>	39
1.3	LOS JUECES FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN.....	43
1.3.1	<i>La lucha contra las inmunidades del poder</i>	43
1.3.2	<i>Los estándares de control judicial de la administración.....</i>	47
1.3.3	<i>La deferencia judicial hacia la administración</i>	52
2	LO PÚBLICO	61
2.1	LA IDEA DE COMUNIDAD POLÍTICA	62
2.1.1	<i>El postulado de derecho público.....</i>	62
2.1.2	<i>La acción colectiva.....</i>	67
2.1.3	<i>El lugar de los intereses privados en lo público.....</i>	70
2.2	LOS DESACUERDOS POLÍTICOS.....	75
2.2.1	<i>La emergencia de nuestros desacuerdos políticos</i>	75
2.2.2	<i>Las razones públicas como lenguaje de la política</i>	81
2.2.3	<i>La constitución política como núcleo fundamental.....</i>	90
2.3	EL RIESGO AMBIENTAL COMO DIMENSIÓN DE LO PÚBLICO	97
2.3.1	<i>El conocimiento de nuestro entorno.....</i>	97
2.3.2	<i>La dimensión política del riesgo ambiental</i>	105
2.3.3	<i>El riesgo en el derecho.....</i>	113
3	UNA TEORÍA DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS.....	121
3.1	LA NATURALEZA DE LAS POTESTADES JURÍDICAS.....	121
3.1.1	<i>Las teorías no reductivistas en la teoría del derecho.....</i>	122
3.1.2	<i>La ontología de las potestades jurídicas.....</i>	128
3.1.3	<i>Las potestades administrativas.....</i>	133
3.2	RESPONSABILIDAD.....	138
3.2.1	<i>Ser responsable.....</i>	138
3.2.2	<i>Expectativas.....</i>	143
3.2.3	<i>Los principios de eficacia y eficiencia</i>	148
3.3	LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA MÁS ALLÁ DEL CONTROL JUDICIAL	154
3.3.1	<i>La legislación frente al derecho.....</i>	155
3.3.2	<i>La racionalidad de la administración.....</i>	159
3.3.3	<i>El contexto de la discrecionalidad administrativa.....</i>	163
4	LAS NORMAS AMBIENTALES.....	169
4.1	LA ANATOMÍA DE LAS NORMAS AMBIENTALES	169
4.1.1	<i>La regulación directa.....</i>	169
4.1.2	<i>Las normas de emisión</i>	175
4.1.3	<i>Las normas de calidad ambiental.....</i>	182
4.2	EL DEBER DE MOTIVACIÓN EN LA REGULACIÓN AMBIENTAL.....	187
4.2.1	<i>Su función de control del ejercicio de discrecionalidad</i>	188
4.2.2	<i>El balance de razones.....</i>	192
4.2.3	<i>El análisis costo-beneficio</i>	198
4.3	EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA REGULACIÓN AMBIENTAL.....	202
4.3.1	<i>Su función racionalizadora de la actividad administrativa</i>	203
4.3.2	<i>El expediente administrativo.....</i>	207
4.3.3	<i>La participación ciudadana.....</i>	211
5	CONCLUSIONES GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN	217
6	BIBLIOGRAFÍA	221

1 La sujeción a la ley

1.1 El estatus privilegiado de la ley en el sistema de fuentes

La idea de sujeción a la ley le asigna un rol destacado en la definición de los asuntos públicos al resultado del proceso deliberativo que ocurre en órganos compuestos por representantes de la ciudadanía como parlamentos o congresos (ley formal). En esta primera sección se ofrece una dilucidación de qué es aquello que un grupo humano consigue cuando los asuntos públicos más relevantes son definidos por medio de una ley formal y los límites que la remisión a dicho arreglo institucional tiene para ello. La discusión de esta sección, dedicada a dilucidar el estatus privilegiado de la ley formal en el sistema de fuentes, se organiza bajo tres subsecciones que revisan sucesivamente el legalismo, la ley como voluntad general y la perplejidad de los juristas frente a la indeterminación de las leyes.

Una adecuada comprensión de la función que cumple la ley formal en nuestras sociedades democráticas y sus límites nos situará en el contexto filosófico que permita luego presentar y evaluar las discusiones que han tenido lugar en la doctrina administrativa sobre dos cuestiones fundamentales para esta investigación: el principio de legalidad administrativa y el control judicial de la administración, que serán discutidas en las siguientes secciones de este capítulo.

1.1.1 El legalismo

La idea de que existen un conjunto de normas cuyo cumplimiento, por parte de quienes habitan un territorio determinado, hace posible vivir conforme a planes de vida significativos, se encuentra ampliamente difundida y, en términos generales, se encuentra detrás de lo que se tematiza bajo el término «imperio de la ley».²

Que un objetivo de este tipo pueda ser efectivamente alcanzado depende en gran medida del contenido de las leyes respectivas y el examen de la realidad jurídica que, en su conjunto, éstas crean corresponde a la teoría de la justicia. Sin perjuicio de ello, para los propósitos de comprender el estatus privilegiado de la ley en el sistema de fuentes solo interesa detenerse en observar qué es aquello que consigue un grupo social cuando se organiza bajo el imperio de la ley.

La discusión que aquí se presenta se aleja del tipo de consideraciones habituales en la literatura jurídica, donde se distingue entre una concepción sustantiva y otra procedimental del imperio de la ley (*vid.* Tamanaha 2004, 91-113). En lo que sigue, ofrezco una descripción general del fenómeno con la finalidad de comprender las razones que explican que la ley tenga este estatus privilegiado.

² La noción de «imperio de la ley» es muy controvertida, especialmente porque no parece tener un desarrollo similar en los países europeos donde se origina (*vid.* Loughlin 2010, 312-41). En iberoamérica, Moreso (2020, 155-68) afirma que el Estado de derecho es un ideal que se compone de tres subideales que forman una unidad orgánica: el imperio de la ley, el autogobierno democrático y la protección de los derechos humanos. La discusión de esta sección toma en cuenta al primero de ellos, usualmente caracterizado como una dimensión formal y procedimental (equivalente al *rule of law* anglosajón), pero intenta situar la discusión en un marco más general.

Para ello, conviene detenerse brevemente en dos rasgos culturales de las sociedades que se organizan bajo la idea del imperio de la ley. El primero consiste en el tipo de razonamiento basado en reglas y conceptos generales que en la literatura antropológica se denomina «legalismo».³ El segundo, se vincula con la idea moderna de que el derecho es voluntad, la voluntad del pueblo (que revisaré en la siguiente subsección). La suma de ambos rasgos culturales nos ofrece la idea fundamental de que gran parte de nuestra interacción con otras personas se resuelve en base a la referencia a reglas generales cuyo contenido puede ser atribuido a una decisión de la comunidad política a la cual pertenecemos.

En la antropología, el legalismo refiere a una forma social. Quizás la más común entre las culturas que conocemos. Pirie (2018, 1) explica que, en su diversidad, el legalismo consiste en «un estilo de pensar, escribir y argumentar, que describe y prescribe la conducta humana en términos de reglas, categorías y generalizaciones». Es un «modo de pensar y organizar el mundo» (2013, 2, 13). En suma, para esta autora (2013, 131)

legalistic thought separates fact and law, or what is presented as the «is» and the «ought», promising answers in cases of dispute and lending itself to a distinctive form of judicial decision-making, one that appeals to rules and generalities beyond the facts of the particular case.

el pensamiento legalista distingue entre hechos y derecho, o aquello que es presentado como el «ser» y el «deber ser», prometiendo una respuesta en caso de disputa y dándose a sí misma una forma distintiva de toma de decisión judicial, una que apela a reglas y generalidades más allá de los hechos del caso particular.

Con ello, el legalismo produce un efecto estabilizador en los grupos sociales. El derecho se presenta como un orden que trasciende al poder de quienes interactúan entre sí, estructurado en base a categorías y conceptos que articulan una realidad jurídica autónoma (Pirie 2013, 133-35) a la cual es posible referir en caso de conflicto (Pirie 2013, 144). En este sentido, es un lenguaje por medio del cual se organiza gran parte de nuestra interacción social y que sirve de marco general para la articulación de argumentos en caso de disputa o para la deliberación (Pirie 2013, 143, 156). En esta línea, es muy ilustrativa la metáfora dramática que ofrece Honoré (1977, 112) para caracterizar al fenómeno jurídico

The law is concerned with the relations between human beings and between them and animate objects viewed from a special point of vantage. To attain this point of vantage requires the transformation of the data of ordinary life into those of a special drama with its own personages, costumes, and conventions, not to mention the invention of new personages and relationships not found in the state of nature. To set the stage for this drama the law categorizes actions, events, personalities, and conditions in a special way and then, from their subsumption into the appropriate category, draws conclusions as to the legal position of the *dramatis personae* and *res*, their possibilities of acting and suffering, and their mutual relations.

El derecho se ocupa de las relaciones entre seres humanos y entre éstos y objetos animados desde un especial punto de vista. Para alcanzar este punto de vista requiere transformar los datos de la

³ En ocasiones se usa el término «legalismo» o «formalismo» en forma peyorativa para referirse a decisiones desatinadas y que se presentan como una mera aplicación insensible de la ley al caso concreto (*vid.* Pirie 2013, 148-50). Usaré el sufijo «-cismo» para referirme a esta actitud frente a problemas humanos («legalicismo»), imitando así el uso de términos como «cientificismo» o «historicismo» que aluden al uso exagerado de alguna disciplina fuera de sus dominios. Vuelvo a este punto más adelante para explicar la importancia de la distinción entre legalismo y legalicismo.

vida ordinaria en los de un drama especial con sus propios personajes, vestimentas, y convenciones, sin mencionar la invención de nuevos personajes y relaciones que no se encuentran en el estado de naturaleza. Para la puesta en escena de este drama, el derecho categoriza de un modo especial acciones, eventos, personalidades y condiciones, y luego, desde su subsunción en la categoría apropiada, extrae conclusiones tales como la posición legal del *dramatis personae* y *res*, sus posibilidades de actuación y sufrimiento, y sus mutuas relaciones.

Por cierto, esta realidad jurídica no es exhaustiva, ni inmutable. Tampoco libre de contradicciones. Como observa Korsgaard (1996, 1), la realidad, tal como se nos presenta, la podemos imaginar de modos diferentes. Y cada proyección de nuestra imaginación puede ser evaluada y comparada según el mayor o menor valor que les asignemos. Esta normatividad, propia de los seres humanos, ha motivado desde antiguo conflictos con el orden social que expresa el derecho. Ejemplos sobran. Hasta el año 1998 el Código Civil chileno clasificaba a los hijos entre legítimos, ilegítimos y naturales, institucionalizando una discriminación difícil de justificar racionalmente. Con todo, el derecho no solo nos permite organizar el mundo de un modo que pudiese llegar a veces ser percibido como un orden opresivo. Más importante aún, nos ofrece también los términos bajo los cuales el contenido del derecho en un sistema jurídico determinado puede ser criticado y reformado. En palabras de Pirie (2013, 12), el derecho puede ser usado «tanto para ejercer como resistir al poder», como lo demuestra, por ejemplo, el derecho internacional de los derechos humanos.

Para el legalismo, entonces, es posible juzgar parte relevante de nuestras acciones en referencia a un orden ya establecido, que se estructura en base a categorías generales. Gran parte de las situaciones que enfrentamos cotidianamente admiten ser subsumidas bajo alguna de estas categorías para asignarles la consecuencia jurídica establecida en una norma. En este sentido, Plunkett (2019, 105-6) señala que el derecho no guarda silencio sobre el estatus legal de *toda* posible acción. Muchas de ellas sí se encuentran, en determinados y específicos sistemas jurídicos, prohibidas, permitidas o son obligatorias (otra cosa diferente y ya más controvertida, explica, es en virtud de qué el derecho es de tal o cual modo en un sistema jurídico determinado).

Estas ideas se encuentran tan arraigadas en nuestra cultura que, desde el derecho, cuesta imaginar un orden social que no se corresponda con aquello que la antropología caracteriza como legalismo (*cfr.* los ensayos reunidos en Luque 2015).⁴ Por esta razón, resulta útil revisar sucintamente los planteamientos del particularismo moral, que defiende precisamente la inconmensurabilidad del caso concreto. Para esta doctrina moral, el razonamiento en asuntos morales no exhibe la estructura de una subsunción en la cual el caso concreto corresponde a una instancia del caso genérico establecido en la regla general (Timmons 2013, 307; Celano 2015, 155). Esta discusión nos permitirá apreciar qué es lo que se consigue en el ámbito jurídico con el legalismo (más allá de las virtudes que se le atribuyen al imperio de la ley).

⁴ Lo que no quiere decir que solo podamos imaginar una comunidad donde el legalismo no se encuentre presente. Como relata Pirie (2013, 143) «[w]e can contrast examples from the Tibetan region where, without laws to draw upon, it was difficult for judges to make authoritative decisions and judicial processes could only be concluded through agreement between the parties. This meant that in cases where the facts were in dispute the parties might be flogged until one changed his story, or sent to swear an oath in the temple.»

Para los particularistas morales, las distintas situaciones que se nos presentan en la vida lo hacen como un conjunto de circunstancias tan variables que ponen en duda la posibilidad de formulaciones genéricas que orienten nuestra acción (*vid.* Dancy 2017, 2015; Timmons 2013; Lance y Little 2006). El contexto de decisión se nos presenta exhibiendo rasgos o elementos que nos orientan en un sentido u otro, favoreciendo o desfavoreciendo una acción determinada, fenómeno que se ilustra bajo la idea de polaridad o valencia cuya dirección es irreductiblemente dependiente del contexto.⁵ Agregan quienes suscriben esta doctrina moral que los elementos que determinan el estatus deóntico de una acción no mantienen la misma polaridad en el tiempo. En un caso dicho elemento puede favorecer una acción determinada, pero en otro puede actuar en sentido contrario o incluso puede ser irrelevante. De ello se sigue una inestabilidad que no hace posible la formulación de principios morales. Para los particularistas, los principios morales pueden servir como artefactos útiles que nos recuerdan de qué manera se han decidido casos en el pasado o nos pueden ser útiles como herramienta pedagógica para volvernos competentes en el uso de conceptos morales (Lance y Little 2006, 578), pero en ningún caso pueden determinar el estatus deóntico de una acción. En lugar de ello, los particularistas afirman que se requiere de una capacidad moral para discernir, una sensibilidad moral que nos permita responder a los detalles moralmente relevantes del caso sin necesidad de descansar para ello en principios o reglas generales (Timmons 2013, 307, 320-21; Dancy 2015, 33).

El desafío que plantea el particularismo moral a las doctrinas éticas tradicionales ha motivado un intenso debate que se ha decantado en distintas posiciones con diversos grados de abstracción (*vid.* Timmons 2013; Lance y Little 2006). Para los propósitos de dilucidar el alcance del legalismo, resulta provechoso rescatar de esa discusión la posición de los particularistas epistemológicos.

Como explican Lance y Little (2006, 578), dentro de las tesis que se discuten bajo el bando particularista se encuentra aquella que sostiene que el conocimiento moral no consiste en inferencias ni en la aplicación de generalizaciones explicativas, sino que más bien en la destreza adquirida en el uso de conceptos (así también Dancy 2015, 30-32). La principal objeción al generalismo es que la abrumadora diversidad de generalizaciones morales que no admitirían excepciones se resiste a una formulación precisa que pueda ser útil para la decisión de casos futuros, y que éstas serían más bien solo un reflejo de veredictos sobre casos individuales pasados (Lance y Little 2006, 579). Bajo este entendimiento, los principios morales solo serían una generalización sobre el competente uso de un concepto y, en este sentido, serían enunciados analíticos: decir que la crueldad es algo malo equivaldría a decir que los objetos rojos están coloreados (Lance y Little 2006, 577). Por esta razón no podrían marcar pasos epistémicamente significativos desde las premisas a la conclusión.

⁵ Dancy (2004; 42; *vid.* también 2015, 23-25) formula una taxonomía de lo que llama «consideraciones relevantes», que ordena en pares según el tipo de relevancia que tengan y su polaridad, distinguiendo así entre consideraciones que habilitan/deshabilitan, favorecen/desfavorecen, e intensifican/atenuan. Para este autor, tener una razón es el resultado de un proceso donde interactúan estas consideraciones en el caso concreto, de manera que las razones no podrían ser previas a este proceso y por ello rechaza que puedan ser generales. Una objeción fuerte a esta idea en términos lógicos en Moreso (2020, 562-66).

Timmons (2013, 307) resume esta posición como la tesis de la abstinencia hacia los principios y la formula en los siguientes términos:

a morally committed agent who wants to come to correct verdicts about particular cases and act accordingly should not rely on moral principles of guidance.

un agente moralmente comprometido que quiera llegar a un veredicto correcto acerca de casos particulares y actuar conforme a ellos no debería apoyarse en principios morales que lo guíen.

Para este autor, la principal diferencia entre generalistas y particularistas se encuentra en la dirección que dan a la explicación de la moralidad (Timmons 2013, 317-18). Para los generalistas, la explicación se orienta hacia abajo: el estatus deóntico de una acción particular depende de una subsunción bajo un principio moral que así lo determina. Para el particularista, por el contrario, el estatus deóntico de una acción particular encuentra su explicación hacia arriba: para saber si una acción concreta, realizada en un conjunto particular de circunstancias, es correcta o incorrecta, es preciso determinar aquellos elementos que son moralmente relevantes y cómo en su conjunto se articulan entre sí para ofrecer un resultado que favorece o desfavorece una acción determinada en términos normativos. Se trata de una actividad narrativa en la cual se muestra cómo estos elementos en forma holística explican el estatus deóntico de la acción.

Desde el derecho, esta discusión pareciera ser muy lejana porque no hay dudas de que el razonamiento jurídico exhibe rasgos inequívocamente generalistas (*vid.* Moreso 2020, 451-68, 549-76).⁶ Lo que interesa de este debate en la filosofía de la moral es capturar algunos elementos que nos permitan comprender por qué el derecho es generalista. Con ello, espero poder mostrar la importancia del legalismo para nuestras sociedades modernas.

Para el generalismo, es posible observar una regularidad que determina el estatus deóntico de las acciones. Con el propósito de poder apreciar la relevancia de esta idea para una comprensión del legalismo me apoyaré en Korsgaard (1996; 223-233; y 2009, 59-80).⁷

⁶ Creo importante realizar aquí una aclaración acerca de este debate dentro de la literatura jurídica. A mi entender, el particularismo moral no se vincula con la derrotabilidad de las reglas, porque la derrotabilidad asume la formulación de una regla general que es derrotada (*cf.* Celano 2015, 157 nota 15, quien entiende el problema de la compatibilidad entre el imperio de la ley y el particularismo como una reformulación del problema de la equidad en el derecho, que luego llama «reconsideración de la regla»). En estos términos, creo que el particularismo no tendría problemas en admitir la generalización del derecho bajo el entendimiento que ofrece de los principios morales como artefactos útiles pero que, en definitiva, no son determinantes en el razonamiento moral. Así parece entenderlo Celano (2015, 158), al ubicar a las reglas jurídicas en lo que llama un «segundo plano» del razonamiento práctico, argumentando en favor de la compatibilidad entre imperio de la ley y particularismo (2015, 162). Un comentario a la tesis de Celano en Moreso (2020, 549-76). Yo aquí solo agregaría que favorecer un modelo de reglas no solo tiene que ver con un ahorro de esfuerzos individuales, minimizar errores, previsibilidad y posibilitar el control del ejercicio del poder público, sino que hay algo más profundo: la deliberación pública no puede ser reemplazada por un soliloquio. El valor de la deliberación dice relación con el reconocimiento recíproco entre agentes, que no puede ser reemplazado por una simulación individual, como pareciera sostener el particularismo (*vid.* 2.2.2).

⁷ Korsgaard (2009, 73-75) distingue entre principio general, principio provisionalmente universal y principio absolutamente universal. Un principio general aplica a una gran generalidad de casos parecidos, mientras que un principio universal aplica solo a casos de un mismo tipo, admitiendo una

Según esta autora, nuestra capacidad humana de tomar una distancia reflexiva respecto de los deseos e impulsos del mundo natural y social al cual pertenecemos nos lleva a concebirnos normativamente a nosotros mismos como persona, como agentes que deliberan y actúan en base a razones. Para Korsgaard, esta distancia reflexiva nos conduce a concebir nuestras razones como universales, porque solo así es posible expresar lo que somos.⁸ Y para poder identificar qué es aquello que nos constituye como persona es necesario una regularidad. Se precisa de alguna conexión que haga inteligible una proyección de la máxima que adoptamos como principio de nuestra acción más allá de las circunstancias específicas del caso.

Esta conexión obedece a una noción de necesidad racional. Si nos concebimos como seres racionales, nuestras acciones o creencias se encuentran constreñidas por una mínima coherencia basada en un principio de no contradicción (*vid.* Davidson 2004, 48-50; Mosterín 2008). Y al igual que ocurre con la causalidad en el mundo físico, para identificar aquello que conecta nuestras razones con nuestras acciones o creencias se requiere de una regularidad. De lo contrario, no sería posible justificar dicha conexión ni tampoco podríamos distinguir la acción que obedece a nuestro querer de aquella que responde irreflexivamente a los estímulos de nuestro entorno. En la medida en que la concepción que tenemos de nosotros mismos como agentes asume que los impulsos y deseos no son el principio de nuestra acción, que somos capaces de trascender el mundo natural y comprendernos, en tanto agentes racionales, como causa de nuestras acciones, nos comprometemos a actuar de un modo regular, a seguir una ley universal. Dice Korsgaard (1996, 228)

if *all* of my decisions were particular and anomalous, there would be no identifiable difference between *my acting* and *an assortment of first-order impulses being causally effective in or through my body*. And then there would *be* no self - no mind - no me who is the one who does the act. (énfasis en el original)

si *todas* mis decisiones fueran particulares y anómalas, no podría haber una diferencia identificable entre *mi acción* y *algún arreglo de impulsos de primer orden causalmente efectivos en o a través de mi cuerpo*. Y por tanto no podría *existir* un yo - una mente - que sea quien realiza el acto.

Para que pueda ser causa de mis acciones, entonces, el querer requiere ser universal, debe cubrir no solo el caso presente, sino que también casos futuros. De allí la fórmula del imperativo categórico kantiano: «obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal» (Kant 1921, 67). Es importante notar que, como explica Torretti (1992, 152), el querer aquí tiene un significado preciso: consiste en una determinación, querer algo es «estar plenamente

revisión frente a excepciones en el caso de que sea provisional. Este último se diferencia del principio general porque la ocurrencia de una excepción no resulta sorpresiva y por ello no invita a su revisión. Bajo esta terminología, me parece que lo que discute el particularismo sería la posibilidad de principios universales, lo que haría que sea más apropiado referirse a lo opuesto al particularismo como «universalismo». Con todo, «generalismo» parece el término más común en estas discusiones.

⁸ *cfr.* Corbí (2015, 52-55), quien le imputa a Korsgaard un universalismo que no tiene en cuenta el carácter de las personas, y propone comprender los términos de esta relación en base a «un tejido de proyecciones sujeto a cierta disciplina narrativa». Con todo, cabe señalar que el querer universal kantiano, que sigue Korsgaard explícitamente, no pareciera perseguir una uniformidad que redunde en negar el carácter de las personas. Más bien ofrece un método para evaluar la acción moral desde lo que somos en nuestras precisas circunstancias y constituirnos así en el principio de nuestra acción (*vid.* Torretti 1992, 158-61).

decidido a contribuir con todas sus fuerzas a lograr su realización». De allí que la universalización del querer, actuar como voluntad legisladora, es lo que dota de normatividad a la máxima, constriñe a la voluntad y la vuelve reconocible. Así, Korsgaard (1996, 232) señala que

it is the claim to universality that *gives* me a will, that makes my will distinguishable from the operation of desires and impulses in me. If I change my mind and my will every time I have a new impulse, then I don't really have an active mind or a will at all - I am just a kind of location where these impulses are at play. And that means that to *make up my mind* even now - to give myself a reason - I must conceive my reason as an instance of some general type. (énfasis en el original)

es la apelación a la universalidad la que me *da* una voluntad, lo que hace a mi voluntad distinguible de la operación de los deseos e impulsos en mí. Si yo cambio mi mente y mi voluntad cada vez que tengo un nuevo impulso, entonces no tengo realmente una mente activa ni tampoco una voluntad - solo soy una especie de punto donde esos impulsos actúan. Y eso quiere decir que para *constituír mi mente* incluso ahora - para darme una razón - debo concebirla como una instancia de una general.

Esta idea de que la regularidad, el querer conforme a una ley universal, permite dar unidad al agente es lo que nos permite además hablar de una comunidad política, la cual existe como tal porque se encuentra sujeta a una misma ley (Korsgaard 1996, 233). Como señala Torretti (1992, 160), la noción de voluntad legisladora consiste en regular nuestra conducta con vistas «al orden ideal que en ella se puede encarnar».⁹ Esta idea fundamental es la que recoge el legalismo: podemos racionalmente diseñar el orden social al cual pertenecemos, donde racionalmente significa aquí bajo criterios compartidos.

Para Shklar (1964, 1) el legalismo es una actitud ética, según la cual la conducta moral consiste en seguir reglas y que las relaciones morales se estructuran en base a deberes y derechos establecidos por reglas. En Shklar (1966, 51) lo explica en los siguientes términos

In brief, this outlook amounts to the belief that morality consists of following rules and that moral relationships are a matter of duties and rights assigned by rules. Claims and counterclaims *should* be made in terms of shared and enduring principles, and the impartial assessment of what is due to all claimants - justice - is seen as the highest and most rational form of moral conduct. (énfasis en el original)

En breve, esta perspectiva equivale a la creencia de que la moralidad consiste en seguir reglas y que las relaciones morales son un asunto de deberes y derechos asignados por reglas. Demandas y contrademandas *deben* ser realizadas en los términos fijados por principios compartidos y estables, y la evaluación imparcial de que es lo debido a todos los demandantes - justicia - es vista como la más alta y más racional forma de conducta moral.

⁹ Mas adelante agrega «el pensamiento ético de Kant no implica que la comunidad moral de los hombres sea una ilusión irrealizable, sino más bien justamente que la comunidad humana sólo es posible si los hombres la entienden como comunidad moral. En los apetitos no puede basarse una comunidad de todos los hombres, pues en cuanto coinciden generan rivalidades, en cuanto divergen son fuente de incomprendiones. La común capacidad de dictar las leyes de la propia conducta, manifestada en el común reconocimiento de la exigencia incondicionada de ejercer esa capacidad, basta en cambio, si todos los hombres efectivamente acatan dicha exigencia, para consolidar la más perfecta comunidad entre ellos. No importa que la ley que se dé cada uno no concuerde con las que se den los otros. La comunidad moral no se funda en la coincidencia del contenido de las conductas y sus máximas, sino en la identidad del principio que las determina» (Torretti 1992, 163).

El legalismo, así comprendido, es un fenómeno muy extendido y admite diversos grados de intensidad y eficacia (Shklar 1966, 56). Ha proveído de los estándares organizativos y los ideales operativos para un vasto número de grupos sociales, desde instituciones gubernamentales a clubes privados, siendo para esta autora la jurisdicción la perfección de la moralidad legalística (1964, 1-2). En contraste con este legalismo, que la autora califica como una ideología política civilizada (Shklar 1966, 51), la autora observa una tendencia entre juristas de abstraer los conceptos jurídicos de su contexto social y con ello exagerar el alcance de su relevancia (tendencia que en este trabajo llamaré «legalicismo», aunque Shklar se refiere a ambos sentidos bajo el mismo término: «legalismo»), en perjuicio de otros modos de prevenir conflictos que se encuentran presentes en nuestras sociedades, tales como negociaciones, acuerdos, amenazas y persuasión, los cuales no serían compatibles con el legalismo (Shklar 1966, 54).¹⁰

Quisiera detenerme en este punto para explicar por qué me parece importante distinguir entre «legalismo» y «legalicismo». Lo que intento capturar con esta distinción es que existe una dimensión importante de nuestra vida social que descansa en el seguimiento de reglas generales y que esto hace posible la constitución de una comunidad política (legalismo). Su fuerza se aprecia en la tendencia a llevar esta manera de razonar a lugares donde es completamente impertinente y perjudicial (legalicismo). Al usar dos términos diferentes para referirse a la versión virtuosa y la defectuosa del generalismo en el derecho es posible no perder de vista la importancia de la primera de ellas y especialmente sus límites, es decir, que en un punto deja de ser beneficiosa. El neologismo que aquí propongo tiene el propósito de no perder de vista lo anterior.

Refiriéndose al legalicismo, Shklar (1966, 2; 1966, 52-53) lamenta la distancia que había tomado la ciencia jurídica anglosajona de la época de otros tipos de teoría social, y afirma que ha sido esta circunstancia la que la habría vuelto irrelevante. A pesar de ello, explica, el legalicismo cuenta con una férrea y transversal defensa por parte de juristas prácticos y teóricos (Shklar 1966, 52), que la haría dominante en nuestras sociedades. Dice Shklar (1964, 2)

[theories of law] have been devised almost exclusively by lawyers and philosophers who agree in nothing but taking the prevalence of legalism and of law for granted, as something to be simply defined and analysed. The consequences for legal theory have not been altogether fortunate.

[las teorías del derecho] han sido concebidas casi exclusivamente por juristas y filósofos quienes están de acuerdo en nada más que la prevalencia del legalismo y el derecho como algo dado, como algo que simplemente requiere ser definido y analizado. Las consecuencias para la teoría jurídica no han sido para nada afortunadas.

Explica esta autora que la hegemonía del legalicismo habría llevado a la ciencia jurídica a aislarse completamente del contexto social del cual emerge, especialmente porque toma al derecho como algo ya dado y que presupone un acuerdo que hay que preservar (Shklar 1964, 87, 95). Esta unidad que observa Shklar entre los juristas

¹⁰ Haciendo uso de este último sentido y reflexionando sobre la práctica constitucional chilena, Atria (2002) critica al legal[ci]simo porque no hace posible el autogobierno al juridificar el conflicto político asumiendo que siempre existe una norma que lo gobierna (método de la convención), lo que impide que como comunidad política sea posible reflexionar sobre la realidad jurídica bajo la cual se discute un caso (método de la deliberación).

consiste en un conjunto de creencias y preferencias compartidas, que conceptualiza como una ideología, la cual, si bien es ampliamente compartida en nuestras sociedades configurando un *ethos* social, se mostraría de manera más intensa entre quienes se ocupan de asuntos jurídicos debido a su formación profesional.

El principal problema del legalicismo es que no podría dar cuenta de la diversidad social ni mucho menos promoverla porque al asumir al derecho como algo dado pierde su conexión con las circunstancias de la deliberación que precede al establecimiento de una regla. Al contrario, para el legalicismo el derecho no solo se encontraría separado de la política, sino que sería un «modo de acción social» superior a ella (Shklar 1964, 8, 111; Atria 2002). Y aquí se revelaría el principal defecto del legalicismo. Para Shklar (1966, 56)

Legalism as an ideology is at its worst when it insists upon an uncompromising policy of judicialization. Some problems are simply unfit for adjudicative treatment.

El legalismo es una ideología en el peor sentido cuando insiste sobre una política de la judicialización. Algunos problemas simplemente no se ajustan a un modo adjudicativo en su tratamiento.

Por último, para esta autora el legalicismo presenta un inevitable carácter conservador. Como habitualmente la actividad de los juristas descansa en lo que ya ha sido establecido y aceptado, el legalicismo se convierte en una actitud que favorece el *statu quo*. Asimismo, este carácter haría posible una extraordinaria capacidad de adaptación de los jueces frente a cambios sociales, favorecido por la pretendida «imparcialidad neutral» propia del legalicismo, que comprende la moralidad como el seguimiento de reglas, sean cuales sean (Shklar 1964, 10).

Shklar (1964, 12, 38; 1966, 56-57) no cree que dicha neutralidad sea posible. La promesa de neutralidad del legalicismo se muestra como un engaño, el cual ejerce una presión que termina conduciendo al derecho natural a negar la diversidad (1964, 63-64), al positivismo jurídico a un formalismo extremo (1964, 33-34), y a los jueces a una severa incomodidad (1964, 101).¹¹

La crítica de Shklar es interesante porque proviene desde afuera de la teoría jurídica. La autora articula una protesta frente a lo que he llamado «legalicismo»: la idea de que *todos* los asuntos humanos pueden ser resueltos apelando a alguna decisión previa, idea que niega nada más ni nada menos que nuestra capacidad de constituirnos y comprendernos como una voluntad legisladora.¹² El legalismo, por el contrario, y siguiendo a la literatura antropológica, consiste en un modo de razonamiento basado en conceptos y reglas generales, pero no supone que todo esté resuelto como asume lo que he llamado legalicismo. En gran medida nos ofrece las

¹¹ Para Shklar la neutralidad de los jueces no sería posible en parte porque para ella jurisdicción y legislación serían equivalentes funcionales (*vid.* Shklar 1964, 56-57, 107), aunque deja abierta la posibilidad de una diferencia entre ellas que no explora. El legalismo que aquí caracterizo no necesita del escepticismo frente a las reglas que parece suscribir Shklar.

¹² Para ser justo, la caracterización de Shklar no podía ser de otra manera si se presta atención al hecho de que los juristas han considerado desde antiguo que lo paradigmático del fenómeno jurídico es la actividad de los jueces (*vid.* 1.1.3 y Atria 2016, 160-66).

bases para una comprensión diacrónica de una comunidad política que se construye en base a la deliberación entre agentes que se reconocen como iguales.

En este contexto más general, MacCormick (1989) plantea la discusión del legalismo como una indagación respecto de hasta qué punto es deseable filtrar la moralidad de una acción con el derecho positivo (1989, 186). De allí que ofrezca una concepción de legalismo ligeramente distinta a la de Shklar. Dice MacCormick (1989, 184)

legalism is to be understood as the stance in legal politics according to which matters of legal regulation and controversy ought so far as possible to be conducted in accordance with predetermined rules of considerable generality and clarity, in which legal relations comprise primarily rights, duties, powers and immunities reasonably clearly definable by reference to such rules, and in which acts of government however desirable teleologically must be subordinated to respect for rules and rights.

el legalismo debe ser entendido como la posición en política jurídica conforme a la cual aquellos asuntos sujetos a regulación legal y controversia deben ser conducidos, en la mayor medida que sea posible, conforme a reglas determinadas y de una considerable generalidad y claridad, donde las relaciones jurídicas consistan primariamente en derechos, deberes, potestades e inmunidades razonablemente claras y definibles en referencia a tales reglas, y que los actos del gobierno, independiente de cuán deseables teleológicamente, deben estar subordinados a reglas y derechos.

Esta caracterización admite ser leída como una respuesta a Shklar. MacCormick se distancia de lo que llama la «falacia positivista», según la cual el derecho es algo dado (1989, 189) e incluso señala que más allá de ciertos umbrales el valor del legalismo se cancela y deja entrar argumentos morales puros (*raw moral arguments*) para completar al derecho, sin que con ello pierda fuerza el valor del legalismo dentro de ese umbral (1989, 192). Para MacCormick (1989, 188), el valor del legalismo radica en la posibilidad de construir una comunidad desde la cual se vuelve inteligible nuestra agencia moral, que concibe como una independencia en la interdependencia que solo es posible en comunidad. En definitiva, es la base para una comprensión del derecho como una práctica social.

De acuerdo con estas explicaciones, el valor del legalismo se encuentra en los espacios de imparcialidad en contextos de polemicidad que hace probables (Atria 2016, 269-71; 2020, loc 1034). Siguiendo a Vilajosana (2010, 166), el legalismo hace inteligible que dispongamos de criterios compartidos para identificar el derecho de tal modo que éste exhiba cierta autonomía frente a otros órdenes normativos. La relevancia de prestar atención al legalismo para los propósitos de este trabajo radica en que los asuntos que prioriza una comunidad política y entrega al derecho responden a una decisión política que configura lo público.

1.1.2 La ley como voluntad general

Para el legalismo, la pregunta sobre cómo actuar en nuestra interacción social en muchos casos puede ser respondida consultando a la ley.¹³ En el mundo antiguo o premoderno, esta era una tarea de los juristas. En efecto, en el contexto bajo el cual

¹³ Para el legalicismo, vale la pena recordarlo, esta pregunta siempre encontrará alguna respuesta jurídica sustantiva. La variante más difundida en hispanoamérica en este sentido es el neoconstitucionalismo (*vid.* Atria 2016, 67-75; *cfr.* Moreso 2020, 117-53). Nótese que el legalismo, en los términos explicados en 1.1.1, no rechaza la práctica constitucional, sino que pretende situarla en sus justos límites.

se desarrolló el derecho romano, el término *jurisprudencia* hacía referencia a la «ciencia jurídica» en un sentido amplio. Según explica Schulz (1946, 1), ésta comprendía toda dedicación al derecho: su creación, aplicación, exposición y transmisión. Su enseñanza se desarrollaba bajo un modelo de maestro-discípulo. Con ello, se buscaba que el aprendiz se impregnara del «espíritu del derecho» en base a la observación atenta y constante a su maestro en acción. No existían estudios formales ni tampoco una dilucidación filosófica acerca de conceptos fundamentales, sino que se trataba más bien de una formación casuística que tenía como propósito adquirir un buen hábito de decir el derecho bajo la influencia de destacados juristas (Schulz 1946, 56-58, 130-31). Complementariamente, esta figura del «maestro» explica también el rasgo autoritativo del derecho romano. Las decisiones carecían de un desarrollo argumental como lo conocemos hoy y descansaban en la *auctoritas* de quien las emitía (su prestigio). Y la razón para aceptar las decisiones así establecidas se encontraba en la difundida creencia de que quienes se dedicaban seriamente a estos asuntos poseían una percepción intuitiva del derecho (Schulz 1946, 17, 23-24, 61, 124). Schulz (1946) advierte en ello la influencia de Aristóteles, quien en la *Ética a Nicómaco* (III, 1113a29 en Aristóteles 1985, 188) señaló

El hombre bueno, en efecto, juzga bien todas las cosas, y en todas ellas se le muestra la verdad.

Esta actitud frente al fenómeno jurídico se explica por la cosmovisión del mundo antiguo, influenciada por las ideas de Platón y Aristóteles (*vid.* Rommen 1998, 3-29, especialmente 12-17). Para Korsgaard (1996, 1-5), con la modernidad esa cosmovisión fue invertida: mientras en la antigüedad el mundo era una aproximación a una forma perfecta (Platón) o la actualización de una potencia (Aristóteles), y por ello nuestras decisiones quedaban expuestas a ser revisadas a la luz de un orden que las trasciende, el derecho moderno responde a una voluntad, que se expresa en una decisión tomada por una persona o un grupo de personas en representación de una comunidad política y que por ello se imputa a ella. Y en este contexto, como explica Atria (2016, 49-66), fue el positivismo jurídico la tradición jurídica que articuló este cambio fundamental.

Los asuntos públicos quedan desde entonces encomendados a un tercero que ejerce potestades públicas fiduciarias en interés de la comunidad política que representa. Comentando lo que llama la «metáfora de la representación» de Hobbes, Gauthier (1969, 176), señala

Legitimate political power, or political right, comes from the people, in the sense that it must be exercised in their behalf, to secure those of their objectives which cannot be attained by their individual actions.

El poder político legítimo, o el derecho político, proviene del pueblo, en el sentido de que debe ser ejercido en su nombre, para asegurar aquellos objetivos que no pueden ser conseguidos por medio de sus acciones individuales.

Para Hobbes, la representación es una manera de responder a un problema de la agencia colectiva. Al encomendar a un tercero, que se instituye especialmente para que actúe a nombre de los mandantes, éstos pueden tomar distancia de los asuntos públicos bajo la creencia de que, desde una perspectiva lejana a sus intereses inmediatos, es posible superar las circunstancias que reúne el estado de naturaleza. Para que esta estrategia pueda funcionar, piensa Hobbes, es necesario que el único actor político sea el soberano así instituido (*vid.* Hobbes 1996, cap. 18). Si bien la ciudadanía, al encomendarle al soberano que actúe a su nombre, queda fuera de la

política, es interesante notar que para este autor el origen de la ley civil no sea la mera voluntad del soberano. Al final del capítulo 30 de *El Leviathan* señala que la información para definir qué regular y cómo regular debe ser recogida directamente de la ciudadanía, porque conocen mejor sus necesidades.

Esta renuncia a una vida política activa haría posible que las personas puedan dedicarse libremente a sus asuntos, que no es otra cosa que la paz que motiva la creación del estado civil. De allí, que Gauthier (1969, 142) presente la concepción de libertad de Hobbes del siguiente modo

Either A has the right to do X in order to preserve himself, or A has the right to do X in order to avoid the greater present danger to his preservation, or A has the right to do X because it is neither incompatible with his authorization of the sovereign nor forbidden by (civil) law.

A tiene el derecho de hacer X para su preservación personal, o A tiene el derecho de hacer X para evitar un gran daño inminente a su preservación, o A tiene el derecho de hacer X porque no es incompatible con la autorización otorgada al soberano ni prohibido por la ley civil.

En su célebre caracterización del estado de naturaleza, Hobbes advertía que cuando vivimos sin otra seguridad que aquella que nos pueda proporcionar nuestra propia fuerza e invención, no hay espacio para la cultura humana (Hobbes 1996, 89) ni el disfrute despreocupado de nuestra libertad (*vid* Gauthier 1969, 142-44). Por esta razón, las personas instituyen al Estado. Como explica Gauthier (1969, 144), para Hobbes «el Estado debe proveer aquellas condiciones bajo las cuales los seres humanos puedan alcanzar sus fines».

Por cierto, aún estamos lejos de ello. En lo que puede ser leído como una respuesta a Hobbes, Rousseau (2017, 4) inicia su *Contrato social* diciendo que «el hombre ha nacido libre y en todas partes se encuentra encadenado». Como observa West (2003, 137-45), la caracterización de Hobbes del estado de naturaleza no se encuentra muy alejada de experiencias modernas, como es el caso de regímenes políticos autoritarios, la dominación que experimentan algunos grupos sociales, o la concentración de poder que facilitan las reglas actuales de libre competencia. Con todo, la constitución de un Estado es, para Hobbes, la mejor alternativa que tenemos para no estar expuestos al poder privado y de este modo ser genuinamente libres.

West (2003) rescata esta idea fundamental para integrarla en la ética legalista y, en base a ello, formula lo que llama una «enmienda amistosa» a la caracterización del legalismo de Shklar que nombra «legalismo pacifista». Inicia su argumento recordándonos la caracterización del legalismo como ideología de Shklar (2003, 120)

legalism, because of its insistence on the morality of conduct that conforms with rules laid down in the past, indirectly commits lawyers of all stripes to the proposition that law is simply there - if one has a moral duty to obey rules, it must be the case that the rules are there - and accordingly, legalism commits lawyers to the formalist claim (which she clearly finds dubious) that existing law fully determines all questions posed by conflicting rights and duties.

el legalismo, por su insistencia en la moralidad de la conducta que se conforma con reglas establecidas en el pasado, indirectamente compromete a juristas de todo tipo con la proposición de que el derecho se encuentra simplemente allí - si uno tiene un deber moral de obedecer reglas, tiene que ser el caso que las reglas se encuentre allí - y, consecuentemente, el legalismo compromete a juristas a afirmar que el derecho existente determina completamente todas las preguntas planteadas por derechos y deberes en conflicto (algo que ella claramente encontraba dudoso).

Recordemos que para Shklar (1964, 2) la institución paradigmática del legalismo es la jurisdicción. Ocurre, sin embargo, que el derecho moderno comprende tres instituciones jurídicas diferenciadas: legislación, administración y jurisdicción (Atria 2016, segunda parte). La ausencia de una comprensión del legalismo que incluya a cada una de ellas hace muy difícil comprender el fenómeno jurídico en forma completa y, por esta razón, West (2003, 125) sostiene que la propuesta de Shklar es subinclusiva. El legalismo pacifista de West intenta remediar lo anterior enfatizando como momento característico la creación de normas. La legislación, entonces, sería el mecanismo contra la violencia privada, asumiendo como idea fundamental lo siguiente (West 2003, 131)

Public power exercised in the interest of the people is to be preferred to private violence exercised toward the end of individual vainglory, or the consequences of that violence.

El poder público ejercido en el interés del pueblo debe ser preferido a la violencia privada ejercida con el propósito de la vanagloria individual, o las consecuencias de esa violencia.

Aquello que va en interés del pueblo (*the people*) corresponde en el entendimiento moderno a la voluntad general. Se le reconoce a Rousseau popularizar un uso político de este término, que era central para la teodicea (*vid.* Riley 2015). Como explica Williams (2015, 219-20), este concepto ha recibido en la literatura especializada sobre la obra de Rousseau dos interpretaciones.

Para un sector, refiere a un procedimiento por medio del cual se genera el contenido sustantivo de la voluntad general. Para el otro, la expresión de la voluntad general se encuentra precedida por un compromiso con valores sustantivos. Para Williams (2015) la voluntad general es más compleja e integra ambos elementos.¹⁴ Un primer elemento se encuentra en la comprensión de Rousseau respecto del cambio que se produce con la transición del estado de naturaleza al estado civil. En este último, nos liberamos de los impulsos inmediatos que nos proveen nuestros instintos y con ello nos constituimos como agentes morales, requisito indispensable para que una comunidad política se mantenga en base a una voluntad general que se expresa por medio de una ley. De hecho, para Rousseau no es el autointerés, sino que la fraternidad lo que hace posible transitar de la primera persona singular a la primera persona plural (Williams 2015, 238-39).

Pero en el estado civil surgen otros problemas. Como explica Williams (2015, 221-22) uno de ellos es lo que Rousseau llama «*amour propre*»: la búsqueda de aprobación que, en lugar de atender deberes cívicos, lleva al individuo a interesarse más por recibir el aplauso de otros. Junto a ello, las tentaciones del poder, la corrupción que produce el dinero y el exceso de sofisticación (manifestación del *amour propre* que Rousseau reprueba) representan amenazas para la formación de la voluntad general o, dicho en los términos de Atria (2016, 457-58), la vuelve improbable.

La caracterización de la voluntad general que ofrece Rousseau intenta hacerse cargo de estos problemas bajo lo que Rosanvallon (2018, 32-44) llama un «culto a la impersonalidad». Por una parte, para Rousseau la voluntad general proviene de

¹⁴ Dice Williams (2015, 240): «understanding the general will requires understanding Rousseau's various commitments to popular sovereignty, legitimacy, democracy, justice, goodness, liberty, equality, and fraternity – along with the nuances of each of those concepts as worked out in his writings».

todos quienes se verán afectados: «debe partir de todos para aplicarse a todos» (2017, 34), «cada uno se somete necesariamente a las condiciones que él impone a los demás» (2017, 35). Y por otra, excluye la decisión de asuntos particulares porque (2017, 34-25)

tan pronto como se trata de un hecho o de un derecho particular sobre un punto que no ha sido reglamentado por una convención general y anterior, el asunto se convierte en contencioso. Es un proceso en el que los particulares interesados son una de las partes, y el público la otra, pero en el que no veo ni la ley que hay que seguir ni el juez que debe dictar sentencia. Sería ridículo entonces querer referirse a una expresa decisión de la voluntad general, que no puede ser sino la conclusión de una de las partes, y que, por consiguiente, no es para la otra sino una voluntad extraña, particular, inclinada en esta ocasión a la injusticia, y sujeta al error.

La generalidad de las leyes constituye una garantía de que ésta reflejará los valores sustantivos asociados a ella (Williams 2015, 223). Por ello, para Rousseau (2017, 35) el objeto de la voluntad general es el interés común, aquello que va en interés de todas las personas que integran una comunidad política: «lo que generaliza la voluntad es menos el número de votos que el interés común que los une». Y agrega que «[h]ay con frecuencia bastante diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general; ésta no tiene en cuenta sino el interés común; la otra busca al interés privado y no es sino una suma de voluntades particulares» (2017, 31).

Es importante tener presente que la voluntad general para Rousseau representa un compromiso con la justicia, el amor fraterno y la igualdad, cuya promoción explica los requisitos formales asociados a su carácter general (Williams 2015, 226, 233). La voluntad general requiere ser expresada bajo estos requisitos formales porque solo de ese modo consigue ser un acto consciente y deliberado. Como explica Williams (2015, 234)

The substantive content of the general will, as a commitment to justice and the common good, is derived from ancient political theory; citizens' obligation to conform to justice and the common good is generated by their consenting to those very principles. This consent is the modern device of obligation, as established in the social contract tradition. By willing justice, the citizens impose upon themselves an internal reason to hold themselves up to the highest standards. They also simultaneously pledge themselves accountable to official sanctions, should they fail to do so.

El contenido sustantivo de la voluntad general, en tanto compromiso con la justicia y el bien común, se deriva de la teoría política antigua; la obligación de los ciudadanos de conformarse con la justicia y el bien común se genera por su consentimiento a estos principios. Este consentimiento es el artefacto moderno de la obligación, así establecida en la tradición contractualista. Al querer la justicia, los ciudadanos se imponen a sí mismos una razón interna de mantener el más alto estándar. Simultáneamente se comprometen a ser sancionados oficialmente, en caso de fracasar en ello.

De allí que en aquellos asuntos respecto de los cuales la voluntad general no ha sido expresada, el gobernante se encuentra de todos modos sujeto a obedecerla. Y el modo de asegurarse de seguir a la voluntad general, explica este autor, consiste en actuar de manera justa (Rousseau 1997, 12). Además de todo ello, este autor establece una conexión entre la voluntad general y la igualdad, en términos tales que para que ella pueda ser expresada se precisa de individuos que ejerzan su libertad plenamente. Williams (2015, 238) resume estas ideas en los siguientes términos

The general will [...] must come from all citizens. If a significant portion of those citizens are not legislating from the perspective of a perfectly free will, the general will ceases effectively to come from all. And when it merely comes from *some*, it will likely only benefit some. This is why Rousseau connects equality so closely with freedom [...] A certain amount of material equality is

required for citizens to legislate freely. Those with too little are too desperate to maintain a free will – they will sell their will too easily to the first comers to promise a bill of goods... (énfasis en el original)

La voluntad general [...] debe provenir de todos los ciudadanos. Si una parte significativa de éstos no legisla desde la perspectiva de la perfecta voluntad libre, la voluntad general deja de provenir de todos. Y cuando proviene meramente de *algunos*, probablemente solo beneficiaría a algunos. Por esta razón Rousseau conecta la igualdad de manera tan cercana a la libertad [...] Se requiere de una determinada cantidad de igualdad material para que los ciudadanos legislen libremente. Aquellos con muy poco se encuentran demasiado desesperados como para mantener una voluntad libre - ellos venderán su voluntad fácilmente al primero que les prometa pagar la cuenta.

La noción de voluntad general es inseparable de la creación del Estado moderno. Como explica Merkl (2004, 239) la forma de Estado influye en cómo se organiza el ordenamiento jurídico. Según este autor, la forma de las proposiciones jurídicas (*Rechtsatzform*) es un criterio para organizarlas conforme a la estructura escalonada del ordenamiento jurídico.¹⁵ Y la forma de proposición jurídica paradigmática bajo la cual se expresa la voluntad general es la ley en sentido formal: el resultado de la deliberación que ocurre en organismos compuestos por representantes de la ciudadanía como parlamentos o congresos. Su relevancia en el derecho moderno la explica Merkl (2004, 246) en los siguientes términos

La introducción del nivel legal en el proceso normativo que es propio de todo orden jurídico cultivado no ahorra la forma jurídica individual propia de una técnica jurídica primitiva en la que por de pronto no hay mediatización general (por ejemplo la resolución judicial tomada por el cacique a causa de la constitución de un linaje que le autoriza para juzgar y castigar), sino que sólo tiene la función de someter los actos individuales creadores de derecho tomados de culturas jurídicas primitivas a una norma general y de este modo *alejarle de la esfera de la pura arbitrariedad*. (Énfasis añadido)

Creo que cabe entender aquí «arbitrariedad» como ausencia de razones, pero con una cualificación importante. Las razones legítimas en este esquema responden a un intento de vincular el acto individual con la voluntad general. Con ello, en la terminología de Merkl (2005, 304-5), la ley exhibe un rango superior en la cadena de proposiciones jurídicas porque determina la existencia de otras y porque tiene fuerza derogatoria sobre ellas. Como explica Raz (1988, 58), el rol de las reglas en el razonamiento práctico consiste en mediar entre consideraciones de un nivel profundo y decisiones concretas. Agrega

The advantage of normally proceeding through the mediation of rules is enormous. It enables a person to consider and form an opinion on the general aspects of recurrent situations in advance of their occurrence. It enables a person to achieve results which can be achieved only through an advance commitment to a whole series of actions, rather than by case to case examination.

La ventaja de proceder corrientemente a través de la mediación de reglas es enorme. Permite a una persona considerar y formarse una opinión sobre los aspectos generales de las situaciones recurrentes antes de que éstas se produzcan. Permite a una persona lograr resultados que sólo podrían ser alcanzados mediante un compromiso anticipado con toda una serie de acciones, en lugar de un examen caso por caso.

Con ello, es posible completar el círculo. La creación del Estado moderno se vincula especialmente con la idea de que nuestras relaciones sociales requieren de una base normativa estructurada por medio de normas generales e impersonales cuya fuente

¹⁵ Respecto de la influencia de esta idea en Kelsen, *vid.* Paulson (2013).

sea la voluntad soberana del pueblo, expresada paradigmáticamente en la ley formal. Dicha relevancia se manifiesta en la superioridad jerárquica que tiene la ley en el sistema de fuentes, cuyo efecto es vincular a quienes deciden en una situación concreta. La anticipación de estos momentos de decisión es la promesa del legalismo: como comunidad política tenemos la capacidad de construir nuestra realidad jurídica y social, someterla a examen y modificarla para que sea efectivamente la expresión de la voluntad general.

1.1.3 La perplejidad de los juristas frente a la indeterminación de las leyes

En base a las consideraciones expuestas hasta ahora, el legalismo afirma que los problemas que emergen de nuestra interacción con otras personas pueden ser anticipados y resueltos estableciendo reglas cuyo cumplimiento permite racionalizar una conducta (privada o estatal) como debidamente motivada. En estos términos, para el legalismo es suficiente para justificar una acción apelar a una regla jurídica que la cubre.¹⁶

En la terminología propuesta por Raz (1979, 18), las reglas jurídicas serían «razones protegidas». En términos generales, la idea que intenta capturar con esta noción es que las reglas jurídicas son consideraciones que cuentan en favor de una acción y que se ven privilegiadas debido a ciertas circunstancias que excluyen a otras consideraciones que un agente podría tener en cuenta. Este modelo requiere distinguir entre dos niveles de razones según su objeto. En un primer nivel, existen razones primarias que cuentan en favor o en contra de una acción. En un segundo nivel, existirían razones secundarias, cuya función es delimitar el campo de razones admisibles en el razonamiento práctico del agente (*vid.* Raz 1999; *cfr.* Moore 1988; Bayón Mohino 1991; Adams 2021).

La posibilidad del legalismo descansaría, entonces, en la capacidad de las autoridades de formular enunciados lingüísticos que sean lo suficientemente informativos como para poder conocer cuál es la acción debida. Sin embargo, esta imagen se aleja bastante de nuestra experiencia cotidiana con el derecho, lo que no deja de causar cierta perplejidad. En muchos casos, echar mano a una regla jurídica no es de gran ayuda porque no parece claro que exista una respuesta correcta, lo que induce a pensar la indeterminación del derecho como un problema. Esta perplejidad es consecuencia de tres problemas que han sido discutidos con diversos énfasis e intensidad en la historia de la filosofía del derecho, que llamaré el problema de la vaguedad semántica, el problema de la derrotabilidad y el problema de la libertad. Interesa aislarlos y presentarlos separadamente para efectos de ofrecer una visión panorámica que ayude a considerar esta perplejidad en su justa medida, a pesar de que es frecuente que se muestren con límites difusos en la teoría y en la práctica.

¹⁶ Mirado desde la perspectiva de la persona que se encuentra sujeta a justificar una acción, la apelación a una regla jurídica resulta suficiente. En este sentido, el derecho es una simplificación de la realidad social que facilita la obtención de las ventajas de vivir en comunidad. En esto no pareciera existir mayor controversia en la literatura. El fundamento de la capacidad del derecho para ofrecer razones que sean suficientes para justificar una acción, es un asunto más controvertido y un adecuado tratamiento de ello escapa a los objetivos de esta investigación.

El problema de la vaguedad semántica tiene su origen en la formulación de enunciados jurídicos por medio de lenguajes naturales. En su formulación canónica, una expresión es vaga cuando presenta casos límites donde no es claro si se encuentran cubiertos o no por ella (Endicott 2000, 31-32). Siguiendo a Endicott (2000, 50-51) el problema aquí puede ser formulado con la posibilidad de asignar un valor de verdad a expresiones que describen en términos cualitativos un estado de cosas o refieren a un objeto o evento. Por ejemplo, es claro que una persona que solo recibe el ingreso mínimo no es millonaria, pero ¿a partir de qué umbral es correcto calificar a una persona como millonaria?

El derecho responde a la vaguedad semántica fundamentalmente de dos maneras. En primer lugar, las reglas jurídicas pueden trazar arbitrariamente una línea con la cual se precise, para propósitos legales, un concepto determinado. El caso paradigmático es la mayoría de edad, que determina variadas consecuencias jurídicas (Moreso 2017, 48-49). Es importante tener presente que la precisión de la regla tiene aquí la finalidad de hacerla operativa en la práctica. No hay más razones en favor de la precisión de la regla que la necesidad de facilitar su uso efectivo en la práctica. De allí que, como explica Endicott (2011a, 187-88), esta delimitación es arbitraria en un sentido no peyorativo y se formula solo para los efectos legales que se establezcan en la regla respectiva.

Por otra parte, en muchas ocasiones el derecho se sirve de la vaguedad para cumplir sus propósitos. La búsqueda de precisión en la formulación de una regla arriesga siempre problemas de sobreinclusión e infraexclusión (Schauer 1991, 31-34) que sacrifican consideraciones de justicia formal (Moreso 2017, 49). La gravedad de este sacrificio, según argumenta Asgeirsson (2020, 50-55), justificaría el uso de expresiones vagas.

Las reglas jurídicas, entonces, admiten ser pensadas como artefactos diseñados bajo constreñimientos prácticos que ofrecen diversas alternativas, las cuales requieren ser evaluadas para decidir de qué manera conseguir que la regla sea adecuada para los fines que se propone. En términos de Asgeirsson (2020, 47)

the law adequately regulates undesirable conduct if it prevents an adequate number of instances of it and adequately punishes the instances that do occur.

el derecho regula adecuadamente conductas no deseadas si consigue prever un número adecuado de casos de ellas y castiga adecuadamente estos casos en caso de que ocurran.

Para Endicott (2000, 190), si el derecho pretende regular gran parte de asuntos relevantes de nuestra interacción social no puede renunciar a la vaguedad. Para este autor (2011b; 2011a, 177-82), la vaguedad tiene un valor instrumental porque en ocasiones una mayor precisión deja afuera casos relevantes a la luz del propósito de la regla. En este sentido es una técnica que será apropiada o no según la necesidad regulatoria que motiva la regulación respectiva.

El problema de la derrotabilidad se refiere al uso de las reglas y se vincula a la generalidad bajo las cuales éstas son formuladas ya que, en ocasiones, requieren ser corregidas al ser aplicadas en un caso concreto. El problema fue identificado por Aristóteles y creo que corresponde a lo que actualmente se discute como ley impropia (Atria 2016, 101-24 refiriendo a Savigny), *defeaters* (Moreso 2012), revisión de la regla (Celano 2015), vaguedad pragmática (Endicott 2000, 50-54).

Aristóteles en la *Ética Nicomáquea* (5.10 1137a-1138a, en Aristóteles 1985, 263) se refiere a la *epieikeia* (traducido corrientemente como equidad) en los siguientes términos

Así, lo justo y lo equitativo son lo mismo, y aunque ambos son buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error. Y no es por eso menos correcta, porque el yerro no radica en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, pues tal es la índole de las cosas prácticas.

El problema que interesa a Aristóteles es caracterizado por Brunschwig (1996) en los siguientes términos: si la ley (regla de primer orden), debido a las limitaciones propias de la generalidad de sus formulaciones requiere en algunos casos ser corregida (es decir, formular excepciones a la regla), ¿existen reglas de segundo orden para identificar dichas excepciones? (*that-rules*). Y si estas excepciones son posibles de identificar en base a reglas de segundo orden, ¿existen otras reglas de segundo orden que permitan darles un tratamiento adecuado? (*how-rules*).

Conforme a la interpretación de Brunschwig (1996), la originalidad de Aristóteles se aprecia al observar que se hace cargo de dos usos de *epieikeia* que él recibe y dibujan el contexto de sus explicaciones.

En primer lugar, Aristóteles incorpora el legado tradicional, donde *epieikeia* contrasta con la justicia y se identifica con la indulgencia. Este legado se encontraría reflejado en el siguiente pasaje de la *Ética Nicomáquea* 5.10 «lo equitativo, si bien es mejor que una cierta clase de justicia, es justo, y no es mejor que lo justo, como si se tratara de otro género» (Aristóteles 1985, 263). Brunschwig (1996) propone comprender esta dimensión de la *epieikeia* en un sentido reflexivo que relaciona al *epieikēs* con el *elattotikos*: quien renuncia voluntariamente a exigir lo que en derecho le corresponde. Con ello, se mantienen los dos rasgos característicos de la *epieikeia*: por una parte, se opone a la estricta aplicación de la ley, y por otra, se trata de algo que es loable. Sin embargo, esta comprensión de la *epieikeia* solo resulta aplicable al ciudadano, quien renuncia a aquello que en derecho le corresponde, pero no es el sentido bajo el cual se comprende la aplicación de la ley que hace un juez.

El segundo legado tiene un origen platónico y está asociado a un problema de razonamiento práctico y jurídico. Puede ser formulado bajo la siguiente pregunta: ¿cómo el derecho, inevitablemente general, puede ser aplicado a los casos particulares que se nos presentan en la práctica? Para Platón, las leyes eran solo una aproximación de la «ciencia del gobierno», cuyos postulados son indiferentes a las mayorías y a los defectos que puede presentar la ley que, por eso, puede ser corregida. Pero para Aristóteles (que rechaza la teoría de las ideas de Platón), los defectos de la ley no se encuentran ni en ella ni el legislador, sino que en la naturaleza de la cosa misma. Ninguna ciencia puede remediarlo.

Enfrentado a este último legado, Aristóteles discute aquellos casos que se encuentran regulados pero que, debido a sus circunstancias específicas, la aplicación de la ley a ellos se muestra como «mecánica» o «ciega» en atención a la severidad del resultado, evaluado a la luz de las intuiciones morales del juez y de la sociedad a la cual pertenece. La función de este segundo sentido de la *epieikeia* consiste en suspender la

aplicación de la ley. Para Brunschwig (1996, 151-52), esta «regla secundaria» se encuentra enunciada en *Ética Nicomáquea* 1137b 23-4 (Aristóteles 1985, 263), que remite a la intención del legislador tanto para resolver el caso como para identificar la excepción

cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido.

Esta remisión al legislador exhibe una dualidad interna: (a) ¿qué habría dicho el legislador si estuviese aquí? (el legislador actuando como juez); (b) ¿qué habría puesto en la ley si hubiese tenido a la vista este caso? (legislador mantiene su rol). Esta dualidad de la intención del legislador en la teoría de la equidad de Aristóteles es conectada por Brunschwig (1996) con los tipos de defectos de la ley expuestos en *Retórica* 1374a 28-31 (Aristóteles 2003, 71-73)

Pues lo equitativo parece que es justo, pero es equitativo lo justo más allá de la ley escrita. Esto acaece unas veces con voluntad, y otras sin voluntad de los legisladores; sin su voluntad, cuando se les ha pasado desapercibido; con su voluntad, cuando no pueden definir, pero es forzoso hablar o en absoluto, o si no, con el valor más general.

En aquellos casos donde el defecto de la ley es consecuencia de que el legislador pasó por alto algo, la remisión a la intención del legislador se formula bajo la pregunta ¿qué habría agregado el legislador a la ley si hubiese tenido a la vista este caso? y el resultado es una ley más refinada vía interpretación.

En aquellos casos donde el defecto de la ley es consecuencia de la generalidad de sus formulaciones, la remisión a la intención del legislador se formula bajo la pregunta ¿qué habría dicho el legislador si estuviese aquí? y aquí se trata de un caso no regulado, no cubierto por la ley.

Brunschwig (1996) encuentra un parecido entre su interpretación de la teoría de la equidad de Aristóteles y las «ciencias inductivas», que al formular leyes generales solo consiguen recoger regularidades que quedan expuestas a no ofrecer una explicación satisfactoria frente a eventuales anomalías o accidentes, las que impulsan a ser integradas en un modelo más refinado. En este sentido, dice (1996, 153) que «la imposibilidad de una regla universal de la equidad se corresponde con la imposibilidad de una ciencia de lo accidental». Con todo, este autor observa que una diferencia importante se encuentra en el hecho de que el juez no puede escribir la ley (solo aplica una ley imaginaria que es un resultado interpretativo) ni tampoco puede consultar al legislador por cada caso donde la aplicación de la ley sea inapropiada. Por eso, la remisión a la equidad no consiste en acudir a otra regla. En estricto rigor, la solución del caso descansa en las virtudes de quien resuelve (*vid.* Moreso 2015). Vale la pena citar nuevamente a Aristóteles, esta vez, *Ética Nicomáquea* 6.8 (Aristóteles 1985, 278)

los jóvenes pueden ser géometras y matemáticos, y sabios, en tales campos, pero, en cambio, no parecen poder ser prudentes. La causa de ello es que la prudencia tiene también por objeto lo particular, que llega a ser familiar por la experiencia, y el joven no tiene experiencia, pues la experiencia requiere mucho tiempo.

Frente al problema de la derrotabilidad, entonces, cabe afirmar que aplicar el derecho es una actividad que requiere no solo conocer lo que dicen los libros, sino que además

exige estar familiarizado con las complejidades del mundo real. Esta circunstancia sugiere que el estudio del derecho sea complementado con una dilucidación acerca de las virtudes que hacen de un juez un buen juez y, especialmente, los mecanismos de aprendizaje y desarrollo de estas virtudes (*vid.* en este sentido Amaya 2013, 2020).

El problema de la libertad, por último, se vincula a la eficacia del derecho y se vincula con la realización de una acción que cumple una regla. Se diferencia de los dos problemas anteriores porque aquí ya no se trata de asignar un valor de verdad a un enunciado o evaluar que la aplicación de la regla sea apropiada en atención a las circunstancias. El problema puede ser formulado así: en tanto nos concebimos como agentes morales, el fenómeno de la normatividad implica la capacidad de elección entre dos acciones con polaridad opuesta. En palabras de Allison (1990, 136)

Only a being with freedom, positively construed as the capacity for self-determination on the basis of rational grounds (the capacity to act according to the conception of law), can be meaningfully conceived to have a corresponding capacity to deviate from the dictates of reason. In a word, only a being with freedom, positively construed, can be regarded as capable of misusing that freedom.

Solo un ser con libertad, positivamente construida como la capacidad de autodeterminación sobre la base de fundamentos racionales (la capacidad de actuar conforme a la concepción de ley), puede ser concebido significativamente con la correspondiente capacidad de desviarse de los dictados de la razón. En una palabra, solo un ser con libertad, positivamente construida, puede ser considerado como capaz de mal utilizar dicha libertad.

En simple, los jueces *pueden* desconocer el contenido de la ley y, al hacerlo, actuar incorrectamente. Respondiendo a la tesis escéptica frente a las reglas, según la cual el derecho es solo aquello que dicen los jueces, Hart (2012, 141-47) ofreció una mirada institucional a este problema. Conviene aislarlo de los dos problemas anteriores para apreciarlo en sus justos términos y, con este propósito, basta con quedarse con la ejemplificación que realiza este autor con los juegos.

Observa Hart que es frecuente que los participantes de un juego puedan aplicar las reglas que rigen dicha actividad de manera bastante exitosa. La incorporación de un árbitro, en este contexto, no altera las reglas del juego, sino que, al contrario, se espera que quien cumpla dicha función haga esfuerzos similares por dales aplicación. Con todo, como señala Hart (2012, 142-43/1968, 177), el árbitro «puede incurrir en errores honestos, estar ebrio, o puede violar maliciosamente su deber de aplicar la regla». La respuesta a lo que llamé «el problema de la libertad» la sitúa este autor en las condiciones de estabilidad del sistema. Dice Hart (2012, 144/1968, 179)

Hasta cierto punto, el hecho de que algunas decisiones del tanteador [*scorer*] sean claramente equivocadas no es inconsistente con que el juego continúe: ellas cuentan tanto como las decisiones obviamente correctas. Pero la extensión en que la tolerancia de las decisiones incorrectas es compatible con la existencia continuada del mismo juego tiene un límite, y esto halla un análogo importante en el campo jurídico.

La respuesta de Hart tiene inspiración wittgenstianiana. En el párrafo 198 de sus *Investigaciones filosóficas* leemos lo siguiente (Wittgenstein 2009, 329)

«¿Pero cómo puede una regla enseñarme lo que tengo que hacer en *este* lugar? Cualquier cosa que haga es, según alguna interpretación, compatible con la regla.» —No, no es eso lo que debe decirse. Sino esto: toda interpretación pende, juntamente con lo interpretado, en el aire; no puede servirle de apoyo. Las interpretaciones solas no determinan el significado.

«Así pues, ¿cualquier cosa que yo haga es compatible con la regla?» —Permítaseme preguntar esto: ¿qué tiene que ver la expresión de la regla —el indicador de caminos, por ejemplo— con mis

acciones? ¿Qué clase de conexión existe ahí? —Bueno, quizás ésta: he sido adiestrado para una determinada reacción a ese signo y ahora reacciono así.

Pero con ello sólo has indicado una conexión causal, sólo has explicado cómo se produjo el que ahora nos guíemos por el indicador de caminos; no en qué consiste realmente ese seguir-el-signo. No; he indicado también que *alguien se guía por un indicador de caminos solamente en la medida en que haya un uso estable, una costumbre*. (este último énfasis es añadido)

Para Hart (2012, 146/1968, 181) la estabilidad de una práctica dependerá del seguimiento generalizado de las reglas que le dan forma y una reacción negativa en caso de no cumplimiento. Dicha práctica perdurará en la medida en que el incumplimiento de las reglas no sea masivo. En ese caso, será razonable preguntarse si no estaremos haciendo algo diferente porque la práctica se vuelve irreconocible. El problema de la libertad nos advierte que «nunca es psicológica o físicamente imposible que los seres humanos [...] transgredan o repudien [las reglas], y si un número suficiente de hombres lo hace durante un tiempo suficientemente prolongado, la regla desaparecerá» (Hart 2012, 146/1968, 181).¹⁷

Los tres problemas bajo los cuales he presentado la perplejidad de los juristas ante la indeterminación de las leyes no admiten una solución que los elimine por completo ni tampoco me parece que justifiquen un escepticismo. Lo que muestra la discusión de estos problemas, que aquí no es posible presentar en toda su complejidad, es que los asuntos humanos no admiten ser tratados del mismo modo que los eclipses. El propósito de una dilucidación de esta naturaleza se encuentra orientado a comprender nuestras prácticas. Como dice Torretti (1992, 157), «así como la filosofía teórica no nos ahorra el trabajo de conocer, tampoco la filosofía práctica puede relevarnos de la tarea de decidir; antes bien, nos lleva a percibir con claridad su envergadura.»

1.2 La administración frente a la ley

El estatus privilegiado que ha tenido la ley formal tanto en la teoría política como en la teoría y práctica jurídica pareciera fijar los términos de la relación entre legislación y administración de manera clara: la administración se encuentra sujeta a lo que haya sido establecido en las reglas legales que le son aplicables. Ocurre, sin embargo, que nuestra experiencia cotidiana con la administración no refleja completamente esta idea. En efecto, es mucho más frecuente observar una distancia entre lo que expresan los enunciados legales que, en su conjunto, componen a este sector del derecho y las prácticas administrativas a que han dado lugar entre los operadores jurídicos.

Esta afirmación parece trivial, porque no es extraño que, en cada tribunal, en cada servicio público y, en general, en toda organización se generen prácticas diversas, sin que se siga de ello que exista problema alguno. De hecho, podría decirse sin causar mayor polémica que una de las características de un buen profesional es conocer los usos y costumbres de los operadores jurídicos.

Pero el asunto que me ocupa no se relaciona con ese nivel de operación del sistema jurídico, sino que con la indeterminación que ocasiona el hecho de que los

¹⁷ El argumento puede extenderse a la noción de racionalidad, *vid.* Davidson (2001, 21-42; 2004, 169-87).

enunciados legales que habilitan a un órgano administrativo para, por ejemplo, determinar estándares ambientales, sean escuetos y, especialmente, el efecto que puede tener en la comprensión sobre el contenido y alcance de sus potestades públicas.

Las explicaciones tradicionales del derecho administrativo presentan la relación entre administración y legislación bajo el así llamado «principio de legalidad», que examino en una primera subsección. A continuación de ello presento una caracterización de la dogmática administrativa tradicional bajo lo que llamo «el paradigma de la norma prescriptiva imperfecta», según la cual la discrecionalidad administrativa consistiría en la actividad de completar una norma prescriptiva cuyo destinatario es la administración. Por último, dado que esta caracterización de la dogmática tradicional podría recibir cierto apoyo de parte de las «teorías reduccionistas» acerca de la naturaleza de las potestades jurídicas (normas de competencia), que las asimilan a alguna clase de norma prescriptiva, en la última subsección reviso ese debate en la teoría del derecho.

Al tener a la vista la discusión que ofrezco en estas tres secciones se hará reconocible la necesidad de articular una comprensión de las potestades administrativas que trascienda al énfasis en el control que exhibe la dogmática dominante del derecho administrativo y, con este propósito, se sugerirán algunas ideas que serán desarrolladas en el capítulo 3.

1.2.1 El principio de legalidad administrativa

Como consecuencia del estatus privilegiado de la ley en el sistema de fuentes, analizada en la sección anterior, es común que dentro de las funciones del legislador se encuentre la creación de órganos administrativos. Los sectores en los cuales se despliega la actividad administrativa dependen, por tanto, de la creación por ley de órganos administrativos que se ocupen de ellos. Adicionalmente, junto a su creación, la ley define el tipo de actividades que desarrollará cada órgano administrativo dentro del sector asignado y los medios materiales y jurídicos de que dispone para estas tareas, los cuales definen, en su conjunto, la cobertura que es posible dar a cada sector. Si se tiene a la vista que la ley es una manifestación de la voluntad general, los asuntos de los cuales se ocupa la administración en su conjunto, los medios de los que dispone cada órgano administrativo para ocuparse de ellos y la manera en que consiguen ser articulados, configuran lo que llamamos «asuntos públicos». Y esto responde a un diseño deliberado que persigue atender las materias que nos preocupan como sociedad (en este sentido se ha vuelto cada vez más frecuente que se hable de «diseño institucional» para referirse a la asignación de medios y su organización en vistas de alcanzar objetivos sociales).

Para ilustrar el modo en que estas ideas operan en la práctica, veamos un caso aparentemente sencillo de un sector de lo público que no genera mucha controversia. El uso de un ejemplo de este tipo tiene el propósito de servir como herramienta metodológica, nos permitirá tener a la vista el contexto bajo el cual se articulan las explicaciones de la doctrina administrativa sobre el principio de legalidad. En estos términos, el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile es un buen candidato ya que, en general, la ciudadanía se encuentra familiarizada con gran parte de sus actividades.

La creación de este servicio formó parte de las así llamadas «leyes laicas» y con ello se centralizó y dio continuidad a una tarea que, hasta entonces, realizaba la Iglesia Católica (*vid.* Irrázaval Gomién 2014). Conforme al texto vigente de su ley orgánica, este servicio «velará por la constitución legal de la familia» y luego agrega esta ley que «tendrá por objeto principal registrar los actos y hechos vitales que determinen el estado civil de las personas y la identificación de las mismas», correspondiéndole además «llevar los registros y efectuar las actuaciones que la ley encomiende» (art. 3 ley 19477).¹⁸

Este servicio cumple básicamente dos tareas para cumplir sus cometidos: (i) llevar cerca de veinte registros de variado contenido; y (ii) realizar diversas actuaciones (celebración de matrimonio y unión civil, informar a otras autoridades, otorgar certificados). En este contexto, lo que pareciera ser su tarea principal se encuentra en el artículo 4 N° 8 Ley 19477

Resguardar la integridad, permanencia e inviolabilidad de los registros que la ley le encomiende llevar, manteniendo, por los medios adecuados, la información contenida en los documentos que les han dado origen o han servido de fundamento a las inscripciones, subinscripciones y anotaciones que en virtud de la ley deba practicar.

Me parece que no resulta especialmente polémico decir que, en atención a su especial dedicación en el registro de datos de las personas, las otras actuaciones que le encomienda la ley a este órgano público descansan en esta tarea principal. Tengamos a la vista tres de ellas para que sirvan de ejemplos para mostrar la relación de la administración con la ley en base a las explicaciones que ofrece la doctrina administrativa.

1. Llevar registros y otorgar certificados. Esta es la actuación con la cual probablemente estamos más familiarizados. Por medio de certificados, a los cuales el artículo 24 de la ley 4808 le atribuye la naturaleza de instrumento público, el funcionario respectivo indica la información que se encuentra en un determinado registro que lleva el servicio respecto de una persona determinada.
2. Celebración de matrimonio y unión civil. Corresponde al oficial del registro civil llevar a cabo los trámites previos a la celebración de matrimonio o unión civil, su celebración, levantar acta e inscribirla en el registro respectivo (arts. 9, 17 y 19 ley 19947; arts. 5 y 6 ley 20830).

¹⁸ Con la irrupción del *management* en la gestión interna de los órganos del Estado se ha vuelto frecuente que, junto a los objetivos expresados en la ley, se establezcan una misión y visión propia en base a las cuales se definen objetivos estratégicos. En el caso del Servicio de Registro Civil e Identificación en su sitio web se señala como misión «Somos el servicio público que hace posible a las personas demostrar su identidad, acreditar hechos y actos significativos en sus vidas, proporcionando un servicio confiable, oportuno y cercano a la gente», y como visión «Ser una organización de personas orgullosas y comprometidas con nuestro Servicio y con el desarrollo de Chile, contribuyendo al ejercicio efectivo de los derechos de las personas, cumpliendo nuestra misión con criterios de excelencia, confidencialidad, calidad y oportunidad, a través de la innovación permanente y liderando el uso de tecnologías de vanguardia». Nótese que por medio de un instrumento de *soft law* se establece una comprensión específica de los objetivos fijados en la ley del servicio que irradian su planificación estratégica.

3. Posesión efectiva de herencia intestada. A solicitud de alguno de los herederos, el director regional del registro civil otorga la posesión efectiva de herencia por medio de una resolución que identifica a todos los herederos y enuncia el inventario de bienes que hubiese presentado el solicitante (art. 2 ley 19903).

Bajo el término «principio de legalidad» la doctrina administrativa discute sobre el vínculo que tiene la administración con la ley.¹⁹ Esta discusión se organiza principalmente en base a dos pares de conceptos. El primero de ellos dice relación con el tipo de vinculación que tiene la administración con la ley. El segundo, con el grado de determinación legal de la actividad administrativa (*vid.* García de Enterría y Fernández 2020, I:475-532; Sánchez Morón 2013, cap. II.III; Santamaría Pastor 2002, 90-95 y 400-403; Cordero Vega 2015, 76-95; Valdivia Olivares 2018, 140-63).

El tipo de vinculación de la administración con la ley se expone habitualmente por la doctrina en base a dos puntos antagónicos (*vid.* Beladiez Rojo 2000). Según el primero de ellos, la ley constituye un límite externo que delimita el campo de actuación de la administración en términos tales que, dentro de dicho campo, es lícito desarrollar el tipo de actividades que los funcionarios responsables estimen oportunos (vinculación negativa). De acuerdo con el segundo, la ley es un presupuesto habilitante de toda actividad administrativa en términos tales que en ausencia de texto expreso en la ley no es lícito para la administración actuar (vinculación positiva).²⁰ Sin embargo, lo que pareciera ser una discusión teórica sobre la naturaleza de la administración y su relación con la ley, en realidad solo muestra que existen diversos tipos de normas que regulan su actividad (Santamaría Pastor 2002, 93-95; Valdivia Olivares 2018, 152).

Así, algunas reglas que rigen la actividad administrativa delimitan el alcance de sus atribuciones legales en términos negativos fijando con ello un límite a su ejercicio. Este es el caso, por ejemplo, de las reglas constitucionales sobre materias de ley (donde tienen gran relevancia los derechos fundamentales) y los límites presupuestarios (que prohíbe distraer fondos para realizar actividades distintas a aquellas que motivaron la entrega de presupuesto). Estas normas operan como

¹⁹ Merkl (2014, 217-38) distinguió entre un principio de juridicidad que expresa una ley jurídico-teórica según la cual «[s]olamente un precepto jurídico que hace posible u obligatoria una determinada actuación del Estado, nos permite poner en relación, referir al Estado, determinados actos de la actividad humana, realizados con la intención de cumplir aquel precepto»; y un principio jurídico-político que expresa «la conveniencia de que, en la medida de lo posible, cada una de las acciones administrativas haya de ser comprendida por el derecho o que descansa en él». La doctrina administrativa discute fundamentalmente el principio jurídico-político, especialmente que la actividad administrativa se encuentre previamente determinada por el resultado del proceso legislativo.

²⁰ Esta distinción tiene orígenes históricos que responden a dos comprensiones distintas del Estado. En el caso de la vinculación negativa, el poder público trascendería a la sociedad y relación con las personas se comprende bajo una lógica de autoridad/súbdito, propia del siglo XIX, donde progresivamente quien ejerce el poder público se autoimpone límites. Al contrario, la vinculación positiva se apoya en la disolución del dualismo Estado y derecho defendida por Kelsen y que Merkl presentó como ley jurídico-teórica vinculada al principio de imputación, destacándose con ello el carácter artificial del poder público. Un panorama historiográfico del origen y desarrollo del derecho administrativo en Mannori y Sordi (2009).

prohibiciones, las cuales pueden ser generales (aplicables a toda la administración) o especiales (contenidas en el estatuto orgánico de un determinado organismo).

Un caso de vinculación negativa sería el siguiente. Hemos visto que el Servicio de Registro Civil e Identificación lleva los registros que establece la ley. ¿Qué ocurriría si el Ministerio de Justicia, en conjunto con el Ministerio de Salud, decidieran crear, dictando el decreto supremo respectivo, un registro de personas susceptibles de padecer de una reacción alérgica frente a determinados compuestos y se le encomendase al Servicio de Registro Civil e Identificación? Supongamos que la incorporación a este registro es voluntaria y solo incluye aquellas reacciones alérgicas más peligrosas, especialmente aquellas que se pueden detonar durante procedimientos médicos. A primera vista, se trataría de un registro ilegal porque la ley orgánica del servicio no contempla la posibilidad de que éste se haga cargo de registros establecidos a nivel infralegal. Sin embargo, los siguientes argumentos podrían descartar esa conclusión: la constitución reconoce una potestad reglamentaria autónoma a la administración que le permite regular todas aquellas materias que no sean propias de ley, en la doctrina se encuentra ampliamente reconocido que el principio de legalidad no se restringe solo al resultado del proceso legislativo sino que también incluye normas infralegales (bloque de legalidad), este registro no implicaría un mayor gasto del presupuesto que se le asigna habitualmente al servicio, etc. No es de interés por el momento dar una respuesta concluyente a este problema. Solo me interesa mostrar que es plausible defender un reglamento de esta naturaleza y que en ello se encuentra la idea de que, ante la ausencia de una prohibición expresa, no es evidentemente ilegal una actuación administrativa más creativa.

Otras reglas muestran a la administración como «programada» para responder a determinados estímulos en base a una disyunción exclusiva: si se cumplen los requisitos legales actúa en un sentido determinado y si no se cumplen no actúa. Dos casos recientes en los cuales se vio involucrado el Servicio de Registro Civil e Identificación permiten ilustrar este tipo de vinculación de la administración con la ley. En uno de ellos, el servicio le negó a una ciudadana peruana, que se encontraba bajo una situación migratoria irregular en Chile, el inicio de los trámites para celebrar matrimonio con su pareja chilena en base a una norma (dictada en dictadura) que exige a todos los órganos del Estado requerir la regularización de la situación migratoria de los extranjeros en forma previa a realizar cualquier acto o trámite.²¹ En otro caso, una pareja homosexual solicitó iniciar los trámites para contraer matrimonio y el Servicio de Registro Civil e Identificación se negó a darle curso

²¹ La afectada presentó un recurso de protección en contra del servicio el cual fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 46441-2018) y luego confirmado por la Corte Suprema (rol 20502-2018). Desafortunadamente, en su decisión la Corte de Apelaciones omitió la existencia de la norma invocada por el servicio como fundamento de su negativa a dar curso a los trámites para el matrimonio. Felizmente, la pareja pudo iniciar los trámites para celebrar su matrimonio. Sin embargo, el valor jurisprudencial del caso es escaso dado que la corte no resolvió el problema de fondo: la existencia de una norma que exige la regularización de la situación migratoria de extranjeros en forma previa a realizar cualquier trámite ante órganos del Estado. El voto en contra en la sentencia de la Corte Suprema precisamente levanta el punto sosteniendo que era necesario solicitar la inaplicabilidad de esa norma al Tribunal Constitucional.

porque en Chile el matrimonio exige diferencia de sexo.²² En ambos casos, estamos frente a una vinculación positiva de la administración: el servicio se negó a actuar fundado en que no se cumplían los requisitos establecidos en la ley que determinan su actividad.

El otro par de conceptos bajo el cual se explica el principio de legalidad se relaciona con esta idea de vinculación positiva, mostrando que la vinculación de la administración con la ley establecida en estos términos exhibe diversos grados de especificación o «densidad normativa». Así, en algunos casos el ordenamiento jurídico ofrece la respuesta que debe dar la administración frente a una solicitud o una situación de hecho, en cuyo caso se señala por la doctrina que el legislador ha atribuido a la administración una «potestad reglada». Y en otros casos, se le entrega a la administración un margen de decisión, en cuyo caso se señala que ha sido atribuida por el legislador una «potestad discrecional».

Continuando con la ejemplificación de estas ideas con un órgano administrativo concreto, el Servicio de Registro Civil e Identificación, es posible identificar el otorgamiento de la posesión efectiva de herencia, en el caso de una sucesión intestada, que realiza el director regional del registro civil como a un tipo de actividad reglada. En efecto, el director regional del registro civil, frente a una solicitud de este tipo, tiene solo dos opciones bien claras y delimitadas: en caso de que se cumplan con los requisitos legales, dictar la resolución que otorga la posesión efectiva de los bienes; en caso contrario, rechazar la solicitud. Cordero Vega (2015, 82) señala que en este caso la decisión administrativa «es la pura y simple ejecución de la ley».

Un caso distinto sería la tarea que identifiqué anteriormente como principal de este servicio y que le da soporte a todas las demás. De qué manera el Servicio de Registro Civil e Identificación debe resguardar la integridad, permanencia e inviolabilidad de los registros es algo que no responde directamente la ley y dependerá, entre otras variables, de la disponibilidad presupuestaria y la tecnología disponible. En estos casos, según las explicaciones que ofrece la doctrina administrativa, estamos frente a una potestad discrecional.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, el derecho administrativo puede ser caracterizado como un conjunto de habilitaciones legales complementadas con un número variable de deberes y prohibiciones. Estas normas prescriptivas determinan el grado de vinculación o densidad normativa a la cual se encuentra sujeta toda actuación administrativa y es aquí donde se encontraría, explica la doctrina, el origen de la discrecionalidad administrativa. En el esquema aquí ofrecido, la discrecionalidad administrativa estaría configurada como un margen de decisión que es consecuencia de una indeterminación legal de la norma que debe seguir la administración en un caso concreto (García de Enterría y Fernández 2020, I:496-501). A esta concepción de la discrecionalidad administrativa la llamaré el

²² Este caso también fue llevado a tribunales por medio de un recurso de protección, el cual fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago (rol 3857-2019), decisión que fue confirmada por la Corte Suprema (rol 14010-2019). Si bien no conozco los antecedentes del caso más allá de lo que se indica en las sentencias respectivas, no sería extraño que esta acción judicial sea una gestión preparatoria para acceder al sistema interamericano de derechos humanos.

«paradigma de la norma prescriptiva imperfecta» y será objeto de análisis en la siguiente subsección.

Vale la pena destacar la asimetría que existe entre la actitud de los juristas frente a la indeterminación de las leyes, la cual varía según se trate de la actividad judicial o la actividad administrativa. Como vimos en la sección anterior (*vid.* 1.1.3) la indeterminación de las leyes suele ser entendida en la literatura jurídica como un problema, específicamente como consecuencia de la promesa del legalismo frente a la aplicación judicial del derecho. Pero tratándose de la administración, es más común una actitud más bien favorable: se asume que es algo normal e incluso deseable (*vid.* Schmidt-Assmann 2003, 207-8). Es notable en este sentido que para la doctrina administrativa la indeterminación de las leyes que se produce como consecuencia del uso de términos vagos haya sido identificada tempranamente como una técnica legislativa (*vid.* García de Enterría 2000, 134-35) y que actualmente, desde el análisis económico del derecho, se asuma en ella incluso cierta racionalidad económica (*vid.* Doménech Pascual 2018).

Esta mayor tolerancia hacia la indeterminación de las leyes administrativas contrasta con las dificultades teóricas que enfrenta lo que llamo el paradigma de la norma prescriptiva imperfecta que será objeto de la siguiente subsección. Lo que demuestra este contraste es la necesidad de articular una comprensión de la actividad administrativa que trascienda al énfasis en el control de la administración. Lo que interesa es ofrecer una concepción de la administración que haga inteligible la práctica legislativa de crear órganos administrativos.

Antes de continuar, creo oportuno hacer presente una nota metodológica sobre el argumento que desarrollaré. Es perfectamente posible representarse una relación óptima entre la administración y el legislador desde un punto teórico óptimo o desde alguna experiencia comparada que se considere ejemplar, y desde allí buscar lecciones para nuestra realidad. Sin embargo, eso supone una fuerza persuasiva frente a la comunidad académica y la práctica jurídica que no es fácil de medir en forma previa al emprendimiento de dicha tarea.²³ Por esa razón, en lo que sigue tomaré como punto de partida la tesis que expuso Bacigalupo (1997) en su trabajo *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)* como referente del paradigma de la norma prescriptiva imperfecta, debido a la influencia que ha tenido en la dogmática española que sigue atentamente la doctrina y práctica chilena.²⁴

1.2.2 El paradigma de la norma prescriptiva imperfecta

Para comprender al paradigma de la norma prescriptiva imperfecta es útil tener a la vista algunas ideas de Kelsen.²⁵ Este autor sostuvo que una norma es el sentido de un

²³ Parafraseando a Bacon, este discurso se asemejaría a las estrellas, que ofrecen poca luz porque se encuentran muy lejos.

²⁴ La influencia de Bacigalupo se puede apreciar en Rodríguez de Santiago (2015, 150-51), Medina Alcoz (2016, 134-37). Doménech Pascual (2018, 134), por su parte, afirma coincidir con Rodríguez de Santiago en la conceptualización de la discrecionalidad administrativa.

²⁵ Como resultado de la separación que existe, bajo algún parámetro difuso, entre teoría del derecho y dogmática jurídica, no es frecuente que la doctrina administrativa explicita los presupuestos teóricos

acto de voluntad, de un querer, dirigido a una conducta humana determinada en términos prescriptivos: de deber ser.²⁶ Agrega que cuando dicho acto de voluntad se encuentra autorizado por una norma, su sentido se presenta en términos objetivos, esto es, es vinculante para el destinatario. Que el sentido de un acto de voluntad se presente en términos objetivos es, para este autor, equivalente a decir que la norma es válida. Para Kelsen, el fundamento de validez de una norma es la validez otra norma anterior a ella en términos de concordancia (Kelsen 2018, 271).

Conforme a la doctrina de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, por medio de distintos actos de voluntad se van estableciendo progresivamente normas cada vez más precisas hasta terminar en el cumplimiento de una norma individual en un caso concreto o su aplicación por los organismos competentes (Kelsen 2018, 127). La diferencia entre cada una de estas normas se encuentra en el grado de determinación formal y material. Dice Kelsen (2011, 92) en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (Kelsen 1982, 240-42 para la segunda edición)

La relación existente entre la constitución y la legislación es, por tanto, esencialmente la misma que la existente entre la ley y la decisión judicial o administrativa, con la única diferencia en cuanto al grado en que el nivel superior determina formal y materialmente al nivel inferior. En el primer caso predomina el elemento formal sobre el material; en el segundo, ambos elementos se mantienen en equilibrio.

En la *Teoría General de las Normas* Kelsen establece la relación entre una norma superior y una norma inferior en términos de concordancia (*Entsprechung*), del siguiente modo (Kelsen 2018, 271)

Que la validez de la norma inferior se fundamenta en la validez de la superior, significa que la norma inferior concuerda con la superior. Esta concordancia tiene diferentes grados, dependiendo de si la norma superior determina solo el acto de establecer la norma inferior -y eso significa que determina solo el órgano que ha de establecerla (autoriza a un determinado órgano X a poner normas)-, o determina también el contenido de la norma que haya de establecer ese órgano.

Interesa para efectos de exponer el paradigma de la norma prescriptiva imperfecta la relación entre normas superiores con un contenido determinado y normas inferiores, especialmente el caso de la relación entre norma general y norma individual. En este caso, explica Kelsen (2018, 275-76), la norma superior tiene tres «conceptos»: el concepto de órgano competente, el concepto de un supuesto de hecho condicionante y el concepto de una consecuencia jurídica, mientras que la norma inferior individual contiene tres representaciones concretas de los conceptos generales de la norma superior, que se relacionan entre sí por medio de una subsunción.

A partir de estas ideas, considerando esta representación del fenómeno jurídico que ofrece Kelsen, el derecho administrativo puede ser reconstruido como un conjunto

de sus explicaciones. No obstante lo anterior, me parece que el normativismo de Kelsen puede ofrecer un apoyo teórico al paradigma de la norma prescriptiva imperfecta que me permita mostrarlo en «su mejor luz», para luego identificar de manera precisa sus insuficiencias para la inteligibilidad de la administración.

²⁶ Kelsen manejaba un sentido amplio de deber, que incluye prescripciones, autorizaciones y permisos (*vid.* Kelsen 2018, 119).

de normas prescriptivas cuyos destinatarios son órganos administrativos que exhiben la siguiente estructura:

Un individuo que se desempeña profesionalmente dentro de un organismo administrativo (principio de imputación) habilitado para actuar en el caso C (autorización), debe realizar la actividad administrativa A (norma prescriptiva).

Esta imagen de norma prescriptiva es la que tiene a la vista la dogmática administrativa al momento de reconstruir al derecho administrativo. En efecto, en la literatura se advierte que, en algunos casos, del material jurídico propio de este sector no es posible ofrecer una norma prescriptiva para la administración que satisfaga a esta estructura.²⁷ Concluyen de ello que, en ocasiones, la ley establece para la administración normas «perfectas», que determinan satisfactoriamente la actividad administrativa debida. Y en otros casos establece normas «imperfectas», que requieren ser completadas por la administración para poder ser cumplidas. Y en eso consistiría la discrecionalidad administrativa: el ejercicio de completar una norma prescriptiva incompleta. En este sentido, Bacigalupo (1997, 203) señala que

la *perfección* o integración en sede aplicativa del supuesto de hecho inacabado de las normas que habilitan discrecionalidad en la adopción o determinación de su consecuencia jurídica (que -insisto- es en lo que consiste el ejercicio de discrecionalidad) constituye, pues, el producto de una operación *volitiva* y no *cognitiva*. (Énfasis en el original)

El carácter imperfecto de estas normas se aprecia de mejor manera cuando entra en juego el control judicial de la actividad administrativa. En efecto, es al momento de revisar judicialmente la decisión cuando la norma jurídica se muestra como insuficiente para que el juez pueda evaluar la legalidad de la actividad administrativa. Esto se explica por lo que Bacigalupo (1997, 78-84) llama «la accesoriadad de la intensidad del control jurisdiccional de la actuación administrativa respecto de la densidad de su programación jurídica». La idea es que aquellas normas jurídicas que frente a la administración se muestran como «normas de conducta», al ser vistas desde el punto de vista del juez se perciben como «normas de control» que especifican el alcance del control judicial de la administración (Bacigalupo 1997, 61-84).²⁸

²⁷ Con todo, cabe señalar que en la segunda edición de la *Teoría pura del derecho* Kelsen (1982, 242) observa que «[l]as normas jurídicas generales producidas conforme a la constitución no determinan por lo común solamente al órgano y el procedimiento de su aplicación, sino también -aunque con todo en diferentes medidas- el contenido de las normas individuales que expresan las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas. En el terreno del derecho penal la determinación previa del contenido de la sentencia judicial, por regla general, es tan extenso que sólo se deja un campo libre relativamente limitado a la libre apreciación del tribunal penal en la producción de la norma jurídica individual que su sentencia representa. En el terreno del derecho administrativo, en cambio, este campo es por lo común bastante amplio».

²⁸ Esta imagen replica lo que ocurre con normas penales, las cuales se muestran hacia la ciudadanía como norma de conducta (prohibido cometer homicidio) y como normas de control (hacia la ciudadanía) respecto del juez (si X comete homicidio, yo juez debo castigarlo con la pena P).

Llamaré a esta idea la «tesis de la simetría».²⁹ Esta tesis se despliega en tres pasos sucesivos que se ordenan según la prioridad explicativa que tiene uno respecto del que le sigue (*vid.* Bacigalupo 1997, *passim*).

El primer paso consiste en ubicar a la discrecionalidad administrativa dentro de la estructura lógica de la norma jurídica, determinando si aquello que debe completar la administración al cumplir la norma es el supuesto de hecho y/o la consecuencia jurídica del enunciado normativo, dando lugar con ello a tres teorías de la discrecionalidad administrativa según elemento requiere ser completado (*vid.* Bacigalupo 1997, 107-92; Arai-Takahashi 2000). Una vez que ha sido establecido lo anterior, es posible comprender cuál es el alcance y los límites de la revisión que hace el juez de la actividad administrativa, que se explica por la accesoriedad de la intensidad del control respecto de la densidad de la norma prescriptiva. Finalmente, habiendo sido precisados los dos puntos anteriores, es el momento de determinar los límites constitucionales para el legislador al momento de atribuir discrecionalidad administrativa, bajo el entendimiento de que la ausencia de parámetros jurídicos suficientes que hagan posible un control judicial de la administración afecta el derecho a un acceso efectivo a la justicia.

La siguiente figura grafica la relación entre legislación, administración y jurisdicción bajo la tesis de la simetría y las posibles combinaciones de determinación (D) e indeterminación (I) del supuesto de hecho (H) y consecuencia jurídica (C).

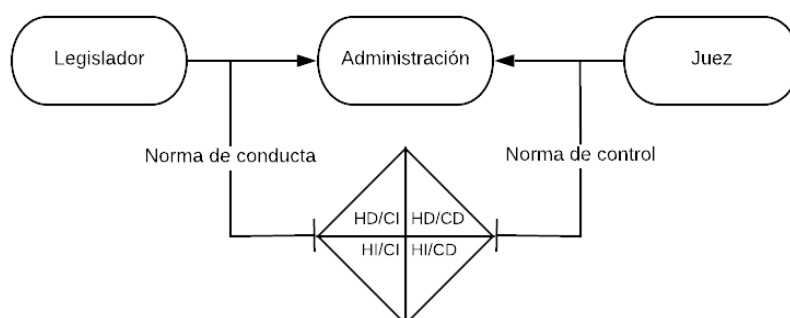


Figura 1. La tesis de la simetría

Bajo este esquema, la administración se vincula con el legislador y el juez en términos idénticos, solo cambia la dirección del razonamiento involucrado. Los términos de esta vinculación vienen determinados por una norma jurídica que se compone de un supuesto de hecho (que puede estar determinado o indeterminado) y una consecuencia jurídica asignada a dicho supuesto de hecho (que puede estar determinada o indeterminada), cuyo grado de determinación responde a la teoría de la discrecionalidad administrativa que se adopte. La dirección del razonamiento hace que esta norma se muestre de manera diferente para legislador y juez. El legislador establece una norma de conducta para la administración y su aplicación correspondería a una concretización de ella en el caso concreto, que puede ser comprendida como un razonamiento desde lo general a lo particular. En el caso del

²⁹ Tomo la terminología de Rodríguez de Santiago (2015, 165-76) pero con propósitos expositivos distintos.

juez, esta norma se presenta como una norma de control, y por ello puede ser comprendido como un razonamiento desde abajo, donde lo que interesa es evaluar la acción de la administración a la luz de una norma general.

Para Bacigalupo, el problema de la discrecionalidad administrativa es fundamentalmente un problema acerca de los límites constitucionales de la atribución de discrecionalidad administrativa a la luz de la protección judicial efectiva para los ciudadanos frente a la administración. Este problema constitucional se comprende una vez que se explicita la relación de la administración y los jueces bajo la tesis de la simetría. Dice Bacigalupo (1997, 224-25)

[...] no sería correcto imputar al juez contencioso-administrativo un control (material) insuficiente de la actuación administrativa impugnada [por ejemplo, un control -meramente negativo- de su (ir)racionalidad, (ir)razonabilidad, (des)proporcionalidad, etc.], cuando ese control es consecuencia directa de la escasa (o nula) densidad normativa con la que el legislador la ha programado (positivamente). Aquí no parece que sea el juez contencioso-administrativo, sino el legislador quien -indirectamente- podría estar vulnerando el art. 24.1 CE, pues es él quien impide (o, mejor dicho, no permite o hace posible) que el juez pueda controlar la actividad administrativa impugnada con la intensidad propia de una tutela judicial efectiva.

Bacigalupo (1997, 250) admite prontamente que en ocasiones no será posible que el legislador establezca una programación normativa lo suficientemente densa que permita al juez ejercer un control de la actuación administrativa que satisfaga el estándar exigido por el derecho a una tutela judicial efectiva. Haciendo referencia a la doctrina alemana, señala que el principio de determinación normativa (que se derivaría, supongo, de la tutela judicial efectiva) implica que las indeterminaciones legales se encuentren al menos suficientemente justificadas. Si bien esto es un déficit, puede ser superado en la medida en que el legislador justifique constitucionalmente una mayor flexibilidad para la administración y, complementariamente, compense normativamente este déficit por medio de normas de organización y procedimiento (Bacigalupo 1997, 233-36).

Para este paradigma, entonces, una mayor flexibilidad o un menor grado de determinación normativa para las actuaciones administrativas no resulta problemático en la medida en que se encuentre justificada y compensada. Con ello, el ejercicio de una potestad discrecional se configura como una tarea normativa: la administración debe completar o perfeccionar la norma prescriptiva imperfecta como paso previo a su cumplimiento en el caso concreto (Bacigalupo 1997, 183-84).

En base a lo expuesto, es posible formular la siguiente conceptualización de la discrecionalidad administrativa a la luz de la tesis de la simetría:

La discrecionalidad administrativa opera como resultado de una indeterminación de la norma prescriptiva aplicable al caso, la cual se encuentra constitucionalmente justificada y ha sido compensada normativamente por medio de normas de organización y procedimiento, y consiste en la «perfección» de la norma prescriptiva en forma previa a su cumplimiento en el caso concreto.

Tomar como punto de partida para las explicaciones del derecho administrativo una norma de conducta perfecta, en el sentido de que es el modelo al cual aspirar respecto de la vinculación jurídica de la administración, exige un mayor análisis. A pesar de que pareciera ser una consecuencia natural del principio de sujeción a la ley, es una idea muy extraña si se mira desde el punto de vista de la legislación. La creación de un órgano público obedece a un diagnóstico que recoge la política: es necesario adoptar medidas en un sector de nuestra vida en común para resolver un problema

que ha surgido como resultado de nuestra interacción social. Y nótese el mensaje que da el derecho desde el paradigma de la norma prescriptiva imperfecta: si usted realmente considera importante realizar una intervención en ese sector, determine la actuación administrativa requerida en términos precisos y claros porque, de lo contrario, se encuentra en riesgo la protección efectiva de los individuos potencialmente afectados ya que, en ausencia de una determinación clara y precisa de la actuación administrativa, el juez no podrá realizar un control jurídico de la administración. Solo en caso de que ello no sea posible, ofrezca las razones constitucionalmente admisibles que autoricen flexibilizar el grado de vinculación jurídica junto con compensaciones normativas (típicamente normas de organización y procedimiento).

Pero ocurre que habitualmente el legislador no establece una determinación que pueda satisfacer la tesis de la simetría, sino que más bien se dirige a la administración en términos flexibles. Esto puede ser tomado como una pregunta empírica que se responde tomando una muestra representativa de normas de conducta que tienen como destinatario a la administración y clasificarlas según su grado de determinación o densidad normativa. Un ejercicio de este tipo podría mostrarnos el comportamiento del legislador durante un periodo de tiempo determinado y concluir de ello si sus preferencias se inclinan hacia el establecimiento de normas perfectas para la administración o la justificación de una mayor flexibilidad compensada normativamente. De este ejercicio podríamos concluir que actualmente en la mayoría de los casos el legislador opta por este segundo caso porque, quizás, la sociedad ha cambiado.

Pero la pregunta no es empírica. Un sistema jurídico donde la administración se encuentre determinada en los términos planteados por la tesis de la simetría no tiene sentido. La función de la administración en el derecho moderno no es la ejecución de un mandato específico del legislador, sino más bien el desarrollo de un mandato genérico cuya explicación se sitúa en la habilitación que supone la creación de un órgano administrativo. Como señala Schmidt-Assmann (2003, 207) «el principio de separación de poderes lo que pretende es que también las instancias llamadas a aplicar la ley hagan una aportación sustancial al proceso de concreción jurídica». Lo que interesa resolver es en qué consiste esta aportación sustancial y si se deja explicar sobre la base de una norma prescriptiva imperfecta.

Este es un punto que será desarrollado con mayor detenimiento en el capítulo tercero, pero para comprender la implausibilidad de la tesis de la simetría basta con tener a la vista que, como ha demostrado Atria (2016, segunda parte), el entendimiento moderno del derecho como voluntad del pueblo ha dado lugar a tres maneras de atribuir legitimidad material al ejercicio de potestades públicas, que se traducen en principios estructurales diferenciados para la función legislativa, la función administrativa y la función judicial. Cada una de estas funciones, por tanto, presenta diferentes estructuras que permiten reconducir el resultado del ejercicio de cada una de estas potestades públicas al pueblo, única fuente de normatividad en el derecho moderno. Y en este orden de ideas, la actividad administrativa no encuentra su legitimidad material por su vinculación directa a la ley, sino que más bien por una «estructura por la que se conducen relaciones de responsabilidad y dependencia» (Atria 2016, 193).

Dentro del paradigma de la norma prescriptiva imperfecta, no obstante, la tesis de la simetría ha sido cuestionada desde el punto de vista del juez. Rodríguez de Santiago (2015, 167) sostiene, formulando lo que llamaré la «tesis de la asimetría», que es posible distinguir y existe una diferencia fundamental entre normas de conducta (dirigidas a la administración) y normas de control (dirigidas al juez)

La norma de conducta pretende dirigir eficazmente la actividad administrativa (y se podría medir en grados diversos cómo esto realmente se consigue), y la norma de control judicial delimita los criterios jurídicos con los que se llevará a cabo la función de examinar la legalidad de la actuación administrativa impugnada (para vincular a ese enjuiciamiento, en primer término, una de las dos consecuencias jurídicas del binomio validez o invalidez).

La tesis de la asimetría ofrece una imagen más compleja y, por ello, más cercana a la práctica jurídica. Esta imagen puede ser completada con las normas procesales que determinan la intervención del juez. La siguiente figura grafica la relación de la administración con el legislador y el juez bajo este esquema.

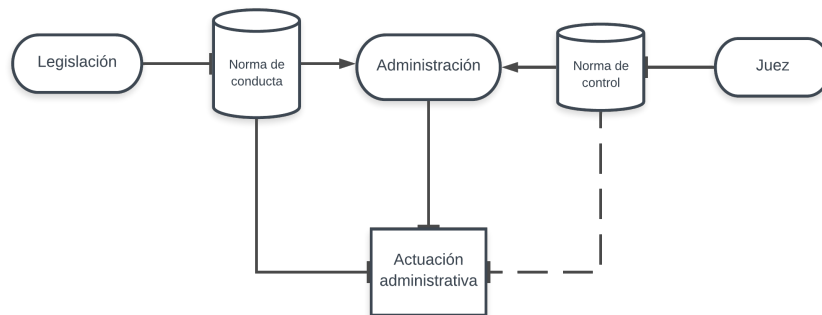


Figura 2. La tesis de la asimetría

El legislador se relaciona con la administración necesariamente por medio del otorgamiento de potestades públicas y el establecimiento de algunas normas prescriptivas (línea continua), mientras que el juez se relaciona con la administración de manera contingente, solo en caso de que se impugne un acto administrativo y se cumplan las reglas procesales que activan la jurisdicción (línea discontinua). Sin ánimo de exhaustividad, la intervención del juez dependerá del plazo establecido para impugnar el acto administrativo, la satisfacción de las reglas de legitimidad activa, la pretensión del demandante y reclamante (que delimitan la controversia), reglas probatorias, etc. Esto explica que el control judicial refuerce solo algunas normas dirigidas hacia la administración, típicamente prohibiciones, bajo la lógica de reaccionar frente a excesos cometidos por ella. Aunque el control judicial de la administración será examinado en la siguiente sección (*vid.* 1.3), es importante tener presente una idea que ayuda a disolver varias complicaciones. La tesis de la simetría pareciera fundarse en un temor de que la existencia de márgenes de decisión que no permitan identificar *ex ante* y de manera precisa la actuación administrativa implica necesariamente la posibilidad de un exceso de la administración. Pero ocurre que, por definición, un exceso en el ejercicio de atribuciones legales se encuentra fuera del campo de actuación de la administración y creo que esto es algo que captura bien la tesis de la asimetría. Mientras exista un derecho a acceder a la justicia en caso de que los intereses jurídicamente protegidos de una persona se vean afectados como resultado de una decisión de la administración, cualquier riesgo de un exceso de poder podrá ser neutralizado.

La tesis de la asimetría es relevante además porque al distinguir entre dos tipos de normas, en base a sus destinatarios y función, permite dar cuenta de manera explícita que estamos frente a dos actividades diferentes. Esta diferenciación permite explicar que la vinculación a la ley del juez es diferente a la vinculación de la administración a la ley (*vid.* Rodríguez de Santiago 2015, 19-24). Y de ello se sigue que el control judicial de la administración es una decisión de segundo grado (Bacigalupo 1997, 67-70; Endicott 2018, 64-70), dependiente de una decisión de la administración que es evaluada en base a parámetros legales determinados, que serán objeto de la última subsección de este capítulo (*vid.* 1.3.2).

La tesis de la asimetría permite advertir que hay algo más allá del control del juez que no se deja capturar con los esquemas tradicionales del derecho administrativo. Comentando la influencia de las ciencias sociales en la dogmática alemana, Schmidt-Assmann (2003, 30) señala al respecto la necesidad de

complementar el sistema dogmático tradicional del Derecho administrativo, dogmática que hasta ahora se ha visto un tanto simplificada y focalizada en la tutela judicial y, por ello, volcada en los procesos individuales, en detrimento de su capacidad para entender y albergar relaciones o contextos más trascendentes y comprensivos.

Con todo, la tesis de la asimetría no está exenta de problemas porque se mantiene dentro del paradigma de la norma prescriptiva imperfecta. Esto genera una tensión hacia la norma de control por medio de la descripción de la actividad administrativa en un lenguaje de derechos. En efecto, la tesis de la asimetría asume la ausencia de un control judicial exhaustivo de la norma de conducta de la administración.³⁰ Pero en nuestra cultura jurídica esto es algo difícil de aceptar y creo que la reacción negativa hacia esta idea se manifiesta en el llamado «derecho a una buena administración» consagrado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo texto es del siguiente tenor

Artículo 41 Derecho a una buena administración

Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

Este derecho incluye en particular:

el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,

el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,

la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

³⁰ Aunque esto no quiere decir que no serán cumplidas ni cumplan ninguna función (*vid.* Doménech Pascual 2018, 133-36).

El problema al cual responde la noción de «buena administración» o «buen gobierno» es más amplio. En este punto, resulta pertinente prestar atención a una observación de Rosanvallon (2018) respecto a la subteorización de la relación entre la administración pública y la ciudadanía. Este autor (2018, 9-10) llama «democracia de la autorización» a aquella que responde a la concepción clásica asociada al parlamentarismo, según la cual, un conjunto de personas son elegidas directamente por medio del voto popular para conformar un órgano colegiado en el cual se formará la voluntad general. Ella no podría dar cuenta de la relación entre la administración pública y la ciudadanía (gobernantes y gobernados en sus términos) porque, desde la hegemonía del presidencialismo, dicha relación no se agota con el voto. Para este autor, se requiere de una «democracia permanente» que responde a ideas desarrolladas bajo la noción de buen gobierno. Con ello, explica Rosanvallon (2018, 134), se intenta saldar una deuda de la teoría política, que se ha ocupado fundamentalmente de la relación entre legislación y ciudadanía

While representative institutions and modes of participation have evolved and gained in sophistication since the founding revolutions of the eighteenth century, the art of governing still relies on methods that are as monotonous as they are primitive.

Mientras las instituciones representativas y los modos de representación han evolucionado y sofisticado desde las revoluciones que las fundaron en el siglo XVIII, el arte de gobernar aún descansa en métodos que son tan monótonos como primitivos.

La noción de buen gobierno intenta hacerse cargo de la enorme distancia entre quienes gobiernan y la ciudadanía, que se expresa de manera más elocuente en la justificada percepción de no sentirse escuchada. Para Rosanvallon (2018, 204), tratándose de mejorar la relación entre gobierno y ciudadanía toda está por ser inventado. Mientras la literatura sobre buen gobierno o buena administración se desarrolla en sus propios términos, analizando diversas alternativas y combinaciones que bien podrían ser presentadas en su conjunto como una infraestructura de buen gobierno (Ponce Solé 2019, 148), en el ámbito jurídico se ha ido configurando como un derecho (*vid.* Bousta 2013).

En el ámbito europeo, Hofmann, Rowe, y Türk (2011, 193) señalan que en el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales se recogen derechos y principios ya existentes en el derecho europeo. En estos términos, la expresión «derecho a una buena administración» solo sería una forma abreviada para referirse a los derechos procedimentales que allí se enumeran, como ocurre con el derecho a un debido proceso.³¹ Disiente de ello Ponce Solé (2019, 38, 92-93), afirmando que se trataría de una «nueva obligación jurídica», que consiste en «la *debida diligencia* o *el debido cuidado* en la ponderación de todos los hechos, intereses y derechos relevantes para la toma de la decisión y en la motivación de esta, con fundamento en el expediente, manteniendo una congruencia racional entre aquellas dos y este último», que califica

³¹ Con todo, creo que hay una diferencia importante entre el debido proceso y la buena administración. En el primer caso, los derechos procedimentales que configuran su contenido responden a un intento de precisión, mientras que en el segundo caso el proceso fue al revés: la expresión «derecho a una buena administración» reúne una serie de garantías ya existentes (*vid.* Barnes 2019), pero su calificación jurídica como «derecho» invita a una mayor intervención judicial para «perfeccionar» la norma de conducta de la administración.

como «obligación jurídica positiva», aunque no duda en afirmar que la consecuencia de su incumplimiento es la invalidación (Ponce Solé 2019, 135).³²

La caracterización de este derecho como un correlato a una debida diligencia evidencia cierta incomodidad con la distinción entre norma de conducta y norma de control porque en nuestra cultura jurídica es difícil concebir derechos sin intervención judicial.³³ En estos términos, decir que tenemos un «derecho» a un buen gobierno cumple la función de habilitar a los jueces a determinar el modo en que la administración debe cumplir sus funciones, con lo cual sus decisiones quedan configuradas como temporales, expuestas a una ratificación o modificación ante la autoridad última: los jueces. Es importante no perder de vista por qué esta explicación de la actividad administrativa no resulta adecuada. Lo que interesa explicar es el sentido de la creación de órganos administrativos por medio de una ley. ¿Por qué una comunidad política crea una estructura burocrática al servicio de intereses generales? Una explicación que deje en manos de la jurisdicción determinar el cómo se realiza el interés general en los diversos sectores que componen lo público hace difícil explicar el sentido de la administración.

Al margen de ello, la relación entre administración y jurisdicción será objeto de la próxima sección (*vid.* 1.3), me parece que el principal problema de la tesis de la asimetría es que no consigue dar cuenta de un aspecto relevante de la administración que va más allá del cumplimiento de una norma de conducta. En la medida en que aquello que se le exige a la administración es producir un estado de cosas, se vuelve relevante prestar atención a la distinción formulada por Atienza y Ruiz Manero (2007, 30, 35, 40-41) entre normas de acción y normas de fin para explicar este punto.

En *Las piezas del derecho*, Atienza y Ruiz Manero (2007) presentan la distinción entre normas de acción y normas de fin desde tres enfoques. Conforme al primero de ellos, que pone atención en la estructura de la norma, lo que las distingue es el objeto de calificación deóntica. Mientras que las normas de acción se refieren a una conducta

³² Esto último es importante. El sentido de una obligación positiva es determinar la acción debida en términos tales que el juez pueda condenar al demandado a realizarla. Si el juez solo puede invalidar una decisión de la administración sin estar habilitado para reemplazarla, se trata de un control negativo que excluye, por definición, que se trate de una obligación positiva.

³³ Ponce Solé (2019, 102) llega a afirmar que «[h]emos de pasar, pues, de *la mera lucha contra las inmunidades del poder a una auténtica batalla por el buen gobierno y la buena administración* en garantía de los derechos de los ciudadanos y para evitar el fracaso del país.» (énfasis en el original) En gran medida, la propuesta de este autor responde a un rechazo a su interpretación de la doctrina dominante en España sobre la discrecionalidad administrativa, que se expresa bajo la fórmula de «pluralidad de soluciones justas» (García de Enterría y Fernández 2020, I:501-7). Me parece que cabe entender lo anterior como una habilitación para adoptar una decisión. En ningún caso sería posible entender esta idea como una completa indiferencia del derecho hacia la actividad administrativa, como reprocha a dicha doctrina Ponce Solé (2019, 27-29), porque los diversos estándares de control judicial de la administración dan cuenta del esfuerzo de juridificación de la actividad administrativa. Que el resultado de dicho control sea la invalidación o una indemnización de perjuicios nos dice algo relevante para acercarnos a una comprensión de la función de la administración: ésta existe no solo para cumplir leyes, sino que se espera de ella algo más (*vid.* Rosanvallon 2018, 55-58). La pregunta que aquí interesa es si ese «algo más» se deja capturar bajo el paradigma de la norma prescriptiva imperfecta.

determinada («lavar los platos»), las normas de fin se refieren a un estado de cosas («mantener la cocina limpia»).

El segundo criterio mira a la función que cumplen en el razonamiento jurídico, y aquí la diferencia se aprecia al constatar que solo las normas de acción consiguen simplificar el proceso de decisión, en la medida en que la referencia a ellas basta para justificar una acción. Tratándose de las normas de fin, la acción que se realice por un agente respondiendo a ellas puede ser juzgada a la luz de sus consecuencias, especialmente en función del grado en que se alcance el estado de cosas calificado deónticamente dada las circunstancias del caso. Este es un punto que desarrolla Lifante Vidal (2017), quien afirma que por medio de las normas de fin el destinatario se hace responsable de la articulación de medios escogida para alcanzar el estado de cosas en cuestión, lo que viene a completar la perspectiva deóntica tradicional (que enfatiza los deberes de la administración). Esta observación nos ofrece una pista importante para dilucidar la naturaleza de la administración bajo la noción de responsabilidad-rol y será explorada más adelante (*vid.* 3.2).

Finalmente, Atienza y Ruiz Manero (2007) señalan que las normas de acción articulan intereses individuales con el propósito de que cada persona pueda desarrollar planes de vida significativos, mientras que las normas de fin introducen intereses sociales cuya promoción fija un horizonte que habilita al destinatario a rearticular intereses particulares con el fin de hacerlos compatibles con éste.

Al echar mano a esta distinción, se hace reconocible el principal problema de la tesis de la asimetría. Los órganos administrativos son creados con un propósito, se les encomienda hacerse cargo de un sector de lo público. Y aquello que se les encomienda es un estado de cosas: la salud pública, el medioambiente, los bienes públicos, la economía. En estos términos, la noción de «norma de fin» parece ser más apta para dar cuenta de la actividad administrativa. La administración está sujeta a normas prescriptivas, cuyo objeto es una acción o conducta, pero su régimen jurídico es más amplio.

¿Podría reemplazarse la norma de conducta por una norma de fin en el esquema de la tesis de la asimetría? No lo veo posible. La noción de norma de fin es demasiado abstracta para poder explicar a la administración en términos prescriptivos. Pero sí tiene la función, fuera del paradigma de la norma prescriptiva imperfecta, de hacer inteligible la actividad administrativa que despliega un órgano administrativo en un sector de lo público.

Esta actividad se presenta como un poder de transformar nuestro entorno social. Aquello que hace falta en el esquema de la norma prescriptiva imperfecta es una comprensión del concepto de potestad pública que enfatice su función creadora antes que su carácter intrusivo respecto de la esfera individual que, por muy importante que sea para reaccionar en contra del exceso en el ejercicio del poder, es secundario en el sentido de que supone una dimensión constitutiva de la administración, que es la que me interesa indagar. Como espero demostrar en lo que sigue, es esta

comprensión de las potestades públicas la que ofrece un mayor rendimiento explicativo para comprender a la administración.³⁴

Las potestades administrativas no son extrañas para la doctrina. En efecto, en las explicaciones del derecho administrativo se señala que el principio de legalidad opera como un mecanismo de atribución de potestades (García de Enterría y Fernández 2020, I:447-58). Con todo, éstas se basan en la idea de control frente al exceso de poder que ha estructurado al derecho administrativo, lo que se aprecia especialmente cuando se analiza a la administración en función de los privilegios que tiene en contraste con las relaciones entre particulares (*vid.* Ferrada Bórquez 2007), lo que la mostraría en una posición de superioridad que hace difícil reconocer su carácter fiduciario.

En la teoría del derecho se han presentado dos grupos de teorías acerca de las potestades jurídicas, que Bulygin (2015) llamó «teorías reductivistas» y «teorías no reductivistas». El primer grupo asimila, directa o indirectamente, a las potestades con algún tipo de norma prescriptiva, mientras que el segundo grupo amplía el ámbito de lo normativo. Lo que interesa de este debate es constatar que las dificultades de las teorías reductivistas hacen difícil encontrar apoyo teórico al paradigma de la norma prescriptiva imperfecta y el modo de trascender al énfasis en el control que predomina en la dogmática dominante consiste en articular las explicaciones del derecho administrativo a partir de las teorías no reductivistas.

Antes de continuar, conviene hacer una aclaración terminológica. En la literatura es corriente que se usen los términos «norma de competencia», «normas que confieren poderes» o «potestades jurídicas» para referirse, en general, a habilitaciones legales (*vid.* Ferrer Beltrán 2000).³⁵ No alcanzo a advertir qué justifica el uso de términos distintos para referirse a lo que parece ser lo mismo. De momento, me atrevería a conjeturar que el uso de «normas que confieren poderes» o «potestades jurídicas» enfatiza la función social de este tipo de normas, mientras que el uso de «normas de competencia» enfatiza su rol explicativo dentro de la teoría de la validez de las normas. Cabe tener presente que el término «competencia» también es usado para referirse al ámbito de actuación que comprende una habilitación legal a órganos públicos. En lo que sigue, y siguiendo a MacCormick (2007, según la traducción de Atria y Tschorne), usaré el término «potestad jurídica» («*legal power*») para discutir sobre la función social de este tipo de normas. Hay buenas razones para ofrecer un análisis que prescindiera del rol que cumplen las potestades jurídicas en la teoría de la validez. En la vida cotidiana las personas buscan alcanzar objetivos sin necesidad de recurrir a sofisticadas teorías legales. Y para ello, se basan principalmente en hábitos

³⁴ Algo, por cierto, nada novedoso. Sigo aquí el consejo de MacCormick (2007, 171/2012, 220) «para entender el derecho público se debe reflexionar [...] acerca de las especiales características de las potestades de las autoridades de gobierno».

³⁵ Una línea diferente ofrece Villa Rosas (2019). Para este autor, se trata de la atribución de la capacidad de seguir reglas. Con ello, se aproxima al uso cotidiano del adjetivo «ser competente», con el cual se atribuye a un sujeto la propiedad de ser eficaz en realizar una tarea específica. No obstante, creo que esta concepción, por su generalidad, no permite dilucidar la función social de las potestades jurídicas en general ni las potestades administrativas en particular, que es lo que aquí me interesa desarrollar.

(MacCormick 2007, 160-66/2012, 206-2013).³⁶ Con todo, una dilucidación de las potestades jurídicas según su función social no implica el compromiso de negar el rol explicativo que tienen este tipo de normas dentro de la teoría de la validez. Pero dicho rol no es suficiente para capturar el significado de las potestades jurídicas.

1.2.3 Las teorías reductivistas de las potestades jurídicas en la teoría del derecho

El paradigma de la norma prescriptiva imperfecta responde a una representación prescriptivista del fenómeno jurídico bajo la idea de sistema normativo. Según esta aproximación, el derecho es un conjunto de normas jurídicas, entendiendo por tal (Bulygin y Mendonca 2005, 15)

una prescripción emitida por un agente humano, denominado «autoridad normativa», dirigida a uno o varios agentes humanos, denominados «sujetos normativos», que obliga, prohíbe o permite determinadas acciones o estados de cosas.

Según su estructura formal, existen tres tipos de normas prescriptivas: obligaciones, prohibiciones y permisos (tipos normativos) que se distinguen entre sí por la modalidad deóntica que expresan.

Esta representación prescriptivista del fenómeno jurídico es muy útil para dilucidar el contenido de las relaciones jurídicas, pero da una imagen estática del sistema jurídico. Deja sin explicación la creación, modificación y eliminación de normas que lo integran y que es un reconocido rasgo característico del derecho. Para explicar los aspectos dinámicos del sistema jurídico, se alude a las «normas de competencia» (Ferrer Beltrán 2000, 1). Y en una primera aproximación se buscó dar una explicación de las normas de competencia en base a alguno de estos tipos normativos, dando origen a lo que Bulygin (2015, 274) llamó «teorías reductivistas».

Un representante de las teorías reductivistas es Kelsen. Parte importante de su obra descansa en el dualismo ser y deber ser, de la cual se derivan una serie de distinciones que aíslan al fenómeno jurídico como un objeto de estudio autónomo (*vid.* Kelsen 1982, 17-23; 2018, 82-87). Dentro de ellas, interesa especialmente el tipo de actividad involucrada en estos ámbitos. Mientras que en el dominio del ser podemos conocer las cosas, en el dominio del deber ser una persona prescribe conductas humanas, exterioriza su voluntad en el sentido de que otra persona actúe de determinada manera (Kelsen 1982, 18).

Esto lleva a Kelsen a concebir las normas como un acto de voluntad que expresa un querer. Una norma, dice este autor, es «el sentido de un acto de voluntad intencional dirigido a una determinada conducta humana» (Kelsen 2018, 56). Una misma conducta puede ser descrita por medio de enunciados, con lo cual se da a conocer que algo ha acontecido en el mundo (el ser), pero al formar parte del contenido de una norma su sentido es otro: que otra persona se comporte de modo determinado (el deber ser).

³⁶ Creo que aquí MacCormick sigue uno de los métodos filosóficos propuestos por Wittgenstein según el cual los usos especializados de las palabras son precedidos por usos en juegos de lenguaje más simples, *vid.* Schroeder (2004).

Según Kelsen (2018, 119), el deber ser se expresa bajo tres funciones normativas: prescribir, autorizar y permitir. Y para explicar el carácter dinámico de los sistemas jurídicos recurre a la función de autorizar. Muchas veces queremos que otra persona se comporte de algún modo determinado y así podemos expresarlo. Podemos dirigirnos a esa persona y ordenarle que haga algo. Con ello expresamos un querer, cuyo contenido es la conducta ordenada. Para Kelsen este es «el sentido subjetivo» de un acto de voluntad, el cual no es vinculante salvo que el acto de voluntad se encuentre autorizado en el sistema normativo pertinente. En este último caso, dice Kelsen, el querer se presenta en un sentido objetivo. La diferencia entre el querer subjetivo y el querer objetivo la explica este autor en los siguientes términos (2018, 57-58)

La objetividad del deber ser (es decir, que el sentido de un acto de voluntad autorizado dirigido a la conducta de otro es una norma) se muestra también en el hecho de que la norma vale, de que ese deber ser existe como sentido, incluso si hace mucho tiempo que ya no existe el acto de voluntad del cual él es el sentido, mientras que el deber ser que solo es el sentido subjetivo de un mandato no autorizado deja de existir -es decir, no vale (como norma)- desde el momento en que ya no existe el acto de voluntad del cual él es el sentido.

Esta idea establece una importante conexión entre la función de autorizar y las otras funciones normativas. Para Kelsen (2018, 126-27) la norma que autoriza a una persona a establecer normas (a dirigirse a otras personas en términos de deber ser) desempeña dos funciones diferentes. Por una parte, se dirige a la persona que queda habilitada para establecer normas, pero además se dirige a los destinatarios de los actos normativos emitidos por ella haciendo vinculante el contenido que éstas expresan. Para este autor, el derecho, a diferencia de la moral, prescribe conductas de un modo especial y característico. En el ámbito jurídico se prescriben conductas «estableciendo como debida una sanción bajo la condición de la conducta contraria» (Kelsen 2018, 155). Esto conduce a la distinción entre norma primaria (aquella que se dirige al órgano aplicador del derecho estableciendo como debido un acto de coacción en caso de que se viole una norma) y norma secundaria (aquella establece como debida una determinada conducta). Pero para Kelsen (2018, 155) la formulación de la norma secundaria es superflua

puesto que desde el punto de vista jurídico el no deber robar consiste solo en el deber ser sancionado enlazado a la condición de robar.

Planteado en estos términos el fenómeno jurídico, las potestades jurídicas no exhiben autonomía normativa. Su función consiste en hacer vinculante el recibir una sanción como consecuencia del incumplimiento de una norma de parte de un órgano aplicador del derecho que se encuentra autorizado para ello. De allí que las potestades jurídicas (normas de competencia) sean consideradas, bajo el esquema conceptual de Kelsen, como obligaciones indirectas que «obliga a comportarse conforme a las normas dictadas en ejercicio de la competencia» (Ferrer Beltrán 2000, 29; *vid. además* 2000, 13-24).

Otro representante de las teorías reductivistas es von Wright, quien se ocupó del fenómeno normativo en términos más amplios. Un primer aspecto del pensamiento de este autor, que permite comprender su aproximación a las potestades jurídicas (normas de competencia), es su análisis de las normas. Para este autor (1963, 70), es conveniente distinguir seis elementos de las normas prescriptivas: el carácter, el

contenido, la condición de aplicación, la autoridad, los sujetos y la ocasión.³⁷ Para lo que aquí interesa, podemos quedarnos con los dos primeros.

El carácter de una norma, explica von Wright (1963, 71), depende de si aquello que establece es que «algo debe o puede o no debe ser o hacerse». En forma más precisa, afirma que

If a *prescription* is to the effect that something ought to be done we often call it a *command* or *order*. If it is to the effect that something may be done we call it a *permission*. If, finally, it is to the effect that something must not be done we call it a *prohibition*.

Si una *prescripción* es para que algo deba ser realizado, a menudo la llamamos *orden*. Si es para que algo pueda hacerse, la llamamos *permiso*. Si, por último, es para que algo no se haga, la llamamos *prohibición*.

Para von Wright (1963, 71-72) el contenido de la norma puede ser una acción o una actividad. Los actos se encuentran vinculados con los eventos y pueden ser descritos como la producción intencionada de un cambio. Las actividades, por su parte, se vinculan con procesos en el sentido de que mantienen su curso en el tiempo. Este autor agrega que, en algunos casos, la prescripción de una actividad puede ser traducida en términos de acción

Let us ask: What does the regulation «Smoking prohibited» require us to do? The answer is: If we are engaged in the activity of smoking the regulation orders the act of ceasing to smoke (e.g., by throwing the cigarette away); and if we are not smoking it prohibits the act of starting to smoke (e.g., by lighting a cigarette). Similarly, the command not to run, if the dog barks, orders the act of stopping, should we happen to be running, and prohibits the act of starting to run, should we be walking or standing still.

Preguntemos: ¿Qué nos exige la norma «Prohibido fumar»? La respuesta es: si estamos realizando la actividad de fumar, la norma ordena el acto de dejar de fumar (por ejemplo, tirando el cigarrillo); y si no estamos fumando, prohíbe el acto de empezar a fumar (por ejemplo, encendiendo un cigarrillo). Del mismo modo, la orden de no correr si el perro ladra, ordena el acto de detenerse, si estamos corriendo, y prohíbe el acto de empezar a correr, si estamos caminando o parados.

Las normas no son entidades aisladas. La noción de validez en Von Wright da cuenta de la relación entre normas en términos de una dependencia justificativa: una norma es válida cuando encuentra su fundamento en otra norma. Esta relación da origen a distintos «órdenes normativos» que agrupan normas según esta dependencia. Así, el contenido de una norma de orden superior es una «actividad normativa», es decir, la acción de establecer una norma.

En estos términos, para von Wright (1963, 192) las normas de primer orden frecuentemente son órdenes y prohibiciones, pero en el segundo orden ocupan un lugar destacado los permisos que son especialmente relevantes para su comprensión de las potestades jurídicas (normas de competencia) como actos normativos. Dice este autor

A higher-order permission is to the effect that a certain authority *may* issue norms of a certain content. It is, we could say, a norm concerning the competence of a certain authority of norms. I shall call permissive norms of higher order *competence norms*.

³⁷ von Wright (1963) establece una tipología de normas y no formula una teoría general de todas ellas, sino que se ocupa especialmente de aquellas que llama prescriptivas.

Un permiso de orden superior consiste en que una determinada autoridad *pueda* dictar normas de un determinado contenido. Es, podríamos decir, una norma relativa a la competencia de una determinada autoridad de normas. Llamaré a las normas permisivas de orden superior *normas de competencia*.

Agrega que, por consideraciones de unidad y coherencia del sistema normativo, estos permisos requieren ser entendido en un sentido fuerte, como un «derecho a realizar determinados actos normativos» (von Wright 1963, 206).

Las teorías reductivistas presentan problemas comunes y problemas propios.

Un entendimiento de las potestades jurídicas como obligaciones indirectas las vuelve superfluas. Esta dificultad se aprecia al observar qué ocurre con estas normas antes y después de su aplicación. En efecto, y como señala Ferrer Beltrán (2000, 39), mientras no se ejerza la potestad (competencia) no habría norma, puesto que aún no obliga a nadie. Y luego de su aplicación su contenido no sería diferente del contenido de la norma prescriptiva dictada, volviéndose superflua.

En el caso de la concepción de las potestades jurídicas (normas de competencia) como permisos, una objeción es la siguiente. Según esta concepción, el contenido de estas normas es permitir a una autoridad dictar normas. Bajo esta concepción, no obstante, se produce una contradicción en aquellos casos donde existe una prohibición de ejercer competencia: la conducta estaría permitida y prohibida al mismo tiempo Ferrer Beltrán (2000, 64-66). En este orden de ideas, explica Ferrer Beltrán (2000, 67) que esta concepción no podría explicar satisfactoriamente la distinción entre la validez de un acto (que haya sido dictado conforme a las reglas previstas para ello) y su legalidad (que se conforme con las normas prescriptivas que regulan el ejercicio de potestad).³⁸

Pero además tienen un problema común que fue observado por Hart (2012). Para este autor, pensar el fenómeno jurídico en términos prescriptivos ofrece una agradable coherencia del derecho que paga un precio muy alto porque oscurece rasgos importantes del fenómeno jurídico. Esta crítica será tratada con un mayor detalle en el capítulo 3, pero por el momento nos podemos quedar con la idea general. Un presupuesto importante de las teorías reductivistas es que la función de las normas consiste en motivar a los agentes a actuar en un sentido determinado. En estos términos, las normas son algo externo al agente, que lo orienta a actuar de determinada manera. Pero, como observa Hart (2012), las normas no solo se nos presentan como algo externo que limita nuestra voluntad, sino que enriquecen el contexto bajo el cual diseñamos y ejecutamos planes de vida significativos.

Las potestades jurídicas, en este sentido, amplían nuestras posibilidades de acción estableciendo habilitaciones para realizar cosas que, sin ellas, no serían posibles. Por medio de las potestades podemos actuar en el mundo jurídico, estableciendo relaciones jurídicas de diverso tipo. Su función es posibilitar una acción creadora que enriquece la realidad jurídica en la cual nos desenvolvemos. Y lo que es más

³⁸ Esto se puede apreciar, por ejemplo, en la venta de cosas robadas. Si A vende a B un automóvil robado, y B lo adquiere de buena fe, A comete un acto ilícito (un delito) pero conserva la potestad de transferir la propiedad, que B adquiere. En este caso, no puede decirse que A tiene permitida la venta (la tiene prohibida), pero sí tiene la potestad para llevarla a cabo.

importante para los propósitos de esta investigación, por medio de potestades públicas una comunidad política construye lo público.

Conforme a lo anterior, dada la relevancia que tiene tener a la vista la función social de las potestades jurídicas, las explicaciones que ofrece la dogmática del derecho administrativo requieren ser complementadas para dar cuenta en qué sentido la administración contribuye en la creación y gestión de lo público. La explicación de la práctica normativa de crear órganos administrativos, que son el resultado de un proceso deliberativo en instancias representativas, exige comprender que, en un sentido primario, como comunidad política, creamos órganos administrativos para que hagan algo y solo de manera secundaria interesa que no se extralimiten.

Estas ideas permiten formular una última crítica al paradigma de la norma prescriptiva imperfecta. Así como no tiene sentido decir que el legislador, en forma previa a dictar una ley, se enfrenta a una norma superior incompleta que necesita perfeccionar previamente para poder darle cumplimiento por medio de la dictación de una ley, ni tampoco tiene sentido decir que cuando una persona sale a comprar el pan cumple una norma superior imperfecta que ha tenido que completar previamente, aquello que la administración hace cuando actúa no se deja explicar como el cumplimiento de una norma prescriptiva; se trata más bien del ejercicio de una potestad pública cuya función social es la creación y gestión de lo público (*vid.* capítulo 3).

1.3 Los jueces frente a la administración

Como explica Atria (2016, 159), una comprensión completa de las tres potestades jurídicas del Estado moderno no puede prescindir de alguna de ellas. Adicionalmente, dado el énfasis que le ha dado la doctrina administrativa al control del exceso del poder, la relación de los jueces con la administración es imprescindible en una caracterización de ella. En esta última sección revisaré lo que García de Enterría (1983) llamó célebremente «la lucha contra las inmunidades del poder», los estándares que han sido ideados para controlar a la actividad administrativa y el problema de la deferencia judicial hacia ella. El objetivo de esta sección es argumentar que, si se acepta que la función de la administración es la creación y gestión de lo público, el control que ejercen los jueces a la administración no puede ser sino negativo.

1.3.1 La lucha contra las inmunidades del poder

En la tradición contractualista, la administración del Estado ha tenido un lugar secundario, referido a la ejecución de una voluntad ya formada. Así, para Hobbes (1996, 169) las acciones que despliegan funcionarios públicos (*ministers*) se vinculan al Estado (*Commonwealth*) del mismo modo en que entendemos la relación que tiene una mano con el cuerpo al cual pertenece. Esta metáfora organicista también es usada por Rousseau (2017, 63), quien ofrece una imagen similar en el capítulo primero del libro III de *El contrato social*, que vale citar *in extenso*

Toda acción libre tiene dos causas que concurren a producirla: una moral, a saber, la voluntad que determina el acto; la otra física, a saber, el poder que lo ejecuta. Cuando me camino hacia un objeto es preciso, en primer lugar, que quiera ir; en segundo lugar, que mis piernas me lleven. Si un paralítico quiera correr y si un hombre ágil no quiere, ambos se quedarán en su sitio. El cuerpo político tiene los mismos móviles; se distinguen en él, del mismo modo, la fuerza y la voluntad.

Ésta con el nombre de poder legislativo; aquella, con el de poder ejecutivo. No se hace nada o no debe hacerse nada sin el concurso de ambos.

Hemos visto que cómo poder legislativo pertenece al pueblo y solo puede pertenecer a él. Es fácil advertir, por el contrario, por los principios anteriormente establecidos, que el poder ejecutivo no puede corresponder a la generalidad, en tanto que legisladora o soberana, ya que este poder ejecutivo consiste sólo en actos particulares que no incumben a la ley, ni por consiguiente, al soberano, cuyos actos todos no pueden ser sino leyes.

Necesita, pues, la fuerza pública un agente propio que la reúna y la ponga en acción, según las directrices de la voluntad general, que sirva para la comunicación del Estado y del soberano, y que de algún modo haga de la persona pública lo que hace del hombre la unión del alma con el cuerpo.

He aquí cual es, en el Estado, la razón de ser del gobierno, que, equivocadamente se confunde con el soberano, del cual no es sino el ministro.

¿Qué es, pues, el gobierno? Un cuerpo intermedio establecido entre los súbditos y el soberano para su mutua correspondencia, encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad, tanto civil como política.

Para Rousseau (2017), este rol secundario de la administración se deriva de su concepción de la ley como voluntad general, porque la importancia que le asigna a la generalidad e impersonalidad, como rasgos característicos de ella, se pierde al momento de aplicarla. La soberanía se expresa por medio de leyes generales e impersonales, pero para que eso pueda ser posible su aplicación no debe estar encomendada al soberano (la ciudadanía) porque con ello se pierde la perspectiva que previene la conflictividad. Por ello, se requiere de un ente que solo cumple funciones de poner en acción dicha voluntad en los términos bajo los cuales fue expresada (Rosanvallon 2018, 135).

Como explica García de Enterría (1994), el principio de legalidad que se fue articulando luego de la revolución francesa, y que estuviera en gran medida inspirado en las ideas de Rousseau, descansaba en la idea de un espacio de nuestra vida de carácter impersonal, en el cual no dependemos de los cambios de humor de un gobernante. Al contrario, éste se encuentra sujeto a reglas jurídicas que exhiben una estabilidad en el tiempo y con un alcance que es uniforme para todas las personas, todo ello basado en una comprensión de la igualdad como ausencia de privilegios. En sus orígenes, esta idea se habría inspirado, explica este autor, en el desarrollo de la ciencia moderna, la cual buscaba una explicación de los fenómenos naturales en base a una comprensión de éstos como instancias de leyes generales, según darían cuenta los propios textos de Montesquieu (García de Enterría 1994, 23). En este contexto, habría sido Rousseau quien consiguió articular esta idea en un mecanismo político bajo su comprensión de la ley como voluntad general, con lo cual se daría forma al Estado moderno (*vid.* 1.1.2).

Con todo, García de Enterría (1994, 25) explica que el contenido de estas leyes tiene como objeto «hacer posible el libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social». Se trata de una garantía para la libertad. Con ello, este autor (1994, 28) explica que la estructura y contenido del Estado se resume a leyes, tribunales y orden público, agregando luego que (1994, 36)

La Ley cuya definición y sostenimiento agota la función del Estado es, estrictamente, la Ley civil o interprivada, única propuesta en el plano significativo y definatorio del condicionamiento recíproco de las libertades. Es esta Ley la que, una vez promulgada, sólo requiere a su servicio este aparato estatal mínimo: Tribunales y orden público. La idea de la Administración, como su

accesoria, la del Derecho Administrativo, quedan así al margen de la concepción política que va a actuar la Revolución.

Subyace a estas ideas una comprensión de las agencias gubernamentales como entorpecedoras del resultado del intercambio espontáneo entre agentes autointeresados que, para su florecimiento personal, requieren de la menor interferencia posible. Así parece ver las cosas Mill (2015, loc. 2946). En el último capítulo de *On liberty*, dedicado a las aplicaciones del principio de libertad que desarrolla en esa obra, ofrece varias razones para restringir la interferencia del gobierno en el ejercicio de la libertad individual. La tercera de ellas es la siguiente

Every function superadded to those already exercised by the government, causes its influence over hopes and fears to be more widely diffused, and converts, more and more, the active and ambitious part of the public into hangers-on of the government, or of some party which aims at becoming the government. If the roads, the railways, the banks, the insurance offices, the great joint-stock companies, the universities, and the public charities, were all of them branches of the government; if, in addition, the municipal corporations and local boards, with all that now devolves on them, became departments of the central administration; if the employés of all these different enterprises were appointed and paid by the government, and looked to the government for every rise in life; not all the freedom of the press and popular constitution of the legislature would make this or any other country free otherwise than in name. And *the evil would be greater, the more efficiently and scientifically the administrative machinery was constructed — the more skilful the arrangements for obtaining the best qualified hands and heads with which to work it.* (énfasis añadido)

Cada función añadida a aquellas que ya ejerce el gobierno provoca una influencia sobre las esperanzas y temores de ser ampliamente difusas, y convierte, cada vez más, la activa y ambiciosa parte de lo público en el parásito del gobierno, o de quienes tenga como objetivo hacerse del gobierno. Si los caminos, vías férreas, los bancos, las oficinas de seguro, las grandes sociedades por acciones, las universidades, y la caridad pública, fueran todas ramas del gobierno; si, adicionalmente, las corporaciones y juntas locales, con todas las funciones delegadas que cumplen, pasan a ser departamentos de la administración central; si los trabajadores de todas estas diferentes empresas fueran designadas y pagadas por el gobierno, y acudieran a él para cada mejora en la vida; ninguna libertad de prensa ni una constitución popular de la legislatura podría hacer de este u otro país libre más que de nombre. Y *este mal sería mayor mientras más eficiente y científicamente sea construida la maquinaria administrativa - mientras más diestros sean los arreglos para obtener las manos y cabezas más calificadas con las cuales trabajar en ello.*

La preocupación de Mill radica en la posibilidad de concentración de poder político y la ausencia de una crítica efectiva al gobierno. De allí la máxima que propone para el «arte del gobierno»: distribuir el poder en la mayor medida que sea compatible con la eficiencia, y la mayor posible centralización de la información y difusión de ella desde el centro (Mill 2015, loc. 3024).

Con todo, la emergencia de las burocracias modernas, según explica Graeber (2015, 7), no encaja con el relato liberal post revolución. El ideal liberal deposita su confianza en el mercado para el florecimiento de las sociedades, correspondiéndole a la ley una función estabilizadora de las relaciones que allí se producen. Sin embargo, este ideal no pareciera advertir suficientemente la relevancia del gobierno y su máquina burocrática. Como señala (Graeber 2015, 8)

historically, markets simply did not emerge as some autonomous domain of freedom independent of, and opposed to, state authorities. Exactly the opposite is the case. Historically, markets are generally either a side effect of government operations, especially military operations, or were directly created by government policy.

históricamente, los mercados simplemente no emergen como un dominio autónomo de libertad de manera independiente, y opuesta a, las autoridades estatales. Ocurre exactamente lo contrario.

Históricamente, los mercados generalmente son efectos secundarios de operaciones del gobierno, especialmente militares, o son creadas directamente por políticas gubernamentales.

En este contexto, para García de Enterría (1994, 49) el derecho administrativo no responde directamente a las formulaciones teóricas que inspiraron a la revolución francesa, sino que más bien habría sido un subproducto que encuentra su explicación en las circunstancias concretas de ella, que condujo a una particular interpretación de la doctrina de la separación de poderes

Esta separación significaba hacer posible, sobre todo, la emergencia de un poder administrativo poderoso y autónomo. Era el ejecutivo, en efecto, el directo beneficiario del sistema, al implicar una exención del mismo en relación con los otros dos poderes.

Esta incipiente, pero cada vez más poderosa administración, se concibe como un ente que centraliza las funciones vacantes al suprimirse los privilegios del antiguo régimen, asumiendo así tareas como la administración de bienes y el registro de nacimientos, defunciones y matrimonios (García de Enterría 1994, 54-61). Pero todo ello ocurre al margen de la rica discusión teórica del contractualismo, que no parecía preocuparse particularmente por el creciente desarrollo de la burocracia. Como explica García de Enterría (1994, 75)

la abstracta función de sostener la Ley, tal como vimos que Locke y Montesquieu la concebían, se ha transmutado en Administración, persona singular, sujeto no ya de una abstracta función, sino de actividades múltiples en cuanto sujeto, actividades generales y particulares, de hecho y de derecho, formales y materiales, actividades que en su multiplicidad interfieren las propias actividades de los particulares, con las cuales son ordinariamente intercambiables.

En este mismo sentido, Mannori y Sordi (2009, 239-42) identifican tres importantes consecuencias de este periodo que permitieron el surgimiento del derecho administrativo en Francia. En primer lugar, se comienza a asimilar la administración pública con el poder ejecutivo, cuyo poder se despliega por medio de la maquinaria burocrática del Estado. En segundo lugar, en atención a las importantes funciones que desempeña, la administración ejerce autoridad en forma independiente de los otros poderes del Estado, que se expresa formalmente como «acto administrativo». Por último, la administración es concebida como un sujeto que persigue intereses públicos del mismo modo en que los privados persiguen sus propios intereses, lo que permite configurar relaciones jurídicas que se diferencian de aquellas propias del derecho privado.

El derecho administrativo es, conforme a lo expuesto, el resultado del proceso de juridificación de una actividad administrativa que ya se desplegaba ampliamente en distintos sectores de la sociedad, y encuentra sus raíces en el desarrollo de la noción de Estado de derecho (*vid.* Merkl 2014, 105-12; Loughlin 2010, 312-41). El derecho administrativo, entonces, originalmente no se ocupa de la expresión de una voluntad soberana, sino que más bien le preocupa reducir el creciente poder de la burocracia. De allí la célebre expresión de García de Enterría que comprende al derecho administrativo como parte de la lucha contra las inmunidades del poder. En sus palabras (García de Enterría 1983, 22)

La historia de la *reducción* de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la existencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo. (énfasis añadido)

Es interesante prestar atención a la terminología usada por García de Enterría. La acción de reducir algo se dirige hacia un fenómeno ya existente que amenaza desbordarse o que se presenta bajo una magnitud que no satisface algún propósito determinado y que, por ello, requiere ser conducido externamente. El verbo controlar, por el contrario, reconoce la legitimidad de la actividad sobre la que recae el control, precisamente dentro de los límites que se controlan. Reducir equivale en este sentido a fijar límites, mientras que controlar supone que dichos límites ya fueron delineados al momento de su creación. Esta terminología es apropiada si se presta atención a lo que preocupa a García de Enterría: la discrecionalidad administrativa, el «caballo de Troya del derecho administrativo» (García de Enterría 1983, 24 citando a Hans Huber).

Esta juridificación de la actividad administrativa ha sido articulada por medio de diversas técnicas que persiguen el sometimiento de la administración a determinadas reglas previamente establecidas, cuya función ha sido la de garantizar la tutela de derechos. Se trata de una domesticación del poder público en base a formas jurídicas bajo la noción de Estado de Derecho. En palabras de García de Enterría (1983, 11-12) «todo el suculento tema del Estado de Derecho se convierte para los administrativistas en un conjunto de técnicas concretas y particulares. Esta conversión de la metafísica en técnica es, justamente, nuestro papel en el gran concierto de las ciencias sociales.»

Son estas técnicas jurídicas las que posibilitan la intervención judicial como reacción a los excesos de la administración. La lucha contra las inmunidades del poder se traduce en la posibilidad de impugnar judicialmente actos administrativos en base a un reproche jurídico. De allí que no sea extraño que en los sistemas constitucionales contemporáneos se reconozca como un derecho fundamental la impugnación judicial de la actividad administrativa.

1.3.2 Los estándares de control judicial de la administración

El control judicial de la administración consiste en un examen del razonamiento jurídico que conduce a una decisión administrativa (típicamente un acto administrativo). En estos términos, la relación entre administración y jurisdicción puede ser entendida como un diálogo institucional que se conforma por una decisión de primer grado, por medio de la cual la Administración ejerce sus potestades dentro del marco fijado previamente por la ley, y una decisión de segundo grado, donde los jueces revisan el razonamiento jurídico que ha motivado una decisión de primer grado para determinar si han actuado dentro de los límites legales. Esta noción asume que la actividad administrativa se encuentra sujeta a límites y, como consecuencia, los jueces operan como «frenos institucionales» (*vid.* Merkl 2014, 105-6; García de Enterría 1975, 1983, 2000, 2007; Cordero Vega 2015, 634).

La idea de límite aparece en el derecho administrativo fundamentalmente de dos formas. Como un asunto constitucional asociado a la distribución de competencias normativas entre ley y reglamento, y como un problema de legalidad. Esta última se encuentra concebida fundamentalmente como un problema acerca de los excesos de la administración y frente a ello se ofrecen mecanismos para reaccionar frente a una

actividad administrativa que desborda los márgenes que le han sido establecido legalmente.³⁹

El control judicial de la administración se activa por medio de una acción judicial por parte de alguna persona que se ha visto afectada por el ejercicio de potestades administrativas. El contenido de la pretensión de la demandante puede ser fundamentalmente de dos tipos: responsabilidad e invalidación.⁴⁰ En el primer caso, lo que se busca es que se condene a la administración a reparar un agravio ocasionado por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones (ya sea ordenando la realización de una acción o el pago de una indemnización), una condena penal para aquellos delitos vinculados a la función pública o una sanción por infracción de deberes administrativos. En el segundo caso, se trata de dejar sin efecto, total o parcialmente, un acto administrativo que no satisface los requisitos requeridos, en términos generales, por la ley. Los estándares de control judicial que revisaré en esta subsección dicen relación fundamentalmente con este segundo caso porque es donde mejor se aprecian las limitaciones de este control judicial, ya que al revisar el juez asuntos que corresponden a la administración se encuentra presente el riesgo de una interferencia que desconozca el principio de separación de poderes.

Los estándares de control judicial de la administración reúnen diversas técnicas por medio de las cuales se evalúa la suficiente cobertura legal de su actuación (*vid.* Backes y Eliantonio 2019; Endicott 2018, 43-71, 318-60; Brown y Bell 1993, 223-35; Valdivia Olivares 2018, 216-24; Cordero Vega 2015, 629-31; Rebollo Puig y López Benítez 2015, 183-87; García de Enterría y Fernández 2020, I:508-21). En este sentido, pueden ser comprendidas como las medidas o patrones bajo las cuales se contrasta lo que la administración ha realizado, con la finalidad de que el juez pueda analizar si un acto administrativo constituye una instancia de alguna norma general. El resultado de esta evaluación, si prospera la pretensión de quien demanda, será la calificación de la acción administrativa como legalmente defectuosa. La relación entre la administración y la jurisdicción, entonces, se estructura en base a una medida de comportamiento, un estándar esperado, cuya desviación autoriza al juez para dejar sin efecto el acto impugnado.

Estas técnicas de control fueron dando forma al proceso de juridificación de la administración y, en último término, al mismo concepto de Estado de Derecho, el cual se ha estructurado bajo la cultura del legalismo (*vid.* 1.1.1). Así como nuestra

³⁹ Con todo, los fines de los órganos públicos pueden verse frustrados no solo por un exceso, sino que también por una actividad defectuosa de la administración. Esto último puede ocurrir en tres situaciones distintas: una actuación deficiente porque no cumple el objetivo propuesto (por ejemplo, la mejora de la calidad del aire en las ciudades), una actuación deficiente porque la administración realiza menos actividades de las que podría realizar (por ejemplo, un escaso porcentaje de denuncias ciudadanas atendidas), o una completa omisión de ejecución de actividades (por ejemplo, ausencia de procedimientos sancionadores en contra de industrias que no dan cumplimiento a una norma de emisión). En estos casos resulta apropiado decir que un órgano administrativo no está cumpliendo con sus responsabilidades. Esta idea es objeto del capítulo 3.

⁴⁰ La práctica jurídica reconoce una variedad más amplia de pretensiones que responden al modo en que se pueda remediar el agravio que motiva la acción judicial (*vid.* Valdivia Olivares 2018, 380-84). Esto dependerá del tipo de actividad administrativa de que se trate y la deferencia que tenga el juez hacia la administración. Con todo, me parece que en principio es posible agrupar todos los remedios judiciales posibles en estos dos tipos.

interacción con otras personas descansa en gran medida en reglas preexistentes, lo mismo ocurriría con la administración. Como veremos en la próxima subsección, esta idea tiene consecuencias importantes al momento de analizar hasta dónde puede llegar este control judicial.

Un primer conjunto de estándares de control judicial se refiere a las reglas bajo las cuales un acto administrativo es atribuido a la administración. En este grupo se encuentran las reglas que establecen y distribuyen el ejercicio de potestades públicas según materia y territorio (competencia), la formación del acto administrativo (procedimiento) y la estructura que debe exhibir el acto administrativo. En este último caso, es de especial relevancia la motivación del acto administrativo, que será objeto de especial atención en el capítulo 4 (*vid.* 4.2).

Un segundo grupo de estándares reúne distintas maneras de evaluar el contenido del acto administrativo, es decir, en qué sentido cambia la realidad jurídico-social como consecuencia de los efectos jurídicos que despliega su incorporación a un sistema jurídico. Tomando como base el modelo del silogismo jurídico (*vid.* al respecto Carbonell Bellolio 2015, 2017), este control puede referirse a los hechos que motivan el acto administrativo (control de los hechos determinantes), la identificación de las normas jurídicas relevantes (legalidad en sentido estricto) y la aplicación de dichas reglas al caso. Finalmente, también es posible evaluar la actividad administrativa según el uso que se le da a las potestades que le ha atribuido la ley.

En lo que sigue, revisaré cada uno de estos elementos en el mismo orden que fueron enunciados.

Con relación a los hechos, su relevancia es difícil de exagerar porque es la base del legalismo. Si nuestra cultura jurídica descansa en la idea de que gran parte de nuestra interacción con otras personas admite ser anticipada por medio de la formulación de reglas, su aplicación en la práctica requiere que efectivamente los hechos se correspondan con el caso así anticipado. En términos más técnicos, en la medida en que una norma establezca determinados efectos jurídicos frente a un evento o estado de cosas que se encuentra configurado de determinada manera en ella (supuesto de hecho), solo es posible predicar su cumplimiento cuando se asignan los efectos jurídicos que establece la norma a instancias de dicho supuesto de hecho (*vid.* Haack 2013, 74; Ferrer Beltrán 2013, 31).

Para Rodríguez de Santiago (2015, 33-34) la ausencia de rigor en la fijación de los hechos es tan grave como la ligereza en la interpretación de normas. Con todo, este ejercicio puede complejizarse muchísimo en la práctica por dos razones. Primero, porque encapsulamos acciones, objetos y eventos de nuestro interés por medio del lenguaje, y esto nos permite referirnos a ellos bajo diferentes descripciones que pueden ser comunicadas y comprendidas por otras personas, siendo posible seleccionar algunos aspectos de ellos dejando de lado otros. Y segundo, aquello que configura el supuesto de hecho se encuentra allí por su relevancia social, ha sido positivizados por una razón. La descripción del supuesto de hecho obedece a los propósitos de la norma en cuestión.⁴¹ De allí que la actividad de identificar los hechos

⁴¹ Me parece que esta segunda razón dificulta importar sin más las discusiones en filosofía de la ciencia al ámbito jurídico. Si aquello que regulamos lo hacemos porque nos importa, es inevitable que se encuentren presentes conceptos con una carga valorativa que hace imposible diferenciar entre

que motivan un acto administrativo no consiste simplemente «mirar» al mundo. Dicha mirada se realiza con una carga intencional que se expresa o revela en los términos que utilizamos para referirnos a los hechos que motivan el acto administrativo, lo que iluminará algunos aspectos de la realidad y dejará otros en la sombra.

Rodríguez de Santiago (2015, 35-42) formula una instructiva distinción entre hecho bruto y hecho neto para comprender las técnicas de control que se ocupan de los déficits en la fijación de los hechos. Conforme a este autor, el hecho bruto se encuentra conformado por «el potencialmente ilimitado cúmulo de circunstancias con que puede describirse la realidad», mientras que el hecho neto corresponde al «concreto relato fáctico relevante» que es utilizado para decidir. Según explica este autor, la configuración del hecho neto se encuentra gobernada por reglas específicas que «dirigen normativamente la actividad administrativa de fijar los hechos relevantes para decidir». En una ya clásica distinción, estas reglas se refieren a la conformación de los elementos de juicio que apoyan o refutan las hipótesis en juego, la determinación del apoyo empírico que tiene cada una de estas hipótesis de acuerdo con los elementos de juicio disponibles (cuyo resultado es la asignación de un grado de confirmación sobre la verdad de cada enunciado fáctico), y la decisión sobre los hechos, donde se determina si se ha alcanzado un umbral de suficiencia que se encuentra formulado por un estándar de prueba (*vid.* Ferrer Beltrán 2007, segunda parte).

Es importante tener presente que el hecho neto al cual se refiere Rodríguez de Santiago (2015) consiste en una conjetura. Habitualmente no observamos eventos directamente, sino que, en lugar de ello, los inferimos de ciertos datos. Ya sea porque ocurrieron en el pasado, porque no tiene sentido ir a constatarlos directamente o porque se trata de hechos complejos que no son aprehensibles por nuestros sentidos, lo corriente es que casi a diario realicemos conjeturas sobre los hechos que nos importan y, en función de ello, tomamos decisiones. En base a estas ideas González Lagier (2014, 85-90; 2020) formula un modelo conceptual sobre la prueba de los hechos, que considera (1) los elementos de juicio, (2) una hipótesis a probar, y (3) una relación entre los elementos de juicio y la hipótesis.

Según el carácter de esta relación, González Lagier (2014, 2020) distingue entre inferencias probatorias epistémicas (empíricas) e inferencias probatorias normativas. Las primeras descansan en un razonamiento inductivo en base a regularidades empíricas que se expresan como máximas de la experiencia. Las segundas se apoyan en cierta medida en estas máximas, pero se establecen como una regla jurídica que obliga a tener por probados determinados hechos cuando concurren las circunstancias de hecho que allí se expresen, todo ello fundado directamente en máximas de la experiencia o con el propósito de realizar ciertos valores, como la indemnidad de algunos intereses especialmente protegidos. Agrega este autor un

cuestiones de hechos y cuestiones de derecho de manera tajante (*vid.* Putnam 2002). Por cierto, y como acertadamente apunta Rodríguez de Santiago (2015, 35), el relato fáctico es una actividad distinta a la calificación jurídica de los hechos y por ello la descripción del evento de interés requiere ser formulada prescindiendo de conceptos jurídicos. Pero esta circunstancia no debiese llevar a concluir que los términos valorativos presenten en un enunciado jurídico no vayan a orientar la identificación de los hechos, porque de lo contrario se trataría de una actividad bastante ineficaz al dejar a la suerte la identificación de los hechos relevantes.

tercer tipo de inferencia, en base a la cual se califica un evento como una instancia de una clase de eventos por medio de conceptos y definiciones.

En este contexto, el control de los hechos admite diversos grados. Así, por ejemplo, en Francia (Backes y Eliantonio 2019, 6.2.A.1, 6.3.B.1; Steiner 2018, 187; Brown y Bell 1993, 244-50) se distingue entre el control sobre la exactitud de los hechos y la calificación jurídica de los hechos. En el primer caso, se verifica si el enunciado fáctico del cual se sirve el acto administrativo es verdadero y es algo que siempre verifican los jueces. Tratándose de la calificación jurídica de los hechos, se admite cierto grado de deferencia hacia la apreciación de la administración fijándose como estándar el de «error manifiesto», especialmente cuando en el enunciado jurídico se usan términos vagos, lo que nos deja en la difícil frontera entre las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho.

En términos generales, las cuestiones de derecho consisten en la identificación de los deberes y prohibiciones a las cuales se encuentra sujeta la administración junto con algunos principios jurídicos, entre los cuales destaca el principio de proporcionalidad (*vid.* Backes y Eliantonio 2019, 6.5.A). No resulta tan claro si cae dentro de esta categoría la aplicación de estas reglas en un caso concreto y especialmente qué se sigue de ello. Siguiendo a Endicott (2002), es posible afirmar que esta distinción es una manera de plantear el problema de la deferencia judicial que será objeto de la próxima subsección. Sin perjuicio de ello, resulta pertinente revisar la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados porque han sido entendidos como un estándar de control judicial.

Conforme a esta doctrina, el uso de conceptos jurídicos indeterminados es una técnica legislativa cuyo efecto principal es orientar a la administración en el caso concreto, lo que se consigue de manera eficaz porque, si bien una lectura descontextualizada de la regla no pareciera referir a un estado de cosas determinado, frente al caso concreto esa expresión se saturaría completamente dando lugar a una única respuesta correcta, a la cual pueden acceder igualmente tanto la administración al decidir como los jueces al revisar la decisión. Con todo, la pregunta a la que parece responder esta doctrina es la extensión del control judicial y no a su resultado (la distinción será explicada en la próxima subsección). Interesa más a esta doctrina defender la idea de que aun frente a conceptos jurídicos indeterminados es posible un control judicial, porque dicha técnica legislativa descansa en la normatividad del lenguaje. Que sea posible encontrar casos límite al momento de calificar un estado de cosas en base a concepto jurídico indeterminado no implica que el juez se encuentre impedido de invalidar un acto administrativo que puede ser calificado como lo opuesto a lo expresado por la regla. Como explica García de Enterría (2000, 244), siguiendo a la dogmática alemana, se trata de una apreciación por juicios disyuntivos. El siguiente texto de García de Enterría (2000, 248) resulta particularmente clarificador en el sentido que esta doctrina se refiere a la extensión del control y no a su resultado

conviene notar, y esto es muy importante en el plano de los principios, que el juez controla la aplicación del concepto legal indeterminado tanto si estima la impugnación contra la interpretación inicial que del mismo ha hecho la Administración, *anulándola*, como si la desestima, esto es, si entiende que la Administración ha actuado correctamente por moverse dentro del espacio del legítimo «margen de apreciación». (énfasis añadido)

La función de los conceptos jurídicos indeterminados, entonces, consiste principalmente en identificar los excesos de la administración y, en base a ello, permite articular un control judicial negativo. Para este autor el resultado del control judicial, en aquellos casos donde la administración se extralimita, consiste en la anulación del acto. En estos términos, no autoriza al juez a determinar el contenido de la decisión y, por ello, permite articular un diálogo institucional que mantiene un sentido mínimo de separación de poderes.⁴²

Finalmente, el control respecto del uso de una norma al caso reúne aquellas técnicas en la cuales no pareciera existir un defecto en las premisas ni tampoco en la conclusión. La decisión administrativa también puede ser cuestionada por los propósitos espurios los cuales sirve. El caso paradigmático corresponde a la «desviación de poder», donde el ejercicio de una potestad responde a fines ajenos a los establecidos en la ley (ya sean públicos o privados). Con todo, como explica Valdivia Olivares (2018, 220) dada las dificultades de acreditar los motivos reales de quien ejerce la potestad, esta técnica de control ha caído en desuso, a lo que pareciera haber contribuido el desarrollo de otras técnicas de control de carácter más objetivo (Brown y Bell 1993, 234-35).

1.3.3 La deferencia judicial hacia la administración

La figura del juez siempre ha tenido un rol destacado en el derecho, al punto de que la actividad judicial ha sido considerada por la filosofía del derecho como el paradigma del fenómeno jurídico (*vid.* una problematización en Atria 2016, 159-66). Su importancia en el derecho moderno descansa en la idea de que es posible usar reglas para configurar nuestras relaciones sociales y que éstas se harán cumplir por los tribunales de justicia frente a quienes no tengan una inclinación favorable hacia ellas. El monopolio en el uso de la fuerza para hacer cumplir el derecho se cita frecuentemente como uno de los rasgos propios de un sistema jurídico. Así, la aplicación de reglas no quede entregada a la fuerza de las partes en conflicto. En lugar de ello, es posible acudir a un tercero imparcial para que resuelva la controversia y haga cumplir las normas que hacen posible nuestra convivencia.

Esto se consigue fundamentalmente por medio de dos ideas: la independencia judicial y la cosa juzgada. La independencia judicial, explica Atria (2016, 189-218), es el principio bajo el cual se estructura la jurisdicción. Solo un juez que se encuentre libre de presiones podrá aplicar desinteresadamente las reglas jurídicas pertinente al caso y solo de este modo su decisión puede ser reconducida a la voluntad de una comunidad política, única fuente de legitimidad en el derecho moderno. Dice Atria (2016, 190)

Una decisión jurisdiccional está legitimada materialmente cuando ella es correcta aplicación de la ley, es decir, cuando su contenido refleja correctamente el contenido de la ley. La estructura de la

⁴² El control judicial por medio de derechos fundamentales puede llegar a provocar resultados que diluyan el respeto que se deben entre sí administración y jurisdicción sobre la base del principio de separación de poderes, especialmente porque las normas que establecen derechos fundamentales pueden llegar a causar una inactividad administrativa si los jueces progresivamente las invocan para invalidar los actos por medio de los cuales la administración cumple sus funciones. El principio de proporcionalidad puede moderar este efecto, en la medida en que exige de un mayor grado de argumentación pero al final dependerá de la cultura jurídica respectiva.

potestad jurisdiccional supone que lo que debe ser institucionalmente asegurado es la posibilidad de que el funcionario que ejerce el poder judicial (el juez que dicta la sentencia) lo hará apegado a su deber de decidir en conformidad a la ley, y no a otras consideraciones. Por eso, *la sujeción del juez a la ley es correlato estricto de su independencia*: que el juez sea independiente hace probable que su decisión refleje solo el contenido abstracto de la ley. (Énfasis en el original)

La cosa juzgada, por su parte, dice relación con la clausura del debate. El juez debe resolver dentro de plazos acotados y una vez que la sentencia quede firme, la discusión se da por terminada institucionalmente. La acción que ordena el juez a la parte demandada en una sentencia condenatoria significa institucionalmente que esa es la acción que corresponde realizar conforme a la ley y ésta no puede ser revisada nuevamente. Esto no impide, por cierto, que la argumentación ofrecida por el juez no quede expuesta a la crítica de juristas, de quienes se espera que cumplan la importante función de reaccionar críticamente a deficiencias en la práctica judicial. Esto se explica porque la decisión no es, en rigor, del juez, sino que éste da la solución al caso que ofrece la ley. Los jueces no se encuentran en una posición epistémicamente privilegiada para conocer al derecho. La cosa juzgada solo cierra el debate institucionalmente.

Es importante notar que la fuerza de la sentencia judicial proviene del ideal del legalismo. Los medios de impugnación de sentencias buscan corregir errores en la aplicación de reglas, las cuales expresan una voluntad ajena a la del juez: la voluntad general. Por esta razón, aplicar una regla es equivalente a decir «esto ya fue decidido» en una instancia deliberativa, lo que significa que el caso es decidido en base a una decisión que es previa al conflicto entre las partes.

Estas ideas cobran pleno sentido en el contexto del proceso de codificación (aunque ya no tanto con la irrupción y predominio del neoconstitucionalismo). Sin embargo, al traerlas al control judicial de la administración rápidamente aparecen algunos problemas que se tematizan bajo la noción de «activismo judicial». Esta refiere a una extralimitación de los jueces respecto de las funciones que les son propias (aplicar la ley). El problema de fondo de las discusiones que se reúnen bajo la noción de activismo judicial es la ausencia de aquella independencia que caracteriza a la jurisdicción, basada en la aplicación de reglas preexistentes (la ley). Al contrario, en ausencia de una regla que sea resultado de un proceso deliberativo y que, por ello, determine el contenido de la sentencia, los jueces activistas resolverían los asuntos que son sometidos a su conocimiento adhiriendo a los intereses de una de las partes, quien se verá favorecida por el efecto de la cosa juzgada, impidiendo que pueda ser revisada esta decisión en el futuro.

Atria (2016, 269-77) explica este fenómeno distinguiendo entre conceptos jurídicos y conceptos polémicos. Los conceptos jurídicos expresan el contenido de un sistema jurídico y permiten trascender el conflicto entre las partes en caso de que aquello en lo que desacuerdan pueda ser considerado una instancia de la regla jurídica. Como explica este autor (2016, 270), si las partes someten el asunto a un juez, su decisión «refleja el contenido de las reglas abstractas comunes a las partes, no refleja el desacuerdo ni el contenido del desacuerdo entre las partes». Por ello, decide imparcialmente. Distinto es el caso de los conceptos polémicos porque aquí el desacuerdo da cuenta de la ausencia de normas comunes que hace imposible resolverlo imparcialmente. La decisión aquí consiste en adherir a la posición de una de las partes y por ello no es la jurisdicción el mecanismo más apropiado para resolver asuntos políticos.

Si bien esta discusión se ha desarrollado latamente en el ámbito del derecho constitucional, donde se discute sobre la relación entre legislación y jurisdicción, el derecho administrativo no se encuentra inmune al problema de la extralimitación de los jueces (y hasta cierto punto podría decirse que lo inaugura). Así como la relación entre legislación y jurisdicción se encuentra en tensión, lo mismo ocurre entre administración y jurisdicción. En el derecho administrativo esta tensión es tematizada bajo la noción de deferencia judicial.

La idea de deferencia aparece en el derecho administrativo a propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa, en particular, para efectos de delimitar el alcance de dicho control. Es importante tener a la vista que en este debate se discuten dos cosas (de la Fuente Castro 2012, 123-27): la extensión y el resultado del control judicial.

La extensión del control dice relación con el tipo de actos que pueden ser objeto de control judicial. En términos generales, solo algunas contadas excepciones se encuentran exentas de revisión judicial. En términos generales, se trata de aquellos actos que dan forma a las relaciones con otros poderes del Estado, con otros Estados o con organismos internacionales (Endicott 2018, 254-72; Brown y Bell 1993, 155-56).⁴³

El resultado del control, por su parte, dice relación con el contenido de la sentencia. Y aquí se discute si el juez además de un control negativo (invalidación) puede realizar un control positivo, es decir, si se encuentra autorizado para reemplazar la decisión administrativa que controla. Para comprender el alcance de este debate es útil tener a la vista el carácter fiduciario de las potestades públicas (García de Enterría y Fernández 2020, I:488-91) bajo la siguiente pregunta: ¿cómo puede la ciudadanía reconocerse en el ejercicio de dichas potestades? Esta es una pregunta sobre la legitimidad material del contenido de las decisiones que son resultado de dicho ejercicio. Una vez situados en este punto teórico, es posible advertir una diferencia importante entre jurisdicción y administración, que permite además comprender los límites del control judicial de la actividad administrativa.

Esta diferencia entre jurisdicción y administración se aprecia al momento de analizar lo que Atria (2016, 189-218) denomina «la estructura del derecho moderno y sus formas de legitimación material». Explica este autor que la actividad de los jueces encuentra su legitimidad material en el Estado moderno porque es el resultado de la aplicación directa de la ley. En el caso de la administración la ley fija una finalidad abstracta y determina los medios que puede desplegar para alcanzar sus fines bajo una «estructura por la que se conducen relaciones de responsabilidad y dependencia»

⁴³ Un caso curioso es la sentencia de la Corte Suprema chilena (rol 17393-2015) que ordenó «la medida de requerir, a través del Gobierno de Chile, a la Comisión de Derechos Humanos de la OEA, representada por su Presidente o un delegatario suyo debidamente autorizado, para que se constituya en el Estado de Venezuela, ciudad de Caracas, cárcel militar Ramo Verde y cárcel común de Guarico o donde se encuentren privados de libertad a la fecha de la Visita los ciudadanos venezolanos Leopoldo López y Daniel Ceballos y constate el estado de salud y de privación de libertad de ambos protegidos, recoja sus impresiones y evacúe un informe a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, a fin de que ésta adopte todas las medidas aconsejables a la adecuada protección de sus derechos esenciales». Un comentario a esta sentencia en Carbonell Bellolio (2016).

que sigue la lógica del mandato (Atria 2016, 193), y que denomina «principio comisarial» (Atria 2016, 189-99).

Dentro de los medios de que dispone la administración, se encuentran las atribuciones que la ley le otorga, las cuales exhiben diversos grados de vinculación jurídica para la administración. Así, por ejemplo, en casos de contratación pública y sanciones administrativas el ejercicio de las atribuciones legales respectivas se encuentra determinado en términos prescriptivos en la ley y, por ello, en la medida en que el órgano público aplica reglas preexistentes, el ejercicio de estas atribuciones legales consiste en subsumir un caso particular dentro de un caso genérico. Esta operación puede dar lugar a problemas de probatorios o de indeterminación legal que han sido ampliamente discutidos en la teoría del derecho. Esta vinculación legal es menos intensa tratándose de la regulación ambiental, donde el ejercicio de atribuciones legales consiste en dictar reglas, creando así normas jurídicas de alcance general o particular. Pero al margen del grado de vinculación jurídica de cada una de las atribuciones legales de la administración, según el principio comisarial la manera en que se despliegan los medios materiales y normativos de que dispone responden a un plan de acción que le da sentido a la luz de la finalidad genérica establecida en la ley (Atria 2016, 197). Esto puede ser mejor apreciado si se presta atención a cómo se organizan jurisdicción y administración.

En términos organizativos, lo que más interesa a la jurisdicción es poder absorber la mayor cantidad de acciones judiciales, lo que se gestiona principalmente por medio de su admisibilidad, estableciendo requisitos mínimos para que la controversia pueda ser conocida y resuelta. En el caso de la administración, esta organización responde directamente a criterios de priorización política (*vid.* 3.2). Podemos tomar como ejemplo el ejercicio de la potestad sancionadora. Mientras que la imposición de una multa debe satisfacer los requisitos legales que correspondan, para lo cual el tipo de razonamiento será subsuntivo, el ejercicio de esta potestad, en términos globales, responde a una política sancionadora: a qué tipo de infracciones se presta mayor atención, bajo qué criterios se determina la sanción, qué casos son priorizados y cuáles son archivados será determinado conforme a criterios de priorización de naturaleza política.

Según lo anterior, si bien en un sentido trivial la administración aplica reglas jurídicas al igual que los jueces, la característica más importante para comprender la estructura de las decisiones administrativas es que cada órgano público debe resolver de qué manera articular los medios que le otorga la ley para alcanzar los fines que motivaron su creación (*vid.* 3.2); debe decidir de qué manera ejercer eficaz y eficientemente sus atribuciones legales (Atria 2016, 201). Y aquí ya no se trata solamente de la aplicación de reglas generales a un caso concreto, sino que de un balance de razones en función del objetivo deseado (*vid.* 4.2.2), actividad que no se encuentra presente en el razonamiento judicial en la medida en que se acepte que consista en aplicar la ley. Para ello, el derecho le reconoce a la administración un margen de acción que es incompatible con la posibilidad de que los jueces, dada su estructura institucional, sustituyan el contenido de una decisión administrativa.

Por esta razón, en la literatura, en lugar de un escepticismo frente a las reglas, llegados a este punto se presentan las razones por las cuales la administración tiene la última palabra. Aquí es importante tener presente que la deferencia judicial no significa, y no puede significar, ausencia de control frente a los excesos en el ejercicio

del poder público. Lo que aquí se discute no es la extensión del control judicial, sino que el resultado de dicho control. En estos términos, la deferencia judicial solo quiere decir que la administración es, en términos institucionales, quien tiene la responsabilidad de tomar la decisión por medio del ejercicio de una potestad pública (*vid.* 3.2).

Endicott (2018, 238-41) identifica tres razones básicas que explican por qué la administración podría tener la última palabra y que justifican una deferencia hacia ella por parte de la jurisdicción. A partir de la premisa de que estamos frente a una técnica legislativa que atribuye un poder de decisión a la administración, las razones del legislador se vinculan a la familiaridad del órgano administrativo con la materia (*expertise*), su capacidad de recolectar y sistematizar la información necesaria para decidir (*vid.* Fisher 2010, 18-22), y la responsabilidad política frente a la comunidad en tanto representante de ella.

En términos organizativos, la administración se concibe como un grupo de expertos que responde a principios de carácter técnico y profesional. Quienes se desempeñan profesionalmente dentro de un órgano administrativo son personas que han sido formadas en un conocimiento especializado y que por ello se encuentran en mejores condiciones de decidir sobre asuntos complejos que otras personas.⁴⁴ Esta característica organizativa de la administración ofrece el siguiente fundamento a la deferencia judicial: en la medida en que la administración es creada para ocuparse de asuntos técnicos el límite del control judicial se explica porque los tribunales carecen de dicho conocimiento.⁴⁵

Una respuesta a la deferencia judicial fundada en el carácter experto de la administración ha sido ampliar el control judicial por medio de la creación de tribunales especializados, que se encuentren integrados por especialistas en los asuntos a cargo de la administración, bajo una comprensión de la revisión judicial como un sistema de rendición de cuentas (Tapia y Cordero 2015; Medel 2017). Pero si se mira el problema de la especialización con mayor detenimiento es posible constatar que el conocimiento experto no es suficiente para justificar una deferencia judicial.

Una de las ventajas de la especialización judicial, explican Doménech Pascual y Mora-Sanguinetti (2015, 10, 25), radica en el mejor provecho que se consigue de los conocimientos particulares del juez, lo que se aprecia especialmente al comparar el tiempo destinado a familiarizarse con la materia que necesita un juez generalista y un juez especializado en ellas. Con ello, explican estos autores (2015, 10), «el tiempo y el esfuerzo requeridos para juzgar un caso adicional tienden a disminuir». Este

⁴⁴ Usualmente el contraste se realiza entre la administración y los jueces, pero me parece que este contraste es más fuerte frente a la ciudadanía, lo que abre una serie de preguntas de interés. En otras palabras, si la discusión sobre la deferencia judicial se mira ya no desde los clásicos tres poderes del Estado, sino como un problema de legitimidad democrática, la discusión adquiere un matiz diferente sobre la relación entre ciencia y sociedad, ofreciendo un marco teórico más iluminador para comprender el problema.

⁴⁵ Así, para Cordero Vega (2015, 631-34) el diseño institucional de la administración la deja en mejor posición que el legislador o los jueces (ambos con vocación generalista) para enfrentar problemas complejos.

mayor tiempo del que disponen los jueces especializados podría traducirse en una serie de beneficios, entre los que destaca una mayor posibilidad de acierto en la decisión (aunque estos autores aclaran que los estudios empíricos disponibles no son concluyentes al respecto). Con todo, al menos como hipótesis, esta ventaja puede ser problematizada, porque parece razonable pensar que un juez especialista se encontrará bajo la presión de justificar su trabajo, desplegando argumentos complejos que se traduzcan en un mayor tiempo para resolver, o incluso justificar su demora en la pretendida complejidad del asunto.

Dentro de las desventajas de la especialización judicial, un mayor conocimiento especializado incidiría en una mayor propensión hacia juicios estereotipados, que no presten debida atención a las diferencias relevantes entre los casos (Doménech Pascual y Mora-Sanguinetti 2015, 14-15). Junto a ello, existe un mayor riesgo por exceso de confianza (Doménech Pascual y Mora-Sanguinetti 2015, 22-24). Es importante notar aquí que estas desventajas de la especialización pesan por igual tanto a la administración como a la jurisdicción. La gran diferencia es que el prejuicio del juez se encuentra protegido por la independencia judicial y, con ello, el prejuicio se transforma en regla.

La desventaja más relevante es el activismo judicial. Doménech Pascual y Mora-Sanguinetti (2015, 24-25) presentan dos posibles explicaciones de este fenómeno. Por una parte, el proceso de selección de jueces podría favorecer a quienes comparten determinados intereses, produciendo lo que podría ser llamado un «efecto club». Por otra, tribunales especializados atraen a quienes «están más dispuestos a aprovechar la plataforma que la especialización les brinda para reflejar su personal visión de los problemas jurídicos que tales casos plantean». En este sentido, el mayor riesgo de activismo se vincula principalmente con el exceso de confianza, un sesgo que conduce a la creencia de que la preferencia individual es ampliamente compartida, lo que lleva en último término a negar el carácter público que hace necesaria la deliberación pública.

Para apreciar la necesidad de la deliberación pública en asunto técnicos es preciso realizar algunas distinciones. Existen asuntos donde el juicio experto es suficiente para tomar una decisión, como, por ejemplo, la ejecución de una cirugía. Otro tipo de asuntos solo presentan un problema de coordinación, sin que produzcan conflictos de interés, como ocurre con lo que Colomer (2015, cap. 2) denomina «bienes en red»: aquellos donde mientras mayor sea el número de usuarios, mayor beneficio otorga a cada uno de ellos, y no se presenta una rivalidad en su consumo. Ejemplos de este tipo de bienes son los estándares para el tiempo y medidas. Finalmente, existen asuntos, como la regulación ambiental, que responde a determinados valores sociales y por ello son polémicos. Las decisiones sobre el riesgo que aceptamos como comunidad política caracterizan a nuestra sociedad y esto exige criterios de priorización de naturaleza política. Douglas y Wildavsky (1983, 8) señalan al respecto que cada grupo social tiene su propio «portafolio» de riesgos, ya que valores comunes conducen a miedos comunes que hacen que prestemos atención a algunas cosas y dejemos a la sombra otras. Como señala Innerarity (2011, 128), «están en juego asuntos demasiado importantes como para dejarlos únicamente en manos de los especialistas».

Hacer descansar en el conocimiento experto una decisión política parece suponer que la acción política debe responder a los hechos a los cuales acceden privilegiadamente

quienes poseen ciertos conocimientos especializados. Para Shklar (1964, 97) esto es una nueva forma de legalicismo (*vid.* 1.1.1)

the passion for this sort of “scientific” expertise rests on quite the same ideological presuppositions as most American natural law theory. It assumes that there is “a public good” which a wise man - now an “expert” - can discover and to which all must agree as a proved necessity. It is “there,” as the law was “there” for the old courts. The “public interest” replaced the existing rules of law - that was all. To some of the anarchists the “thereness” of the public good meant that social “doctors” were to replace courts entirely, but the idea that facts applied by politically independent experts is ideologically the first cousin of traditional legalism.

la pasión por esta especie de especialización científica en gran medida descansa en los mismos presupuestos ideológicos de gran parte de la teoría del derecho natural norteamericana. Ella asume que existe un «bien público» que un hombre sabio -ahora un «experto»- puede descubrir y respecto del cual todos debemos estar de acuerdo en tanto prueba necesaria. Se encuentra «allí», como el derecho se encontraba «ahí» para las antiguas cortes. El «interés público» reemplazó a las reglas preexistentes del derecho - eso es todo. Para algunos anarquistas este «estar ahí» del bien público significa que existe «doctores» sociales que pueden reemplazar a las cortes, pero la idea de que los hechos puede ser aplicados políticamente por expertos independientes es ideológicamente el primo en primer grado del tradicional legalismo.

La *expertise* se vincula a la aprehensión de la realidad. La administración cumple sus funciones en base a los datos que recopila, organiza, sistematiza y analiza para que sirvan de base para sus decisiones (*vid.* 4.3.2). Esta es una tarea que se complejiza bastante en un proceso judicial, porque dicho proceso no recopila en forma permanente información. Ésta se produce en la medida que sea relevante para resolver una controversia jurídica, todo ello bajo los límites temporales que impone el debido proceso y para el caso sometido a su conocimiento en los términos bajo los cuales fue formulado por las partes. Por esta razón, en un sentido relevante el principio de separación de poderes significa que disponemos de instituciones estructuradas diferenciadamente para que puedan atender problemas del mejor modo posible.

A diferencia de la jurisdicción, la administración se encuentra sujeta a establecer el contexto de decisión sobre la base de actividades de recopilación, organización, sistematización y análisis de datos. La actividad administrativa consiste en mucho más que dictar un acto administrativo en el marco establecido por la ley. Ésta puede ser caracterizada como el ejercicio de potestades fiduciarias bajo una noción de responsabilidad-rol (que será objeto del capítulo 3).

Esta diferencia de funciones tiene un riesgo que justifica el control judicial. En la medida en que el conocimiento de nuestro entorno se complejiza, las decisiones de la administración serán cada vez menos comprensibles para la ciudadanía. Aquí es posible apreciar un rol importante del control judicial: obliga a la administración a ser comprensible, evitando así que bajo un exceso de jerga técnica se oculte el mero capricho de quienes deciden. Pero esto sigue siendo un control negativo: el resultado del control judicial no puede modificar la realidad jurídica, solo puede dejar las cosas como estaban antes del acto impugnado. El lenguaje de derechos, característico de la actividad judicial, no puede reemplazar a la acción política que se le encomienda a un órgano administrativo cuando se creó con el propósito de que se haga cargo de un sector de lo público.

Llegados a este punto vale la pena realizar una desambiguación. El término «derecho» tiene un significado técnico en la ciencia jurídica que refiere a una posición

jurídica determinada por una regla. Adicionalmente, en el discurso público se ha vuelto cada vez más frecuente que se utilice el término «derecho» para expresar que algo es valioso y que por ello exige de nuestra atención. En la terminología que será utilizada en el capítulo 4, esto quiere decir que existe una necesidad regulatoria. El problema del legalicismo es que confunde este uso político con el significado técnico. En el caso de la actividad judicial, en la medida en que la alegación «tengo derecho a» refiera a una acción concreta, habiéndose acreditado suficientemente dicha pretensión en un proceso judicial, el juez ordenará que la acción se ejecute. Mientras mayor sea la indeterminación del pretendido derecho, lo que se produce es un empoderamiento del juez que tiene como consecuencia llevar un asunto que requiere de una deliberación pública a negarla porque, conforme a la gramática de los derechos, quien alega que tiene derecho a algo refiere a algo que no requiere ser discutido, precisamente porque ya fue decidido y su pretensión se basa en ello. En eso consiste el legalismo que, cuando desconoce que un asunto requiere de deliberación pública, se transforma en legalicismo. Y si se acepta que la acción política no se despliega en términos prescriptivos, sino que en gran parte consiste en decidir nuestro futuro común como comunidad política en base a razones públicas (*vid.* 2.2.2), de ello se sigue que ésta no consiste en el mero seguimiento de reglas.

La deferencia judicial se explica, por tanto, en atención al sentido político de la actividad administrativa. Dar cuenta de ello es necesario dilucidar cómo se construye lo público (capítulo 2) y la racionalidad de la actividad administrativa (capítulo 3).

2 Lo público

En el capítulo anterior, luego de revisar críticamente la aproximación tradicional del derecho administrativo a la actividad administrativa, que se formula por motivos históricos como una cuestión de reacción frente a sus excesos, sostuve que ésta necesita ser complementada con una teoría de las potestades públicas que pueda cubrir en términos teóricamente satisfactorios dicha actividad en tanto socialmente funcional. La idea central es que si la actividad administrativa responde a una decisión política que crea un órgano administrativo para que cumpla determinados cometidos socialmente valiosos, antes de indagar sobre los posibles remedios jurídicos frente a un exceso de poder, parece razonable ofrecer, en primer lugar, una teoría que explique de qué manera dicha actividad puede ser efectiva y que, en definitiva, haga comprensible a la discrecionalidad administrativa más allá de su control judicial. Dar sentido a la decisión legislativa de crear un órgano administrativo es un punto de partida metodológico que conduce a dilucidar cómo un órgano administrativo puede cumplir en términos razonablemente satisfactorios sus cometidos y en qué medida la intervención judicial requiere ser lo suficientemente marginal como para poder inferir que las reglas del juego no han cambiado (*vid.* Hart 2012, 141-47 y *supra* 1.3).

El contexto para desarrollar una teoría de las potestades administrativas de este tipo es lo que en este trabajo denomino «lo público». Lo público se encuentra presente de diversas maneras en nuestro propio lenguaje y de forma más evidente en nuestras prácticas sociales. En el sentido más amplio, refiere a aquello compartido, a lo que tenemos acceso libremente y que mantiene cierta unidad en el tiempo a pesar de sus múltiples manifestaciones. Como señala Cordua (2015, 105), estas «variadas acepciones, relacionadas con las circunstancias en las que se piensa y usa el término, siempre se dejan ligar con las principales expresiones que las anteceden y suceden en el tiempo. De manera que lo público histórico se deja examinar y narrar como unidad a pesar de su multiplicidad».

Para los propósitos de esta investigación, es posible delimitar de manera más precisa lo que se entenderá bajo este término, refiriendo lo público al contexto institucional de la acción política y sus resultados. La intuición básica que orienta esta investigación se sustenta en la idea de que lo que somos como comunidad política es el resultado de un conjunto de decisiones adoptadas en un espacio de reconocimiento recíproco que definen la realidad donde se desenvuelven nuestras interacciones con otros. En estos términos, se corresponde con nuestra realidad política, la cual se encuentra dibujada por el resultado de la deliberación entre iguales.

Para precisar aún más la extensión del concepto de lo público, en lo que sigue ofrezco una dilucidación acerca del contexto en el cual emergen nuestras instituciones políticas democráticas. El propósito es identificar la función que cumple el derecho en la interacción interpersonal que se produce dentro del espacio de reconocimiento recíproco, deliberación y acción política en que consiste la esfera pública. Este es el contexto a partir del cual desarrollo un entendimiento acerca del rol de la administración pública en la determinación del riesgo ambiental que permita superar las explicaciones marcadamente prescriptivistas que caracteriza a la dogmática administrativa tradicional.

El contenido de este capítulo se organiza en tres secciones. La primera de ellas revisa en qué sentido es posible constituir una comunidad política. Luego se analizan los desacuerdos políticos y su relevancia para la comprensión de la democracia en sociedades plurales. Por último, se presenta al riesgo ambiental como una dimensión de lo público. Concluida la presentación del contexto político e institucional de la práctica regulatoria ambiental, el siguiente capítulo se ocupa de una teoría de las potestades administrativas.

2.1 La idea de comunidad política

En el capítulo 1 vimos de qué manera Hobbes y Rousseau respondieron al problema de la transición desde la primera persona singular a la primera persona plural. Mientras para Hobbes era necesario tomar distancia de nuestros intereses individuales encomendándole a un representante que, a la distancia, pudiese ver mejor qué va en el interés general, para Rousseau era necesario un proceso de introspección que nos permita identificar la voluntad general en nosotros mismos y así concurrir a ella.

En este contexto, las ideas de Kant son muy relevantes, especialmente si se repara en que sus escritos pueden ser considerados como un análisis al contractualismo desde su filosofía crítica. En estos términos, la filosofía crítica de Kant nos permite examinar la posibilidad de transitar hacia la primera persona plural. En esta sección se expondrá lo que este autor llamó «el postulado de derecho público» que resume la necesidad de constituir un Estado de derecho con el propósito de garantizar el disfrute de la libertad (en un sentido amplio que será explicitado más adelante). A continuación de ello, analizaré la noción de acción colectiva, que permite explicar lo público sobre la base de una noción de compromiso conjunto. Finalmente, esta sección cierra con una dilucidación acerca del lugar que corresponde a los intereses privados en lo público.

2.1.1 *El postulado de derecho público*

Las ideas de Hobbes y Rousseau que revisamos en el capítulo 1 han tenido un gran impacto en el mundo occidental. Estas ideas han marcado el desarrollo de las discusiones en filosofía política influyendo en el trabajo de otros autores, entre los cuales se encuentra Kant (Byrd y Hruschka 2010, 20). Lo interesante de la filosofía política kantiana, en este contexto, radica en que este autor sometió al contractualismo a su filosofía crítica y, en este sentido, nos ofrece una dilucidación acerca de la posibilidad de transitar desde la primera persona singular a la primera persona plural.

Tener a la vista al menos una idea gruesa de la obra de este filósofo permite comprender de mejor manera aquello que llamó el «postulado de derecho público», según el cual, «en una situación de coexistencia inevitable con todos los demás, debes pasar de aquel estado [de naturaleza] a un estado jurídico» (AA VI, §42, p. 307 en Kant 2005, 137). En especial, es relevante tener presente cómo se conecta este postulado con la noción de libertad kantiana.

La filosofía crítica consiste en un examen de la razón con el propósito de dilucidar sus fundamentos. Preocupado, y en alguna medida decepcionado, por los poco convincentes resultados de la metafísica en la cual se formó y enseñaba, Kant se

propuso dilucidar si la metafísica podía desarrollarse bajo bases sólidas y con ello quedar en condiciones de presentarse como una disciplina robusta. Explica Torretti (2005, 43) que

La escolástica oficial, proclamada desde las cátedras, no satisfacía a ninguna inteligencia adulta. Y al margen de ella, como siempre desde los griegos, los filósofos no lograban ponerse de acuerdo. «Parece casi digno de risa —escribe Kant en Prolegómenos— que mientras todas las otras ciencias avanzan sin cesar, ésta, que quiere ser la sabiduría misma, el oráculo que todo hombre consulte, se pase dando vueltas perpetuamente alrededor de un mismo punto, sin que consiga adelantar ni un solo paso». (AA IV, p. 256)

La metafísica se ocupa del saber *a priori*. En la tradición con la cual dialoga Kant, ese término designaba aquel conocimiento que puede obtenerse a partir de principios generales por medio de un silogismo. Este autor le da un significado más preciso para caracterizar el conocimiento que puede obtenerse de los hechos antes de que éstos ocurran (Torretti 2005, 251). Parte central de su argumento se basa en la distinción entre la cosa en sí y cómo se nos presenta en nuestra experiencia (fenómeno), afirmando que solo podemos conocer propiamente los fenómenos, quedando fuera de nuestro alcance la cosa en sí. Con todo, justifica el saber *a priori*, objeto de la metafísica, mostrando su vínculo con lo empírico: la aprehensión de los datos sensibles se encuentra determinada por nuestros conceptos *a priori*, los cuales de este modo constituyen al objeto empírico. Para este autor, todo conocimiento es empírico, pero se encuentra mediado por una serie de conceptos que dan unidad a la diversidad de estímulos que percibimos en nuestro entorno. Kant explica este «giro copernicano» en los siguientes términos

Si la intuición tuviera que ajustarse a la índole [Beschaffenheit] de los objetos, no comprendo cómo se podría saber algo sobre ésta a priori; en cambio, si el objeto (como objeto de los sentidos) se ajusta a la índole de nuestra facultad de intuición, puedo representarme perfectamente esa posibilidad. Pero si estas intuiciones han de convertirse en conocimientos, no puedo ceñirme a ellas, sino que tengo que referirlas como representaciones a algo que sea su objeto y determinarlas por ellas. Por tanto, debo suponer, o bien que los conceptos con que efectúo esta determinación se ajustan al objeto, y entonces me encuentro nuevamente en la misma perplejidad, relativa a cómo puedo saber a priori algo al respecto; o bien que los objetos, o, lo que es lo mismo, la experiencia, dentro de la cual únicamente se los conoce (como objetos dados), se ajusta a estos conceptos, y entonces veo enseguida una solución más fácil, pues *la experiencia misma es un género de conocimiento que demanda entendimiento y cuya regla tengo que suponer presente en mí antes de que me sean dados objetos, o sea, a priori, regla que se expresa en conceptos a priori que necesariamente rigen a todos los objetos de la experiencia y con los que éstos tienen que concordar.* (KrV, B XVIII/AA III, p. 12 trad. de Torretti 2005, 350, énfasis añadido)

A partir de la autonomía del entendimiento, que nos permite conocer lo empírico a partir de conceptos *a priori*, Kant justifica el saber metafísico. Nuestra autoconsciencia nos permite justificar objetivamente a la metafísica en tanto presupuesto para el saber empírico. Con todo, los temas más relevantes para esta disciplina (la libertad de la voluntad, la inmortalidad del alma y la existencia de dios) no podrían ser objeto de conocimiento alguno porque no presentan un vínculo con lo empírico, como ocurre con los conceptos que usamos para dar forma a la realidad. Y aquí Kant sugiere que, en lugar de tomar el camino de la especulación (el conocimiento teórico de las cosas), tomemos el único camino que nos queda: el uso práctico de la razón (KrV A796/B824, B xxviii-xxxi en Kant 2009, 687).

Lo práctico es el dominio de la acción. Y la pregunta aquí es cómo aproximarse a las acciones humanas y, en particular, en qué sentido podemos decir que somos libres.⁴⁶ Kant afirma que la libertad práctica puede ser demostrada por experiencia (A802/B830 en I. Kant 2009, 691)

Un albedrío es meramente *animal* (*arbitrium brutum*) cuando no puede ser determinado de otra manera que por medio de impulsos sensibles, es decir, *patológicamente*. Pero aquel que puede ser determinado independientemente de los impulsos sensibles y, por tanto, por medio de móviles que sólo son representados por la razón, se llama *libre albedrío* (*arbitrium liberum*); y todo lo que esté en conexión con éste, ya sea como fundamento o como consecuencia, se denomina *práctico*. La libertad práctica se puede demostrar por experiencia. Pues lo que determina el albedrío humano no es solamente aquello que estimula, es decir, que afecta inmediatamente a los sentidos; sino que tenemos una facultad de sobreponernos, mediante representaciones de lo que es beneficioso o perjudicial aun de manera más remota, a las impresiones [ejercidas] sobre nuestra facultad apetitiva sensible. Pero estas reflexiones acerca de lo que es digno de ser apetecido en atención a todo nuestro estado, es decir, [acerca de] lo que es bueno y provechoso, se basan en la razón. Por eso, ésta promulga también leyes que son imperativos, es decir; *leyes de la libertad* objetivas, que dicen *lo que debe acontecer*, aunque quizá no acontezca nunca; y así se distinguen de las *leyes de la naturaleza*, que tratan sólo de *lo que acontece*; por lo cual se llaman también leyes prácticas.

Como explica Torretti (2005, 561-73), la distinción kantiana entre el fenómeno y la cosa en sí permite advertir que existe otro camino para acceder a lo suprasensible: la realidad de la libertad. Distinguiendo entre el mundo fenoménico (donde ocurren las cosas) y el mundo inteligible (que trasciende a la sensibilidad), Kant afirma que nuestras prácticas normativas suponen que somos libres. La libertad queda demostrada «por la evidencia inmediata de que somos moralmente responsables» (2005, 565). Explica Torretti (2005, 565)

La conciencia de que estoy sujeto al imperativo absoluto de la ley moral conlleva la conciencia de que puedo cumplirlo. Porque me siento llamado incondicionalmente a determinar mi conducta conforme a ciertas exigencias, sé que no puede haber condiciones que me impidan hacerlo. *Debo, luego puedo*: esta inferencia aparente es la expresión articulada del contenido medular de nuestra conciencia moral. Esta apercepción inmediata de nuestra independencia para cumplir nuestro deber la llama Kant *das Faktum der Vernunft*, esto es, *el hecho de la razón* o, mejor quizás, *el hecho de que hay razón*. Ella confiere validez objetiva, aunque sólo para efectos prácticos, a la idea de la libertad trascendental o de la causalidad incausada. De esta manera ganamos un acceso a lo suprasensible que ninguna otra representación podría procurarnos.

El «hecho de la razón», explica Rawls (2000, 260), «es el hecho de que, como seres que razonan, somos conscientes de la ley moral como la ley supremamente autorizada y reguladora para nosotros, y en nuestro pensamiento y juicio moral ordinario la reconocemos como tal». Se trata del hecho básico a partir del cual nuestro conocimiento moral y nuestra autocomprensión como libres principia, alcanzando tanto a la razón especulativa como a la razón práctica (Rawls 2000, 260-61). En la *Crítica de la razón práctica* (AA V, p. 3-4 en Kant 2008, 3-4) Kant dirá

El concepto de libertad, en cuanto su realidad haya quedado demostrada mediante una ley apodíctica de la razón práctica, es la *piedra angular* de toda la construcción de un sistema de la razón pura, incluso de la especulativa, y todos los otros conceptos (de Dios e inmortalidad) los cuales, como meras ideas permanecían sin apoyo en la razón especulativa, se unen ahora al concepto de libertad y adquieren con él y por él consistencia y realidad objetiva, esto es, su

⁴⁶ Una exposición acerca de las distintas fases en el pensamiento de Kant acerca de la libertad y la ley moral en Guyer (2014, 245-65). Aquí solo expongo la que parece ser la definitiva.

posibilidad es demostrada con el hecho de que la libertad es real, porque esta idea se manifiesta mediante la ley moral.

Para Kant, entonces, son dos los elementos fundamentales bajo los cuales articula sus reflexiones filosóficas a partir de esta noción de autonomía: naturaleza y libertad. Respecto a esta última, distingue entre una libertad interna y una libertad externa. La libertad interna, en un sentido negativo, mira al mundo sensible y consiste en la independencia con respecto a nuestros deseos. En un sentido positivo, la libertad interna se ubica en el mundo inteligible, donde rige la ley moral y dice relación con la capacidad de actuar conforme a ella.

La libertad externa es el asunto del cual se ocupa Kant en la doctrina del derecho. En un sentido negativo, ésta consiste en la independencia respecto del arbitrio constrictivo del otro. Planteado en estos términos, la extensión del concepto es amplísima y consiste en la ausencia de un poder coactivo en términos causales. Como explican Byrd y Hruschka (2010, 79)

To say I have a right to be free from someone's necessitating choice means I have a claim against all others that they refrain from using either irresistible or resistible force against me to necessitate me to move my body in any way, or to act in the broad sense of «acting».

Decir que tengo derecho a ser libre respecto del arbitrio constrictivo de otro significa que exijo a todos los demás que se abstengan de utilizar contra mí ya sea una fuerza irresistible o resistible para obligarme a mover mi cuerpo de cualquier manera, o a actuar en un sentido amplio.

El derecho, para Kant, es un sistema de libertades externas. Consiste en «el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de libertad», agregando que «una acción es conforme a derecho cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal» (AA VI, p. 230 en Kant 2005, 39). Agrega que la externalidad de la libertad solo considera la influencia recíproca de nuestras acciones, no tiene en cuenta aquello que motiva a la acción ni tampoco el fin que el agente se propone (*ibid.*).

El supuesto a partir del cual Kant elabora este sistema es el «axioma de la libertad externa» (Byrd y Hruschka 2010, 77-84). Para Kant el único derecho innato es la libertad externa y contamos con este derecho en virtud de nuestra humanidad (AA VI, p. 237, en Kant 2005, 48-49). Que sea un axioma significa que no puede ser probado desde dentro del sistema, aunque existen buenas razones para aceptarlo. La coexistencia con los demás bajo una ley universal produce un estado de cosas igualitario donde mi libertad externa es compatible con igual derecho de los demás. Este estado de cosas es preferible, explican Byrd y Hruschka (2010, 79-81), a uno de inequidad donde mi posición dependa de la ley del más fuerte, en términos tales que querer permanecer en este estado de permanente amenaza e incertidumbre es inaceptable.

El axioma de la libertad externa es un punto de partida. No explica cómo es posible que alguien pueda tener para sí lo que Kant llama un «objeto externo del arbitrio», expresión que denota aspectos relevantes del fenómeno jurídico tales como objetos físicos, el arbitrio de otro respecto a una determinada prestación y el estatus de otro en relación con otra persona (que Kant ejemplifica con relaciones familiares). Para este autor (AA VI, pp. 246-247 en Kant 2005, 56-57), la razón práctica nos indica que para expandir nuestra libertad tiene que existir una «ley permisiva» que amplíe

nuestras posibilidades de acción, concediéndonos así una facultad moral. Como explican Byrd y Hruschka (2010, 104)

Kant's permissive law of practical reason relates only to merely permitted actions. Kant says that the permissive law provides me with a «favor» (*Gunst*). The favor it provides is its expansion of my moral latitude. It expands my moral latitude by giving me the moral faculty to do something I could not do before the permissive law granted me this favor. Here “could not” does not mean I was physically unable to perform some action. “Could not” also does not mean that I now may perform an action I was not permitted to perform (morally could not perform) before, because we are considering permissive laws for merely permitted actions. “Could not” means that the legal apparatus was not available to allow me to do something that now I can do.

La ley permisiva de la razón práctica de Kant se refiere sólo a las acciones meramente permitidas. Kant dice que la ley permisiva me proporciona un “favor” (*Gunst*). El favor que me proporciona es la ampliación de mi latitud moral. Amplía mi latitud moral al darme la facultad moral de hacer algo que no podía hacer antes de que la ley permisiva me concediera este favor. Aquí «no podía» no significa que fuera físicamente incapaz de realizar alguna acción. «No podía» tampoco significa que ahora pueda realizar una acción que antes no me estaba permitida (que moralmente no podía realizar), porque estamos considerando leyes permisivas para acciones meramente permitidas. «No podía» significa que el aparato legal no estaba disponible para permitirme hacer algo que ahora puedo hacer.

Lo que tiene en mente Kant, explican Byrd y Hruschka (2010, 100-103), es lo que actualmente, y a partir de Hart (2012, 28/1968, 35), llamamos «normas que confieren poderes», cuya función es habilitarnos para hacer uso de nuestra libertad en nuestra interacción con otros. El ejercicio de nuestra libertad conforme a esta ley permisiva da lugar a lo que Kant llama «estado de derecho privado» donde nuestros derechos son provisionales (*vid.* Byrd y Hruschka 2010, 45-52). Dice Kant (AA VI, p. 312 en Kant 2005, 141)

aunque según los *conceptos jurídicos* de cada uno se puede adquirir algo exterior por ocupación o por contrato, esta adquisición, sin embargo, es sólo *provisional* mientras no cuente con la sanción de una ley pública, porque no está determinada por una justicia (distributiva) pública ni asegurada por ningún poder que ejerza este derecho.

El argumento acerca de cómo se llega a este estado de derecho privado se encuentra desarrollado a partir de la posesión de la tierra, pero nada impide darle una interpretación propedéutica y extenderlo a toda relación jurídica si se tiene a la vista la amplísima extensión del objeto externo de mi arbitrio. En estos términos, es posible darle una lectura en tanto hipótesis acerca de la emergencia de hechos institucionales (*vid.* 3.1.2). El argumento considera tres pasos (*vid.* Byrd y Hruschka 2010, 122-42; *cfr.* Peña González 2018):

1. Mi existencia supone ocupar algún espacio en la superficie de la tierra, la cual es finita.
2. Como la tierra es finita, la interacción con otros (que tienen el mismo derecho), es posible y por ello formamos una comunidad, cuyo origen es esta posible interacción.
3. Dentro de esta comunidad se formulan pretensiones de ocupar algún espacio de tierra, de manera que el principal objeto de ella es la división de la superficie de la tierra por medio de una voluntad unida original.

El respeto hacia la libertad externa contempla no solo una posesión física que puede ser observada por otros. También considera una «posesión inteligible» que se basa en un derecho a que otros no interfieran en ella y a reclamar su restitución (AA VI, pp. 245-246 en Kant 2005, 55-56). Este tipo de posesión se produce en un estado de naturaleza gracias a la ley permisiva y configura un estado de derecho privado que es inestable. Es esta inestabilidad la que conduce al postulado de derecho público que nos ordena entrar a un estado jurídico (AA VI, p. 267 y 307 en Kant 2005, 85 y 137; *vid.* Byrd y Hruschka 2010, 138-41; *cfr.* Horn 2017; Peña González 2018).

La inestabilidad dice relación con la ausencia de publicidad y seguridad en el estado de naturaleza. La posesión inteligible requiere que sea reconocible por otros y esto solo puede conseguirse por medio de su institucionalización, la cual la hace pública. En estos términos, el estado de derecho privado en Kant no dice relación con un sector del derecho (como lo entendemos hoy), sino que con el hecho de que sin un estado jurídico no es posible saber qué relaciones han sido instituidas. Complementariamente, la seguridad requiere que la decisión acerca de lo que corresponde a cada uno se encuentre centralizada y tenga carácter definitivo.

Mantenerse en una situación inestable es contrario al imperativo categórico. De allí que, como sostienen Byrd y Hruschka (2010, 87-90), la otra cara de la libertad externa tiene una dimensión positiva que demanda «tomar el punto de vista del derecho» y entrar a un estado jurídico, que es el equivalente kantiano a la concepción moderna de Estado de derecho (Byrd y Hruschka 2010, 25-28).

2.1.2 La acción colectiva

Al presentar el Estado «en la idea», es decir, el concepto de Estado que se sigue de los principios puros del derecho, Kant indica que un Estado «es la unión de un conjunto de seres humanos bajo leyes jurídicas», agregando luego que esa «voluntad unida universal» se expresa por medio de tres poderes: legislación, administración y jurisdicción (AA VI, §45, p. 313 en Kant 2005, 142). Y al presentar su teoría de la propiedad, señala que en el estado de naturaleza toda posesión física puede ser presumida como jurídica a la espera de que al unirse a la «voluntad de todos en una legislación pública» se convierta en jurídica (AA VI, §9, p. 257 en Kant 2005, 71).

Es frecuente pensar lo público bajo la idea de la expresión de una voluntad general que, de algún modo, trasciende los intereses particulares (*vid.* 1.1.2). El principio democrático, explica Atria (2016, 354-55), expresa la idea de que «a través de la discusión (deliberación) política podemos identificar qué es lo que va en el interés de todos, es decir, cuál es la voluntad del pueblo». El problema, agrega este autor, «es que en la condición natural de la humanidad identificar el interés común es improbable, y lo que es probable es que cada uno perseguirá sus intereses individuales inmediatos» (Atria 2016, 458).

Esta improbabilidad a la cual hace referencia Atria puede ser analizada como un problema de escala. No parece extraño que dos personas caminen juntas, que varios músicos improvisen conjuntamente sobre la base armónica de un *standard* de jazz, ni tampoco lo es que un grupo de amigos organice y ejecute como plan realizar un paseo a las montañas un fin de semana. En algún punto, la idea de realizar algo en conjunto se pierde y lo colectivo se presenta como pura opresión. Las explicaciones que se ofrecen en la literatura habitualmente discurren a partir de una situación originaria

de lucha de todos contra todos. Este modo de teorizar acerca del problema político puede obedecer a razones prudenciales, en el sentido de que es mejor asumir el peor de los mundos posibles porque de ese modo éste se hace más reconocible. Con todo, esta idea no deja de ser extraña porque la cooperación social parece ser más relevante de lo que el contractualismo clásico admite (*vid.* Curry *et al.* 2019).

Como alternativa teórica es posible plantear este asunto de manera diferente y analizarlo como un problema acerca de cómo se construye lo público. Es decir, en lugar de pensar lo público como estrategia para evitar un «mal mayor» (una vida breve solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta como decía Hobbes), intentar una dilucidación acerca de la estructura de la acción política, qué es aquello que la hace posible. Esto supone que la acción política es creativa y colaborativa, en el sentido de que surge del intercambio de opiniones acerca de qué es aquello que va en el interés general.⁴⁷

Para dar cuenta del fenómeno de la cooperación social, un buen punto de partida consiste en identificar qué es aquello que nos autoriza a hablar de la acción colectiva como algo diferente a la mera agregación de acciones individuales estratégicamente orientadas que producen espontáneamente un equilibrio. Para Bratman (2014; 5-6; 92-96; *vid.* también Gilbert 2014, 343-44; *cf.* Atria 2016, 364-72), emprender esta reflexión es necesario porque este comportamiento estratégico es débil a la hora de explicar lo social. La predicción de la conducta futura de los demás no es solo un dato externo que nos permite calcular la probabilidad de éxito de nuestros planes, sino que constituye una expectativa que nos autoriza a pedir explicaciones si es defraudada. Dice Bratman (2014, 6)

The idea is that the interconnections characteristic of such sociality essentially involve mutual entitlements to hold the other accountable for playing his role in the shared activity, and mutual obligations, each to the other, that correspond to these entitlements.

La idea es que las interconexiones características de dicha socialidad implican esencialmente derechos mutuos para responsabilizar al otro por el desempeño de su papel en la actividad compartida, y obligaciones mutuas, cada uno hacia el otro, que corresponden a estos derechos.

Para Bratman (2014), la fuente de la normatividad de lo social se encuentra en constreñimientos de racionalidad que informan nuestros planes individuales que, al proyectarse socialmente, producen una agencia planificadora interconectada (*interconnected planning agency*). Con todo, debido a su interés por formular una explicación modesta de la sociabilidad (el caso de estudio son grupos pequeños tales como un cuarteto de cuerdas), no en sencillo articular, a partir de su teoría, el tránsito desde la primera persona singular a la primera persona plural en política.⁴⁸

⁴⁷ El déficit explicativo del contractualismo clásico no sería tanto que el actuar meramente estratégico (evitar un mal mayor) sea falso. Es perfectamente posible que esa amenaza motive a un agente a aceptar a regañadientes participar en la cooperación social. El problema consiste en su insuficiencia para dar cuenta de la dinámica de la interacción social donde predomina el uso de la primera persona plural.

⁴⁸ Bratman (2014, 8) no descarta que su teoría pueda generalizarse, realizando algunos ajustes y complementaciones, hacia organizaciones sociales más grandes. Esta generalización fue llevada a cabo por Shapiro (2011), quien concibe al derecho como una actividad de planificación. Sin embargo,

Para Gilbert (2014, 341-56), esta normatividad es más amplia y consiste en un compromiso conjunto (*joint commitment*). Para esta autora lo social se constituye a partir una actitud individual que se manifiesta en la disposición (*readiness*) de comprometerse conjuntamente, la cual establece y sostiene en el tiempo un compromiso colectivo que funda a un sujeto plural, entendido como un grupo de personas conjuntamente comprometidas que pueden demandarse recíprocamente la conformidad a dicho compromiso y reprender su incumplimiento (lo que recuerda, por cierto, al punto de vista interno de Hart 2012, cap. 4). Veamos con mayor detenimiento en qué consiste este compromiso conjunto (*vid.* Gilbert 2006, cap. 7; 2014, cap. 2; 2015; 2018a; *cfr.* Stahl 2014).

Hacer algo en conjunto, explica esta autora, implica la existencia de una red de expectativas recíprocas que autorizan frente a su frustración un reproche y exigir que sean satisfechas. Esta red de expectativas la concibe en términos hohfeldianos, según los cuales derecho y deber son posiciones correlativas en términos tales que, si *A* tiene derecho a que *B* haga ϕ , *B* tiene el deber frente a *A* de hacer ϕ (*vid.* 3.1.1). Gilbert (2014, 50) lo explica en los siguientes términos

Those who are obligated to one another to satisfy the commitment are answerable to one another if they fail to do so. Thus answerability is entailed by obligations of the relevant sort. Similarly, if you have a right against me to the performance of some action, I will be answerable to you if I fail to perform that action.

Quienes se encuentran obligados entre sí a satisfacer el compromiso son responsables entre sí si no lo hacen. Por lo tanto, la responsabilidad implica obligaciones de este tipo. Del mismo modo, si tú tienes un derecho contra mí a la realización de alguna acción, yo responderé ante ti si no la realizo.

El fundamento de esta red de expectativas no es moral (*vid.* Gilbert 2018b) ni individual (Gilbert 2006, 125-26), sino que consiste en un compromiso conjunto, el cual se produce cuando dos o más personas expresan abiertamente y toman conocimiento acerca de su disposición a comprometerse recíprocamente a hacer algo. Lo relevantes para que se produzca un compromiso conjunto no es tanto el modo en el que las partes expresan su compromiso, sino más bien la disposición que tienen a ello y el conocimiento compartido de esta circunstancia. La disposición a comprometerse conjuntamente puede adoptar variadas formas, pero entre todas ellas destaca el lenguaje plural. Dice al respecto Gilbert (2014, 354)

As such language and concordant behavior spreads, and its spread becomes known, the pertinent joint commitments would eventually be established. Subsequently such language and concordant behavior would help to maintain it.

A medida que ese lenguaje y ese comportamiento concordante se extiendan, y ello sea conocido, el compromiso compartido de que se trate terminará siendo establecido. Posteriormente, dicho lenguaje y comportamiento concordante ayudaría a mantenerlo.

Esta noción de compromiso conjunto es amplia y supone que una vez producido no es rescindible en términos individuales. Las partes involucradas se encuentran sujetas a cumplir con este compromiso en conjunto y solo de este modo, en conjunto, pueden ponerle término. Quedan así obligadas entre todas ellas como si fueran una sola

para ello se apoya en la racionalidad instrumental para dar cuenta de la fuerza normativa del derecho, lo que no es fácil de aceptar. *vid.* al respecto Canale (2019a, 348-53).

persona. Gilbert (2018a, 136-37) expresa esta última idea usando el término «sujeto plural», pero se preocupa de aclarar que no pretende con ello sugerir ninguna tesis ontológica. El recurso a este sujeto plural solo tiene el propósito de destacar la circunstancia de que el compromiso conjunto no está disponible para las partes individualmente consideradas porque actúan como un todo, como si fueran un solo sujeto.

Además de este caso básico, donde el compromiso conjunto se produce cuando quienes participan de él expresan y toman conocimiento recíprocamente de su disposición a actuar en conjunto como un sujeto plural, existen casos no básicos. Estos se producen a partir de casos básicos, por ejemplo, cuando alguna persona que pertenece a una comunidad política se pregunta acerca de la legalidad de una acción determinada. El caso básico que sirve de fondo al cumplimiento de la ley, según explica Gilbert (2018a, 133-34), consiste en el compromiso conjunto entre dos o más personas para autorizar a alguien a dictar leyes por ellas.

Esta idea de compromiso conjunto es importante porque dota de sentido al uso de la primera persona plural en la acción colectiva. Permite comprender la normatividad presente en la deliberación sobre la base de la disposición a tratarnos recíprocamente como iguales. El conocimiento compartido de esta circunstancia nos permite hablar de la existencia de una comunidad política en la cual, quienes la integran, se encuentran autorizados a exigirse recíprocamente un diálogo entre iguales. Es importante notar que esto último no tiene el propósito de describir nuestras prácticas políticas concretas, sino que más bien dar sentido a las críticas que formulamos frente al déficit de ellas. Y más importante aún, a valorar la deliberación democrática.

Al prestar atención a la acción colectiva, es posible desarrollar una comprensión de lo público según la cual su configuración es algo que se construye en el tiempo sobre la base de la disposición ampliamente conocida de obligarse recíprocamente. En estos términos, lo improbable ya no sería tanto la identificación del interés común, sino que el consenso, como consecuencia de los desacuerdos políticos. En estos términos, nuestras instituciones se encontrarían modeladas para gestionar nuestros desacuerdos por medio de decisiones que son esencialmente revisables en el proceso político, pero que mientras eso no ocurra deben ser respetadas.

El examen de estas ideas es objeto de la siguiente sección. Pero antes de entrar en ella es necesario detenerse a dilucidar el lugar que le corresponde a los intereses privados en lo público, porque la disposición a formar un compromiso conjunto la expresan individuos situados en el mundo. Si bien el tránsito desde la primera persona singular a la primera persona plural supone que lo público trasciende a los intereses privados, de ello no se sigue que éstos no tengan ninguna relevancia para la configuración de lo público.

2.1.3 El lugar de los intereses privados en lo público

Parte importante de la noción de lo público se presenta habitualmente en contraposición a los intereses privados. Como vimos en el capítulo 1, esto es una consecuencia de la imparcialidad que ofrece la generalidad de las leyes: su contenido expresa aquella que va en el interés de la comunidad en su conjunto y se aplica a toda la ciudadanía por igual. Esto parece claro en la configuración de los órganos públicos.

Por ejemplo, en Chile, el artículo 52 de la ley 18575 sujeta a los funcionarios públicos al «principio de la probidad administrativa», el cual consiste en

observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, *con preeminencia del interés general sobre el particular*. (énfasis añadido)

En esta línea, en la literatura regulatoria es frecuente que se haga referencia a la así llamada «captura regulatoria» como un fenómeno que produce resultados subóptimos para el bienestar social (vid. Ogus 2004; Morgan y Yeung 2007). Esto se produce porque los funcionarios públicos encargados de elaborar la regulación reproducen en ella consideraciones que benefician a la industria que está siendo regulada. Diversos factores pueden influir en ello y existen diversos mecanismos para prevenirlo, pero lo que interesa destacar aquí es que la sincronía entre una regulación y el interés de la industria regulada es calificada en términos negativos porque no se orienta hacia el interés público, sino que satisface un interés privado que resulta así privilegiado.

Algo similar ocurre con la corrupción, donde lo privado se presenta como una amenaza para el correcto desempeño de los órganos públicos. Este término intenta capturar el fenómeno asociado al descuido malintencionado de deberes que configuran un cargo público, en términos tales que su infracción es calificada como desleal hacia lo que dicho cargo representa cuando, en su ejercicio, se benefician meros intereses privados en perjuicio del interés público comprometido (vid. Garzón Valdés 2003; Lifante Vidal 2020).

En un nivel más abstracto esta oposición entre lo privado y lo público también se encuentra presente en las teorías deliberativas de la democracia. Explican Mansbridge et al. (2010, 80-83) que el ideal deliberativo excluye el uso de la coacción, entendida como una situación donde los intereses o preferencias de una persona causan que otra realice algo que no habría realizado si no fuera por la amenaza de sanción o el uso de la fuerza.⁴⁹ La idea aquí es que por medio de la coacción se consigue privilegiar los intereses privados en perjuicio de los demás y, se podría agregar, de los intereses públicos. Esto es algo a lo que apuntaba Rawls cuando discute sobre el hecho del pluralismo. En efecto, en una de las caracterizaciones de la idea de una sociedad bien ordenada, Rawls (1993, 37) sostiene que

a continuing shared understanding on one comprehensive religious, philosophical, or moral doctrine can be maintained only by the oppressive use of state power. If we think of political society as a community united in affirming one and the same comprehensive doctrine, then the oppressive use of state power is necessary for political community.

un entendimiento compartido continuo sobre una doctrina religiosa, filosófica o moral integral sólo puede mantenerse mediante el uso opresivo del poder estatal. Si pensamos en la sociedad política como una comunidad unida en la afirmación de una misma doctrina global, entonces el uso opresivo del poder estatal es necesario para la comunidad política.

En todos estos casos, el interés privado aparece en la esfera pública cumpliendo una función deslegitimadora. Esta descansa en dos elementos. En primer lugar, una

⁴⁹ Agregan Mansbridge et al. (2010, 82-83) que el uso de la coacción excepcionalmente podría estar justificado si con ello se consigue proteger las condiciones a las que aspira el ideal deliberativo, como ocurre cuando es necesario para distribuir uniformemente el poder o cuando se usa de manera defensiva por algún agente político.

oposición al interés público en términos tales de que satisfacer un interés privado equivale a perjudicar lo público. En segundo lugar, una ausencia de reciprocidad hacia mis pares, que se manifiesta en la actitud de querer satisfacer el interés privado a como dé lugar. En lo que sigue, analizaré el primer elemento para mostrar que, por lo menos, el interés privado tiene una función informativa. El segundo elemento será tratado más ampliamente en la siguiente sección al discutir acerca de las razones públicas como lenguaje de la política.

Esta función deslegitimadora de los intereses privados contrasta con el hecho de que algunos de ellos se encuentran jurídicamente protegidos y, por ello, configuran lo público. Por tanto, no parece correcto plantear que exista una relación de oposición entre interés público e interés privado, sino que más bien se encuentran en tensión. Algunos intereses privados pueden ser formulados como una pretensión hacia otros sujetos y configurarse de este modo como un derecho.

En el derecho administrativo la ausencia de una oposición necesaria entre interés público e interés privado es bastante clara. Por ejemplo, en la teoría de las autorizaciones administrativas es corriente que se explique esta técnica sobre la base de una función preventiva. Esta opera como un control de la administración cuyo propósito consiste en examinar la compatibilidad del interés privado de quien solicita que su actividad sea autorizada con el interés público cuya gestión ha sido encomendada al órgano que autoriza. Así, Laguna de Paz (2006, 27-28)

En cuanto técnica de *policía* la autorización es la llave para la realización de aquellas actividades que -por sus características, contexto o consecuencias- requieren que la Administración verifique previamente su compatibilidad con el interés general. En muchos ámbitos, la experiencia demuestra que los únicos controles efectivos son los preventivos. (énfasis en el original)

Esta reconciliación entre el interés privado y el interés general puede ser presentada como un *overlapping consensus*. En estos términos, aquellos intereses jurídicamente protegidos, y cuya satisfacción es compatible con el interés público, se han acomodado a la decisión política que lo expresa. Pero el problema persiste, pues como explica Atria (2016, 460)

si la ley se presenta ante *el ciudadano* como su voluntad, como lo que él cree desde un punto de vista universal, es decir, lo que él *verdaderamente* quiere, ella se presenta ante *el individuo* como pura heteronomía: como una decisión que vale porque ha sido adoptada de acuerdo a procedimientos válidos, y que seguirá vigente, lo quiera él o no, hasta que sea derogada por esos mismos procedimientos.

El problema persiste porque la ley puede llegar a ser una interferencia desproporcionada a la esfera individual. En su ensayo *Dos conceptos de libertad* Berlin (2002, 166-217) ofreció una dilucidación acerca de este problema. Este autor presenta dos tipos de respuestas que se encuentran presente en la cultura occidental respecto a la pregunta acerca de la interferencia de la política con la esfera individual, que configuran dos sentidos bajo los cuales se habla de libertad política.

En un sentido negativo, ésta consiste en un área que demarca el punto a partir del cual una intervención de los demás se vuelve ilegítima. Así, una vez traspasado ese límite dicha intervención se vuelve coacción. Dice Berlin (2002, 169)

Coercion implies the deliberate interference of other human beings within the area in which I could otherwise act. You lack political liberty or freedom only if you are prevented from attaining a goal by human beings.

La coerción implica la interferencia deliberada de otros seres humanos en el ámbito en el que yo podría actuar. Careces de libertad política o de libertad si los seres humanos te impiden alcanzar un objetivo.

Es cierto, explica Berlin, que dentro de esta corriente se reconoce que una función de la ley es, precisamente, demarcar este límite y por ello el espacio de libertad política negativa se encuentra delimitado. Pero esta demarcación se presenta como un sacrificio en favor de otros valores que, en conjunto con la libertad, producen una comunidad política más justa (Berlin 2002, 172-73).

En un sentido positivo, de lo que se trata es de identificar la fuente de esta demarcación del espacio en el cual un individuo puede realizar lo que le plazca. Esta es una pregunta acerca de su autonomía, es decir, cómo elige aquello que va en su interés y especialmente cómo se relaciona con un entorno que se le presenta como estímulos que constituyen obstáculos para la formación de su voluntad. Observa Berlin (2002, 179) que en esta corriente se afirma un desdoblamiento del individuo entre un ser que se encuentra sujeto a las pasiones y estímulos externos y otro ser que se autogobierna a sí mismo superándolos por medio de la racionalidad. En estos términos, un agente autónomo es aquel que consigue dominar al ser vulnerable y de allí que la voluntad que expresa la ley se identifique con referencia a aquel, bajo el supuesto de que por medio de la razón es posible alcanzar un orden armónico. Dice Berlin (2002, 192)

the rational solution of one problem cannot collide with the equally true solution of another, for two truths cannot logically be incompatible; therefore a just order must in principle be discoverable - an order of which the rules make possible correct solutions to all possible problems that could arise in it.

la solución racional de un problema no puede colisionar con la solución igualmente verdadera de otro, ya que dos verdades no pueden ser lógicamente incompatibles; por lo tanto, en principio debe poder descubrirse un orden justo, un orden cuyas reglas posibiliten soluciones correctas a todos los posibles problemas que puedan surgir en él.

Este desdoblamiento, explica Berlin, conduce a una paradoja. En la medida en que el ser real, aquel que orienta su acción por medio de la razón, se ubica en una posición de superioridad al ser vulnerable e imperfecto, lo público adquiriría la fuerza de un ser trascendente a los intereses privados que se presenta con una pretensión de legitimidad autoevidente para quienes consiguieron acceder a lo que la razón manda. Y al llegar a este punto, se produce una pendiente resbaladiza hacia el autoritarismo (Berlin 2002, 180)

Once I take this view, I am in a position to ignore the actual wishes of men or societies, to bully, oppress, torture them in the name, and on behalf, of their «real» selves, in the secure knowledge that whatever is the true goal of man (happiness, performance of duty, wisdom, a just society, selffulfilment) must be identical with his freedom - the free choice of his «true», albeit often submerged and inarticulate, self.

Una vez que adopto este punto de vista, estoy en condiciones de ignorar los deseos reales de las personas o de las sociedades, de intimidarlas, de oprimirlas, de torturarlas en nombre y por cuenta de su «verdadero» yo, con la certeza de que cualquiera que sea su verdadero objetivo (la felicidad, el cumplimiento del deber, la sabiduría, una sociedad justa, la realización personal) debe ser idéntico a su libertad, a la libre elección de su «verdadero» yo, aunque a menudo sumergido e inarticulado.

Gaus (2011, 35) afirma que el problema de la pendiente resbaladiza del autoritarismo se encuentra en la ausencia de una distinción importante entre la libertad entendida

como actuar conforme a la razón y actuar conforme a las razones del agente. En estos términos, un agente es libre en un sentido positivo no porque su conducta concuerde con una idea abstracta de razón que solo consiguen identificar algunos elegidos que aceptamos pasivamente, sino que más bien porque el agente asume un conjunto de razones como propias. Se trata, explica Gaus (2011, 341), de un asunto que no es meramente intelectual, sino que práctico: un agente se reconoce como tal porque comprende sus acciones como parte de su capacidad de elección.

Esto último conduce a dirigir la mirada hacia quienes integran una comunidad política y pensar el problema político desde la primera persona singular hacia la primera persona plural. En un sentido elemental, lo público emerge a partir una diversidad de intereses individuales que exigen ser satisfechos. Para dar respuesta a ello, el primer paso es su identificación y, en este sentido, los intereses privados son primariamente información. Así, por ejemplo, leemos en Hobbes (1996, 243)

The best Counsell, in those things that concern not other Nations, but onely the ease, and benefit the Subjects may enjoy, by Lawes that look onely inward, is to be taken from the generall informations, and complaints of the people of each Province, who are best acquainted with their own wants, and ought therefore, when they demand nothing in derogation of the essentiall Rights of Sovereignty, to be diligently taken notice of, For without those Essentiall Rights, (as have often before said,) the Common-wealth cannot at all subsist.

El mejor consejo en asuntos que no conciernen a otras naciones, sino que solo a la tranquilidad y el beneficio que los súbditos pueden disfrutar a través de leyes que miren únicamente los asuntos internos, proviene de las informaciones generales y reclamos del pueblo de cada provincia, quienes son los que mejor conocen sus propios deseos y, por tanto, deben ser cuidadosamente escuchados cuando sus demandas no amenazan los derechos fundamentales de la soberanía, porque sin esos derechos esenciales (como se ha dicho anteriormente,) la Common-wealth no puede subsistir.

Es importante notar que este párrafo se ubica en el capítulo que Hobbes dedica al cargo del representante soberano (*the Office of the Sovereign Representative*) cuya función es procurar el bien del pueblo (Hobbes 1996, 231). En el marco de esta tarea, este autor afirma que la información para definir qué regular y cómo regular debe ser recogida directamente del pueblo (*the people*) porque conocen mejor sus necesidades. Se trata de un consejo, que en la obra de Hobbes consiste en una recomendación que no va en beneficio de quien la formula, que encuentra su justificación en la experiencia y el conocimiento, pero que no obliga en el sentido de que quien la formula no puede exigirle al destinatario que actúe conforme a ella. Con todo, parece claro que la función del consejo es servir de patrón evaluativo de la decisión del soberano y su contenido es accesible a todas las personas.

Si bien Hobbes agrega que dicha información será relevante en la medida en que no afecte los derechos esenciales de la soberanía, para evitar una rápida lectura autoritaria de este límite basta con tener a la vista que Hobbes (1996, cap. XVI) distingue entre la propiedad de cosas y la propiedad de actos. Las cosas pueden ser cedidas, enajenadas, etc. Pero los actos solo pueden ser encomendados, que es lo que se hace cuando se autoriza a alguien para que actúe por uno en algún asunto. Lo que los individuos otorgan al *Leviathan* es, en estos términos, una autorización y por ello éste no puede realizar cosas que a su vez los individuos no pueden hacerse a sí mismos, salvo que con ello se busque la paz social (interna y externa).

Mansbridge et al. (2010, 72-74) también destacan el rol informativo de los intereses privados para configurar lo público y agregan además su relevancia para delimitar el conflicto político. Este es un rasgo relevante de las teorías deliberativas de la

democracia, donde el dialogo entre iguales contribuye a revisar las creencias de quienes participan en la deliberación, facilitando con ello la delimitación del desacuerdo político. La relevancia de considerar la mayor cantidad de puntos de vista en este proceso la explican en los siguientes términos (Mansbridge et al. 2010, 73)

If self-interest is not part of the process of exploration and clarification, the chances increase greatly of a group's adopting a version of the common good that does not take everyone's interests into account.

Si el interés propio no forma parte del proceso de exploración y clarificación, aumentan mucho las posibilidades de que un grupo adopte una versión del bien común que no tenga en cuenta los intereses de todos.

En estos términos, el valor de los intereses privados en la configuración de lo público es doble: permite delimitar su alcance (qué es aquello que demanda una acción política) y contribuye a comprender nuestros desacuerdos políticos. Pero esto es solo el punto de partida. El problema político consiste en el tránsito desde la primera persona singular a la primera persona plural. Como este tránsito se encuentra mediado en gran medida por el modo en que gestionamos nuestros desacuerdos políticos, la siguiente sección se dedica especialmente a ello.

2.2 Los desacuerdos políticos

Una comprensión de la política como el tránsito desde la primera persona singular a la primera persona plural necesita dar sentido a los desacuerdos políticos. Lo público no consiste en un lugar al cual accedemos una vez que nos sacudimos nuestros sesgos y prejuicios, sino que más bien es el espacio donde gestionamos nuestras diferencias. En esta sección reviso la emergencia de nuestros desacuerdos políticos para dilucidar en qué sentido son inextricables (2.2.1). Esto último conduce a la comprensión de las razones públicas que da sentido a la deliberación democrática en tanto manera en que se expresa el reconocimiento recíproco bajo el cual se articula lo público (2.2.2). Cierro esta sección con una dilucidación acerca del rol de la constitución política en la democracia deliberativa, que concibo como el núcleo fundamental de acuerdo que hace inteligible nuestros desacuerdos (2.2.3).

2.2.1 La emergencia de nuestros desacuerdos políticos

Para poder actuar en el mundo, es preciso disponer de una representación que nos indique cómo es nuestro entorno social y natural. Vale decir, un conjunto de creencias acerca de la realidad con la cual vamos a interactuar. Como primera aproximación, es posible señalar que una creencia es estado mental en virtud del cual damos por verdadero el contenido de una proposición. Como indica Williams (1973, 136-37), las creencias apuntan hacia la verdad («*beliefs aim at truth*»). Según explica este autor, tres ideas fundamentales acerca de las creencias se reúnen bajo esta observación: a las creencias se les puede asignar un valor de verdad; creer que p consiste en creer que p es verdadero; y que esto último conlleva una pretensión (*claim*) acerca de su verdad.

Esta relación de las creencias con la verdad no parece ser discutida en la literatura. Dar cuenta de esa relación, por el contrario, ha dado lugar a un profuso debate (*vid.* Schwitzgebel 2019). No obstante, parece ser el caso de que existe algún grado de normatividad involucrado, que compromete a quien expresa una creencia con la

verdad del contenido de la proposición por medio del cual la formula en términos tales que, de ser falsa, la abandonará. Como explica Frost (2014, 460)

the believer, [...] fulfills the demand in his or her belief concerning whether p, by virtue of his or her capacity to be sensitive to the truth and to adjust his or her beliefs accordingly. (énfasis omitido)

quien tiene una creencia, [...] satisface su pretensión acerca de p, en virtud de su capacidad de ser sensible a la verdad y de ajustar sus creencias en consecuencia.

Los factores que inciden en la formación o en el abandono de una creencia pueden ser de diversa naturaleza y su relevancia es cada vez mayor a partir de la masificación de las *fake news* o bulos en la vida política contemporánea (*vid.* Arendt 2017). Con todo, no me detendré en ello. Lo que interesa para los propósitos de esta investigación es prestar atención al rol explicativo de las creencias con relación a la acción.

Para Williams (1973, 144) la creencia es una noción explicativa: la referencia a una creencia permite explicar una acción. En un sentido similar, Davidson (1984c, 159) señala que

the descriptions we provide of desire and belief must, in teleological explanation, exhibit the rationality of the action in the light of the content of the belief and the object of the desire.

las descripciones que proporcionamos del deseo y la creencia deben, en la explicación teleológica, exhibir la racionalidad de la acción a la luz del contenido de la creencia y el objeto del deseo.

En estos términos, podemos explicar que un colega vino a la oficina con su paraguas por referencia a su creencia de que iba a llover y que el paraguas le protegería de la lluvia, junto al deseo de no mojarse. Pero como finalmente no llovió entendemos su molestia por acarrear un paraguas sin necesidad y arriesgando a dejarlo olvidado en algún rincón de la oficina.

Esta función explicativa de las creencias permite formular una primera tesis acerca de la emergencia de nuestros desacuerdos políticos: el error. Esta tesis tiene plausibilidad porque en nuestra vida cotidiana muchas veces discutimos sobre hechos y la disputa se resuelve consultando a alguna fuente que goce de cierta autoridad epistémica. Por ejemplo, podemos discutir acerca del año de publicación de *The concept of law* o acerca de las influencias filosóficas de Hart. Y en este caso parece razonable que por medio de una investigación podamos documentar el contexto intelectual bajo el cual este autor formuló sus ideas y, a partir de ello, formular una respuesta definitiva en la que ya no sea posible un desacuerdo.

Para resolver la discusión nos disponemos a aceptar los resultados de la investigación o, si no tenemos tiempo para ello, en lo que nos explique alguien que se ha ocupado del tema previamente. El método que seguimos en estos casos es el de la autoridad epistémica: deferimos a quien tenga un mayor conocimiento en caso de que no podamos obtenerlo por nosotros mismos. Lo que interesa dilucidar para comprender lo público es si el método de la autoridad epistémica es apto para gestionar nuestros desacuerdos políticos.

Un primer problema para ello es epistémico. Desde este punto de vista, no parece extraño que entre personas que se reconocen recíprocamente la calidad de pares existan desacuerdos. Varios factores que pueden explicarlo (Frances 2014, 18-26). Es posible que los pares no hayan tenido acceso a la misma evidencia, de tal modo que

a partir de la evidencia que cada uno tiene a la vista es razonable creer que p y no- p , respectivamente. También es posible que, teniendo acceso a la misma evidencia, resulta plausible creer que p , pero con un conocimiento suficiente del contexto relevante es posible descartar p y creer que no- p . Otro factor relevante son las condiciones de la indagación. Si ninguna parte le ha dedicado suficiente tiempo para resolver satisfactoriamente el asunto es posible que lleguen a resultados preliminares similares, pero no idénticos. O que alguna de ellas posea temporalmente habilidades cognitivas que la sitúan en una mejor posición para dar con la respuesta, ya sea un mejor descanso o el uso de algún fármaco.

Estos factores influyen en la posición epistémica de los agentes en términos del grado de confianza que tiene creer que p frente al hecho de que un par tiene la creencia de no- p . Nótese que el problema sólo se origina frente al hecho del desacuerdo. En este sentido, Frances (2014) sugiere distinguir tres tipos de cuestiones diferentes. Primero, la pregunta acerca de la razonabilidad de la creencia original bajo los estándares por medio de los cuales nos formamos nuestras creencias. Segundo, la pregunta acerca de la actitud que debiese adoptar un agente cuando toma conocimiento del hecho del desacuerdo con su par. Tercero, qué creencia es razonable adoptar luego de tomar conocimiento del hecho del desacuerdo. La segunda pregunta es epistémica porque dice relación con la confianza en mi creencia frente al hecho de que alguien que cuenta con mis mismas capacidades para analizar una situación determinada afirma una creencia contraria a la mía. Frente a ello, Frances (2014; 27-28, 89-90; *vid.* también Frances y Matheson 2019) afirma que existen tres opciones. Por una parte, bajo determinadas circunstancias mantener mi creencia es razonable porque mi posición epistémica, evaluada sobre la base de los factores del desacuerdo, es favorable a ella (2014, 199-200). Por otra, es posible que en lo que respecta a dicha creencia mi par se encuentre en una mejor posición epistémica, lo que sirve de razón para abandonar mi creencia y adoptar la contraria. Por último, puedo suspender temporalmente mi creencia porque nadie parece encontrarse en una posición epistémica favorable. Esto significa que ni creo que p sea verdadero ni creo que no- p sea falso (2014, 34).

Suspender una creencia es problemático por dos razones. La primera está relacionada con el ámbito en el cual es posible. Mientras en un desacuerdo al nivel de las creencias disponemos de estas tres opciones, en el nivel de la acción, solo tenemos dos: hacer X o no hacer X , porque suspender la creencia implica que no hay razones para actuar (Frances 2014, 72). En la esfera política no nos interesa inventariar creencias; lo que buscamos es motivar la acción política. Y el desacuerdo no es apto para justificar no hacer nada (Frances 2014, 71-76).

El segundo problema del método de la autoridad epistémica frente a nuestros desacuerdos políticos puede ser formulado como la pregunta acerca de qué hacer frente al hecho del desacuerdo. Al respecto, desde la ética de las creencias es posible sostener que existen razones para trabajar en conjunto el desacuerdo. Renunciar a ello defiriendo a un tercero es problemático porque, como explica Adler (2002, 221-23), argumentar y razonar requieren de creencias bien formadas para que puedan ser actividades provechosas, lo que conduce a ciertos deberes para la discusión pública (en un sentido más general, Kölbel 2004, 67). Agrega este autor (2002, 222).

Our opinions are improved through public argument, and in some ways can only be so improved. But in seeking the benefits derived from participation in the practice of argument, we incur duties and responsibilities. We need to promote forums that improve our beliefs and facilitate reasoning

and argument. Full belief accords diverse viewpoints a place in the forum of discussion, resisting the many pulls toward homogenizing of positions. The most prominent pull is due to our respect for the judgments and efforts of others. We recognize the weaknesses of our own abilities as compared to that of many others, particularly when pooled. So we have good reasons to defer to them and to restrain our own contrary views. But if we continually defer to others, the set of views in lively contrast is narrowed.

Nuestras opiniones mejoran gracias a la argumentación pública, y en cierto modo sólo pueden mejorar. Pero al buscar los beneficios derivados de la participación en la práctica de la argumentación, incurrimos en deberes y responsabilidades. Debemos promover foros que mejoren nuestras creencias y faciliten el razonamiento y la argumentación. Una creencia adecuadamente articulada concede a los diversos puntos de vista un lugar en el foro de discusión, resistiendo a las numerosas tiradas hacia la homogeneización de las posiciones. La más destacada de ellas se debe a nuestro respeto por los juicios y los esfuerzos de los demás. Reconocemos la debilidad de nuestras propias capacidades en comparación con las de muchos otros, especialmente cuando se ponen en común. Por ello, tenemos buenas razones para ceder ante ellos y frenar nuestras propias opiniones contrarias. Pero si nos remitimos continuamente a los demás, el conjunto de opiniones vivamente contrastadas se reduce.

Existen, entonces, buenas razones para no confiar en el método de la autoridad epistémica para gestionar nuestros desacuerdos políticos. Si bien el hecho del desacuerdo puede motivar, bajo determinadas circunstancias, suspender nuestras creencias, esta opción no está disponible cuando el desacuerdo se produce respecto a qué hacer. Y desde la ética de las creencias, trabajar los desacuerdos por medio de argumentos constituye una práctica social que tiene un valor en tanto expresa el carácter de una comunidad política. Estos dos problemas del método de la autoridad epistémica responden a una característica de los desacuerdos políticos: éstos son inextricables.

En la esfera política no se trata simplemente de conocer un hecho (creer que p o creer que no-p), sino que allí se articula una cadena de decisiones que conduce a una acción política. Esta inicia con una primera decisión acerca de lo que merece ser discutido y que, habitualmente obedece a una necesidad social que se expresará de diversos modos, para la cual se ofrecerán diversos diagnósticos y que, en definitiva, expresa las prioridades de una comunidad política. Luego, al momento de decidir colectivamente sobre un asunto que ha sido priorizado para su discusión, nos enfrentamos a distintas opciones de acción política que son incompatibles entre sí y que configuran preliminarmente un desacuerdo (desacuerdo *prima facie*). Frente a ello, quienes deliberan ofrecerán razones que responden a sus creencias con el propósito de justificar su propuesta y persuadir a quienes participan en el proceso deliberativo. Y, considerando la relación de las creencias con la verdad, podría pensarse que, por medio de la razón, es posible disolver nuestros desacuerdos políticos. En efecto, en todo este proceso se encuentra implícita la idea de que existe una decisión que es mejor que otra y que por eso vale la pena el esfuerzo de ofrecer razones a nuestros pares (*vid.* Martí 2006; Atria 2016, 359-77). Ya en términos más abstractos, Kölbel (2004, 67) señala que

It's because we assume that only one of two conflicting beliefs can be correct and that one of them must be mistaken that we think arguing about it makes sense.

Es porque asumimos que sólo una de las dos creencias en conflicto puede ser correcta y que una de ellas debe estar equivocada que pensamos que discutir sobre ello tiene sentido.

Con todo, muchos desacuerdos se resisten a ser disueltos. La posibilidad de que existan desacuerdos que no sean atribuibles al mero error de una de las partes (*faultless*

disagreements), explica Kölbel (2004, 67-71), se encontraría presente ya en nuestro lenguaje, en particular en aquellas reglas implícitas que gobiernan la formación de creencias y las inferencias válidas a partir de ellas. En estos términos, para este autor, en algunos casos el contenido proposicional de una creencia no admite desacuerdos, pero en otros habría cierto margen para una discrecionalidad de contenido que abre un espacio para desacuerdos legítimos, que emergen por la contraposición de distintas perspectivas frente aquello en lo que se desacuerda. Bajo esta hipótesis, los desacuerdos políticos reflejarían una manera diferente de priorizar valores que, si bien respeta las reglas para la formación de creencias, no es fácil de explicitar (desacuerdo efectivo). Para apreciar este punto, vale la pena prestar atención a la contraposición que formuló Ortega y Gasset (2019, 21-64) entre pensar en una cosa y contar con ella.

Ortega y Gasset (2019, 23-24) observa que, para entender a una persona, para saber quién es realmente, nos aproximamos a ella indagando cuáles son sus ideas. A partir de este punto, advierte de la necesidad de desambiguar este término, porque en nuestra vida cotidiana tenemos muchas ocurrencias que emergen ya sea espontáneamente o por influencia de otras personas, pero esto implica que quien tiene una ocurrencia ya se encontraba allí presente. La ocurrencia, dice este autor, «brota, de uno u otro modo, dentro de una vida que preexistía a ella».

Este autor presenta esta desambiguación formulando una distinción entre «idea-ocurrencia» e «idea-creencia». Como su pensamiento es previo a la discusión en el ámbito anglosajón y fue formulado en lengua castellana, la literatura acerca de las creencias no la recoge explícitamente. Con todo, merece la pena rescatar esta distinción porque contribuye a comprender la inextricabilidad de nuestros desacuerdos políticos.

Explica este autor que la vida de la cual emergen nuestras ocurrencias se encuentra constituida por «ideas-creencias», que llamaré «creencias profundas», las cuales forjan aquello que somos. En este sentido, forman aquella realidad en la cual nos desenvolvemos. Como afirma Ortega y Gasset (2019, 25)

precisamente porque son creencias radicalísimas se confunden para nosotros con la realidad misma -son nuestro mundo y nuestro ser-, pierden, por tanto, el carácter de ideas, de pensamientos nuestros que podían muy bien no habérsenos ocurrido.

Para este autor, tener en mente la contraposición entre pensar una cosa y contar con ella nos ayuda a comprender de mejor manera la vida humana (2019, 27). Al diferenciarlas podemos apreciar que cumplen distintas funciones en nuestra vida, que explica en los siguientes términos (2019, 25)

De las ideas-ocurrencias -y conste que incluyo en ellas las verdades más rigurosas de la ciencia- podemos decir que las producimos, las sostenemos, las discutimos, las propagamos, combatimos en su pro y hasta somos capaces de morir por ellas. Lo que no podemos decir es... vivir *de* ellas. Son obra nuestra y, por lo mismo, suponen ya nuestra vida, la cual se asienta en ideas-creencias [creencias profundas] que no producimos nosotros, que, en general, ni siquiera nos formulamos y que, claro está, no discutimos ni propagamos ni sostenemos. Con las creencias [profundas] propiamente no *hacemos* nada, sino que simplemente *estamos* en ellas.

Parte importante del análisis de Ortega y Gasset se basa en una dilucidación acerca del modo en que nos vinculamos con nuestro entorno a partir de una situación originaria. Para este autor, la realidad natural es complejísima e inabarcable. Se nos presenta como un caos que nos inquieta y nos lleva a buscar una manera estable y

predecible de relacionarnos con ella. De este proceso surgen nuestras ocurrencias, que no son más que obras de nuestra imaginación. Moldeamos la realidad, que se nos presenta como un conjunto de necesidades básicas, con el propósito de actuar de manera efectiva en ella a la luz de cierta imagen del mundo que proyectamos en ella (*vid.* Ortega y Gasset 2015). La efectividad de estas ocurrencias las convierte en nuestras creencias profundas, que construyen un mundo interior que opera como una representación de la realidad que habitamos.

Ortega y Gasset (2019, 31) califica a nuestras creencias profundas como «infraintelectuales». No hace un uso peyorativo de este término, sino que más bien le interesa marcar el contraste entre estas dos dimensiones de lo humano. La realidad, formada por nuestras creencias profundas, es una «contravoluntad», es aquello con lo que contamos queramos o no (2019, 33). Nos encontramos en ellas inseparablemente, mientras que con las ocurrencias hay una distancia entre lo real e imaginario (2019, 33).

Una consecuencia importante de esta distinción que formula Ortega y Gasset es el problema del acceso a nuestras creencias profundas. Este problema se configura sobre la base de dos rasgos de éstas presentan: son heredables y tomamos conciencia de ellas solo frente a la duda.

Por una parte, nuestras creencias profundas las heredamos de nuestros antepasados (Ortega y Gasset 2019, 49) y, en ese sentido, articulan nuestro modo de vida a la luz de sus experiencias. Esta red de creencias profundas las recibimos y configuran nuestro entorno social en términos tales que es lugar desde el cual nos situamos como individuos y proyectamos nuestros planes de vida.⁵⁰

Por otra parte, tomamos conciencia de nuestras creencias profundas solo frente a la duda. Contamos con ellas sin prestarles mucha atención hasta que la realidad se nos presenta de un modo inusual y nos causa una sorpresa (Ortega y Gasset 2019, 28-29). Y a la sorpresa le sigue la duda. Explica Ortega y Gasset (2019, 37-41) que la duda rescata la ocurrencia desde nuestras creencias profundas debido a una insatisfacción del agente respecto de su eficacia para ordenar la realidad. En este sentido, la duda es un «vacío o hueco de la creencia [profunda]» (2019, 46). Explica este autor [40-41]

Los huecos de nuestras creencias [profundas] son, pues, el lugar vital donde insertan su intervención las ideas. En ellas se trata siempre de sustituir el mundo inestable, ambiguo, de la duda, por un mundo en que la ambigüedad desaparece. ¿Cómo se logra esto? Fantaseando, inventando mundos. La idea es imaginación. Al hombre no le es dado ningún mundo ya determinado. Sólo le son dadas las penalidades y las alegrías de la vida. Orientado por ellas, tiene que inventar el mundo. La mayor porción de él la ha heredado de sus mayores y actúa en su vida como sistema de creencias [profundas] firmes. Pero cada cual tiene que habérselas por su cuenta con todo lo dudoso, con todo lo que es cuestión.

El carácter heredable y revisable solo frente a la duda de nuestras creencias profundas conduce a una pluralidad de aproximaciones a los asuntos públicos que podemos

⁵⁰ Esto último ha sido destacado por Taylor (1989, 27, 31) bajo el término «marco u horizonte moral», el cual es constitutivo de la agencia humana, en términos tales que quien carezca de alguno sufre de una crisis de identidad, no podría saber dónde se ubica respecto de asuntos fundamentales, carecería de orientación y no podría encontrar respuestas por sí misma.

llamar primaria porque en su formación intervienen factores que se vinculan a la experiencia de determinados grupos sociales. Muchas creencias profundas no las compartimos con la totalidad de nuestra comunidad política. Siguiendo la terminología de Orellana Benado (2011, 59-62), es posible señalar que algunas de estas creencias profundas configuran lo humano y otras configuran diversas identidades.

Pero debido al problema de acceso, en la esfera pública solo podemos formular ocurrencias. No nos son completamente transparente aquellas creencias profundas que determinan nuestra perspectiva frente a los asuntos públicos, pero, a pesar de ello, nos desenvolvemos con mediana efectividad en nuestra vida diaria. Es posible participar en los asuntos humanos sin un examen exhaustivo de la compleja red de nuestras creencias profundas (*vid.* Moore 1983, 60).

De allí que el hecho del pluralismo que produce y acepta la cultura pública de la democracia (Rawls 1993, 36) consiste, fundamentalmente, en un problema epistémico que solo emerge al discutir con otros y solo en la medida en que en dicho encuentro surja una duda relevante (*vid.* Peter 2013; Atria 2016, 343-44). En otros términos, los desacuerdos políticos solo motivaran la deliberación en la medida en que exista algo que resolver en conjunto. Si de lo que se trata es un mero desacuerdo, un error, no hay nada que deliberar. El error no es un asunto político y por esta razón a su tratamiento corresponde el método de la autoridad (epistémica).⁵¹

2.2.2 Las razones públicas como lenguaje de la política

El método de la autoridad epistémica es idóneo para asuntos en los cuales una de las partes se encuentra en un error. En estos casos el desacuerdo se disuelve en favor de la creencia de quien se encuentre en una posición epistémica superior. Nótese que este método no depende de la voluntad de quien se encuentra en dicha posición de superioridad (no es autoridad normativa, sino que epistémica). La ventaja epistémica se traduce en un mejor acceso a la verdad que es la que determina el contenido de la creencia. Asimismo, este método admite ser utilizado para responder preguntas formales, empíricas e incluso humanas, si se acepta algún mínimo de objetivismo moral (la terminología la tomo de Orellana Benado 2011, 30-32). En estos términos, la verdad es independiente de nuestras creencias.

Esto hace que la relación entre la verdad y la política sea compleja. Arendt (2017, 39-40) caracteriza a la verdad, cuando se presenta en la política, como molesta y de una tozudez irritante que «exige perentoriamente ser reconocida y excluye el debate». De allí el potencial conflicto de la verdad con la política, donde el método de la deliberación de su esencia.

Esta relación de la verdad con la política se da en dos sentidos. Bajo el primero de ellos, las verdades pueden ser «politizadas», es decir, admiten ser ingresadas a la

⁵¹ Pero la negación de lo público es una acción política. Nuestros desacuerdos emergen frente a dos cuestiones que componen lo público: qué asuntos serán objeto de deliberación y el contenido de la decisión. La perplejidad frente a nuestros desacuerdos políticos presiona hacia su despolitización, es decir, negar su carácter controvertido apelando a un lugar seguro desde el cual sea posible afirmar que las cosas no podrían ser de otro modo (método de la autoridad). Este es el papel, por ejemplo, que desempeñan las ideas platónicas. Actualmente, el legalicismo (*vid.* 1.1.1).

esfera pública, pero al hacerlo adoptan la forma de una opinión y queda expuesta a «la hostilidad de los opinantes» (Arendt 2017, 44). La verdad, cuya naturaleza es apolítica (Arendt 2017, 48; Atria 2016, 361-62), queda expuesta en la esfera pública como una opinión más y a ser puesta en duda, desorientando a quienes piensan que la autoridad epistémica tiene la aptitud de disolver nuestros desacuerdos políticos. Pero también es posible el proceso en dirección contraria. Algunas opiniones políticas pueden ser tratadas como verdad, al ser excluidas del debate político por medio de su juridificación (Atria 2016, 387-88; Arendt 2017, 49-51).

En el segundo sentido, las verdades operan como una especie de control al ejercicio del poder. Explica Arendt (2017, 37-38) que la verdad tiene una naturaleza coactiva, la persuasión o disuasión respecto de ellas es inútil. La aptitud para controlar el poder proviene precisamente de este rasgo: no está sujeto a la voluntad de las autoridades. Este control será interno a la política, cuando un asunto es despolitizado por medio del derecho. Esto ocurre, por ejemplo, con los derechos fundamentales, los cuales se encuentran fuera de la deliberación pública y, por ello, la hacen posible (*vid.* 2.2.3). Y también puede funcionar como un control externo, como ocurre con las ciencias formales y empíricas que dibujan parte del contexto en el cual se delibera.

El método de la deliberación, al contrario, consiste en un esfuerzo compartido por identificar razones para la acción política. La estrategia consiste en construir una base común sobre la cual decidir a partir de distintos puntos de la realidad social. En este orden de ideas, es posible afirmar que lo que somos como comunidad política es el resultado de un conjunto de decisiones adoptadas en un espacio de reconocimiento recíproco que definen esa realidad donde se desenvuelven nuestras interacciones con otras personas. Bajo esta comprensión de lo público, nuestra realidad política se encuentra dibujada por el resultado de la deliberación entre iguales. Como señala Arendt (2015) «[s]olamente en la libertad de nuestro hablar los unos con los otros emerge el mundo, como eso sobre lo cual hablamos, en su objetividad y visibilidad desde todos los ángulos».

Que la deliberación sea el método adecuado para la política no significa que toda opinión tenga el mismo peso. La relevancia de discriminar entre aquellas razones que son aptas para motivar la acción política y aquellas que no lo son radica en que solo es posible imputar una decisión a una comunidad política en aquellos casos en que ésta responda a razones que, en algún sentido, son compartidas. El problema político, el tránsito desde la primera persona singular a la primera persona plural depende, entonces, de la posibilidad de disponer de este tipo de razones.

En la democracia liberal constitucional, explica Rawls (1993, 174-76, 223-27), esto exige que, en la esfera pública, dejemos a un lado nuestras creencias profundas (que llamó doctrinas comprensivas) y elaboremos unas nuevas, estrictamente políticas. La construcción de lo público, para este autor, queda orientada conforme a lo que llamó «razón pública». Se trata de orientar la discusión pública, y especificar los principios de justicia, por medio de pautas que guíen la indagación acerca de nuestras preguntas políticas (Rawls 1993, 223-24). De allí que este tipo de razones emerjan como un lenguaje común para discutir asuntos públicos (Button 2005, 262). La idea la resume Button (2005, 262) en los siguientes términos

the idea of public reason claims to provide a moral standard of reciprocity and mutual respect that instructs citizens of a pluralistic democracy to eschew those forms of reasoning and modes of argument that they cannot reasonably expect others to endorse or assent to; or, in accordance with

Rawls's proviso, one should always be ready and capable of supplementing those claims or «grounding reasons» with nontheistic, nonsectarian public reasons. This is how contemporary liberalism understands what respect for persons requires.

la idea de la razón pública pretende proporcionar una estándar moral de reciprocidad y respeto mutuo que instruye a la ciudadanía de una democracia pluralista a evitar aquellas formas de razonamiento y modos de argumentación que no pueden esperar razonablemente que los demás respalden o asientan; o, de acuerdo con la salvedad de Rawls, uno debe estar siempre preparado y ser capaz de complementar esas afirmaciones o «razones fundamentales» con razones públicas no teístas y no sectarias. Así es como el liberalismo contemporáneo entiende lo que exige el respeto a las personas.

Parte importante de la idea de razón pública descansa en la distinción entre una persona racional y una persona razonable (Rawls 1993, 48-54).⁵² Para Rawls una persona racional elabora y ejecuta sus planes de vida consistentemente a la luz de una noción de lo bueno (Rawls 1971, cap. VII; *cf.* Aguayo Westwood 2018, 55-69), y consigue articular eficientemente los medios necesarios para alcanzar los fines que se propone, pero carece de la sensibilidad moral que subyace al deseo de comprometerse a una cooperación justa que sí tiene una persona razonable (1993, 51).

Creo posible aislar, Rawls, dos dimensiones en la comprensión de una persona razonable en política: una negativa, que tiene una función legitimatoria del ejercicio de autoridad política, y otra positiva, que configura una actitud hacia los demás.

En un sentido negativo, para Rawls lo razonable implica que existen razones de justicia que nos constriñen en la esfera pública en términos tales que no es legítimo apelar a nuestros fines particulares o deseos (Freeman 2002a, 311). En este sentido, la apelación al interés privado pierde en ella fuerza legitimatoria (Atria 2014, 235). Pero aquello con lo que se compromete una persona razonable es más profundo: consiste en una renuncia a discutir lo público desde su doctrina comprensiva y reemplazarla por la idea de lo políticamente razonable (Rawls 1997, 766). Comentando esta noción de razonable, Dreben (2002, 324) señala

What Rawls is saying is that, if you wish to have a coherent conception of constitutional liberal democracy, then on the most basic political questions concerning that society the notion of truth or the notion of right cannot be the governing notion. It must be replaced by a notion of reasonableness, where reasonableness does not entail truth or right.

Lo que Rawls está diciendo es que, si se desea tener una concepción coherente de la democracia liberal constitucional, entonces, en las cuestiones políticas más básicas que conciernen a esa sociedad, la noción de verdad o la noción de lo correcto no puede ser la noción rectora. Deben ser reemplazadas por una noción de razonabilidad, donde la razonabilidad no implica la verdad o lo correcto.

⁵² Como señala Freeman (2002b, 31) el método que utiliza Rawls para dilucidar el significado de «razonable» no consiste en identificar un listado de condiciones necesarias y suficientes porque de este modo no es posible capturar la riqueza de este concepto. En lugar de ello, la estrategia de Rawls es revelar su significado a partir de su uso, el cual podemos clarificar y explicar por medio de otros conceptos y principios. En estos términos, aquello que ocupó a Rawls fue el concepto político de razonabilidad y su dilucidación la realiza identificando rasgos primarios de la idea de persona razonable, entendida como aquella que al estar sujeta a las cargas del juicio (*burdens of judgement*) reconoce y acepta que otras personas inevitablemente afirmarán doctrinas comprensivas diferentes a la de ella.

La función de la razón pública, por tanto, es servir de estándar para filtrar aquellas razones o argumentos que no sean aptas justificar el ejercicio de autoridad política. Para el liberalismo político no basta que nuestras razones motiven nuestra acción política, es preciso que la justifiquen. Como explica Enoch (2015, 115) al caracterizar esta corriente en la filosofía política, la tesis general es la siguiente

They are all committed to some kind of accessibility requirement as a necessary condition for legitimacy: the thought that for a state (for instance) to be legitimate, its authority must be justifiable to each of those subject to it. And —and this will be important in what follows— they all share the underlying motivation of reconciling liberty and equality with authority.

Todos están comprometidos con algún tipo de requisito de accesibilidad como condición necesaria para la legitimidad: la idea de que para que un Estado (por ejemplo) sea legítimo, su autoridad debe ser justificable para cada uno de los que están sujetos a él. Y -y esto será importante en lo que sigue- todos comparten la motivación subyacente de conciliar la libertad y la igualdad con la autoridad.

La necesidad de un rol justificativo de las razones que motivan nuestra acción política arranca desde lo que se conoce como la paradoja de la autonomía, que se compone de una contradicción y un problema de eficacia (Bagnoli 2017, 362-63). Parte importante de la noción de autonomía es la inmunidad frente estímulos o influencias externas al agente. De ello se sigue que el deber del agente es identificado como el resultado del ejercicio de su voluntad. Pero ocurre que, si todo deber depende de la voluntad del agente, entonces la vigencia del deber se vuelve inestable: éste bien puede ejercer su voluntad en sentido contrario (el problema de eficacia). Y si, para su estabilización, el deber tiene su origen en una fuente externa, se niega la autonomía (el problema de la contradicción).

Esta paradoja se radicalizaría en sociedades plurales, donde el temor es que la construcción de la voluntad general sea un mero eufemismo para el autoritarismo (paradoja de la libertad positiva). De allí que la función justificativa de la razón pública que defiende el liberalismo político sea un intento por reconciliar el ejercicio de autoridad con la libertad y la igualdad como condición necesaria para el ejercicio legítimo de autoridad política. Para Enoch (2015), esta reconciliación no es posible.

En primer lugar, este autor afirma que la doctrina de la razón pública requiere de cierta idealización para hacer plausible su tesis general porque, de lo contrario, no puede ser acomodada en nuestras sociedades contemporáneas, caracterizadas sobre la base del hecho del pluralismo. Y esta idealización se realiza de dos maneras: restringiendo el ámbito de la razón pública entre quienes tienen ciertas características (las personas razonables) o imaginando escenarios hipotéticos que sirvan de artefactos para el pensamiento filosófico.

Enoch (2015) pone en duda la legitimidad de esta idealización. Como apoyo a su argumento, explica que, en términos filosóficos, una idealización es útil cuando tiene alguna conexión con aquello que es idealizado en términos tales que, por medio de ella, se logra satisfacer la motivación subyacente que nos llevó a prestarle atención en primer lugar. Una idealización no sería legítima, por lo tanto, si se realiza con el propósito de eludir los contraejemplos que nos ofrece la situación real a partir de la cual teorizamos. Para Enoch este sería el caso de la doctrina de la razón pública, lo que se evidenciaría a partir de la caracterización estipulativa de «persona razonable» sobre la base de la cual es articulada, estipulación que se alejaría del significado

corriente del término y que restringe convenientemente el ámbito de lo público. Dice Enoch (2015, 121)

it's really important to keep in mind —when discussing the status of the unreasonable— that we're not talking about just the Nazis and the murderous psychopaths. For any public-reason theorist, the ones excluded as unreasonable —that is, the ones justification to whom is not necessary for legitimacy— arguably include also such people as John Stuart Mill, Karl Marx, Joseph Raz, Jean Hampton, pretty much all contemporary epistemologists, probably most of those offering a rival public-reason account, presumably the early Rawls —oh, and me.

es muy importante tener en cuenta -cuando se discute el estatus de lo irrazonable- que no estamos hablando sólo de los nazis y los psicópatas asesinos. Para cualquier teórico de la razón pública los excluidos como irrazonables -es decir, aquellos para los que la justificación no es necesaria para la legitimidad- podría incluir también a personas como John Stuart Mill, Karl Marx, Joseph Raz, Jean Hampton, casi todos los epistemólogos contemporáneos, probablemente la mayoría de los que ofrecen una cuenta rival de la razón pública, presumiblemente el primer Rawls -oh, y yo.

Enoch (2015, 122) observa que esta restricción tiene sentido si se asume que la función de la razón pública es justificativa (reconciliar la autoridad con la libertad y la igualdad), porque de lo contrario el precio que se paga es la anarquía. Pero para ello esta doctrina necesita ofrecer una justificación adicional para la excusión de quienes no sean razonables (en los términos estipulativos que define esta doctrina). Una de ellas, explica, consiste en la apelación a consideraciones de reciprocidad, pero agrega que aún las personas que no orientan su vida social en estos términos siguen siendo libres e iguales y, por tanto, el ejercicio de autoridad sobre ellas también debería estar justificado. En otros términos, no seguir consideraciones de reciprocidad no autorizaría por sí misma la coacción. La otra razón sería metodológica: las personas que no son razonables son irrelevante en la sociedad configurada teóricamente. Pero de ello no se sigue que esa exclusión sea justificada en la configuración no teórica.

A la luz de estas consideraciones, Enoch (2015, 126) concluye que la exclusión que produce la doctrina de la razón pública es *ad hoc*, que solo sirve para eludir contraejemplos pero que éstos deberían motivar a la doctrina de la razón pública a desistir de la idea de justificar, por este medio, el ejercicio de autoridad.

La estrategia que identifica y critica este autor consiste en configurar un escenario hipotético, libre de los constreñimientos de la vida diaria y bajo el cual sería posible justificar el ejercicio de autoridad. Pero en este caso el resultado sería similar (Enoch 2015, 127-28)⁵³

It's not clear how the fact that a justification would have satisfied me had I been in some hypothetical conditions goes any way at all towards reconciling authority and my liberty, given that I am not actually satisfied with the justification offered. True, perhaps I should be so satisfied. But then, presumably there are reasons why I should be satisfied with the justification offered, and then all the work is being done by those reasons directly, not by their availability to me.

No está claro cómo el hecho de que una justificación me hubiera satisfecho si me encontrara en unas condiciones hipotéticas contribuye en absoluto a conciliar la autoridad y mi libertad, dado que en realidad no estoy satisfecho con la justificación ofrecida. Es cierto que tal vez debería estar satisfecho. Pero entonces, presumiblemente hay razones por las que debería estar satisfecho con la

⁵³ Con todo, afirma que en algunas ocasiones no parece extraño asumir un consentimiento hipotético o tácito, como ocurre con una intervención médica de urgencia para alguien que se encuentra inconsciente (aunque deja el asunto para otra oportunidad).

justificación ofrecida, y entonces todo el trabajo lo hacen esas razones directamente, no su disponibilidad para mí.

Además de las dificultades que tendría la doctrina de la razón pública para reconciliar el ejercicio de autoridad con la libertad, Enoch (2015, 130-34) objeta la posibilidad de realizar esta reconciliación con la igualdad. El argumento en favor de la necesidad de esta reconciliación que ofrece la doctrina de la razón pública es el siguiente: si priorizo mis convicciones profundas en el debate público no doy un trato a quienes participan en la deliberación que satisfaga un estándar de reconocimiento recíproco. Le doy más valor a mis creencias frente a las de los demás. Y aquí observa Enoch (2015, 134) un pseudo-problema porque el argumento se basa en una confusión acerca de las razones que explican una acción. Dice este autor que salvo el caso de creencias indexicales, aquello que justifica una acción es el contenido proposicional de una creencia, no el hecho de que una persona tiene una determinada creencia.

Lo cuestionable, en definitiva, sería la conexión de la razón pública con la legitimidad en el sentido de que sean el modo de justificar el ejercicio de autoridad política. Las razones públicas contribuyen sin duda a mejores nuestras decisiones, pero difícilmente podrían cumplir esta función justificadora. Son otros valores los que cumplirían esa función en términos *pro-tanto* (Enoch 2015, 138).⁵⁴

Si se acepta el argumento de Enoch (2015), y se rechaza la idea de que la razón pública pueda cumplir una función legitimadora, surge la siguiente pregunta ¿Por qué, entonces, la deliberación consiste en intercambiar razones en favor de una determinada acción política? Creo que la respuesta a ello pasa por analizar lo que he llamado el sentido positivo de lo razonable en política.

Rawls (1993, 50), en una de las caracterizaciones que formula de una persona razonable, vincula la cooperación social justa con una noción de reciprocidad en los siguientes términos

Reasonable persons, we say, are not moved by the general good as such but desire for its own sake a social world in which they, as free and equal, can cooperate with others on terms all can accept. They insist that reciprocity should hold within that world so that each benefits along with others.

Las personas razonables, decimos, no se mueven por el bien general como tal, sino que desean por su propio bien un mundo social en el que ellos, como libres e iguales, puedan cooperar con los demás en términos que todos puedan aceptar. Insisten en que la reciprocidad debe mantenerse dentro de ese mundo para que cada uno se beneficie junto con los demás.

Esta dimensión positiva aparece más claramente en la introducción a la edición *paperback* de *Political liberalism* donde Rawls (1993, li) explica

⁵⁴ Martí (2017, 730-35) afirma que la filosofía política se organiza sobre la base de dos conceptos normativos que conviene diferenciar: justicia y legitimidad. Conforme a esta distinción la justicia se refiere al contenido de la decisión, mientras que la legitimidad presta atención a aspectos organizacionales y procedimentales. La distinción es importante porque la legitimidad así entendida, al ser algo diferente de lo sustantivo, permite aceptar el dinamismo de la política y la posibilidad de cometer errores, adecuando con ello los desacuerdos políticos en nuestra vida cotidiana. La discusión de Enoch (2015) que aquí esbozo dice relación, en la terminología de Martí, con la justicia (razones sustantivas para aceptarla).

To make more explicit the role of the criterion of reciprocity as expressed in public reason, I note that its role is to specify the nature of the political relation in a constitutional democratic regime as one of civic friendship.

Para hacer más explícito el papel del criterio de reciprocidad tal y como se expresa en la razón pública, hago presente que su papel es el de especificar la naturaleza de la relación política en un régimen democrático constitucional como de amistad cívica.

Creo posible vincular la reciprocidad a la que se refiere Rawls con lo que Arendt (2017, 40-41) llama «pensamiento representativo» para referirse al modo en que me represento a otras personas durante el proceso de formación de una opinión. Para esta autora, la validez de mis conclusiones (mi opinión política) es dependiente del número de puntos de vista que tenga presente. Ello da fuerza a mi pensamiento representativo y le otorga una imparcialidad de la cual depende la calidad de mi opinión, la que proviene precisamente de la incorporación en mi pensamiento de otros puntos de vista.

Mientras en un sentido negativo de lo razonable las consideraciones de reciprocidad servían para excluir la extensión de este término para caracterizar la composición de una comunidad política, en un sentido positivo éstas determinan una actitud hacia los demás que ofrece una salida a la paradoja de la autonomía porque permite comprender de mejor manera la naturaleza del razonamiento práctico. Como explica Bagnoli (2017, 363), la paradoja de la autonomía se basa en un error en la comprensión del pensamiento reflexivo en la obra de Kant. Señala que la clave interpretativa para comprender correctamente a Kant se encuentra en el uso que hace el filósofo de un lenguaje forense, donde la analogía con los alegatos frente a una corte funciona como un artefacto explicativo (*explanatory device*) para mostrar cómo la razón obtiene una autoridad irrestricta sobre seres racionales en la vida real (2017, 364). Esta analogía demuestra que Kant articula una reflexividad dialógica que requiere del agente asumir la perspectiva de un otro (Bagnoli 2017, 364-65). En definitiva, esta es la base del pensamiento representativo de Arendt, quien por lo demás cita expresamente a Kant (Arendt 2017, 40-41). Al respecto, dice Button (2005, 274)

What is important for Arendt is that this idea of making things common between plural selves, and forming bonds of civic friendship in turn, requires a space of critical publicity in which one's "truths" can be disclosed and engaged by others.

Lo importante para Arendt es que esta idea de hacer cosas comunes entre seres plurales, y de formar a su vez lazos de amistad cívica, requiere un espacio de publicidad crítica en el que las propias «verdades» puedan ser reveladas y comprometidas por otros.

La relevancia del pensamiento representativo como rasgo de la razonabilidad se aprecia mejor si se tiene a la vista cómo queda configurado lo público en ausencia de esta comprensión dialógica de la razón práctica. Para Arendt (1979, 474-79), esta es una de las circunstancias del totalitarismo. La autora se pregunta por el tipo de convivencia social que consigue permear una forma de gobierno cuya esencia es el terror y cuyo principio de acción es lo que denominó «logicidad del pensamiento ideológico», que ofrece explicaciones comprensivas de la totalidad del mundo a partir de enunciados que se derivan de premisas básicas con cierta pretensión de cientificidad (*vid.* 1979, 468-74). Elabora su explicación sobre la base de distinguir entre el aislamiento (*isolation*) y la soledad (*loneliness*). El aislamiento, explica, consiste en un retraimiento de la vida política, como ocurre, por ejemplo, con un estudiante de doctorado que se dedica intensamente a la redacción de su tesis. La soledad, por su parte, afecta la vida humana en su conjunto y consiste en la

experiencia de no pertenencia, de desarraigo debido a una ausencia de reconocimiento (1979, 475-76). Y agrega

Even the experience of the materially and sensually given world depends upon my being in contact with other men, upon our *common* sense which regulates and controls all other senses and without which each of us would be enclosed in his own particularity of sense data which in themselves are unreliable and treacherous.

Incluso la experiencia del mundo material y sensorialmente dado depende de mi contacto con otros hombres, de nuestro sentido *común* que regula y controla todos los demás sentidos y sin el cual cada uno de nosotros estaría encerrado en su propia particularidad de datos sensoriales que en sí mismos son poco fiables y traicioneros

Aclara enseguida que la soledad (*loneliness*) no es lo mismo que la vida solitaria (*solitude*). El contraste entre ambas permite capturar la relevancia política de la primera. Explica Arendt que mientras en la vida solitaria un individuo se encuentra acompañado por sí mismo gracias a la capacidad humana de establecer un dialogo interior (1979, 476), pero en el caso de la soledad éste se pierde (1979, 477)

What makes loneliness so unbearable is the loss of one's own self which can be realized in solitude, but confirmed in its identity only by the trusting and trustworthy company of my equals. In this situation, man loses trust in himself as the partner of his thoughts and that elementary confidence in the world which is necessary to make experiences at all. Self and world, capacity for thought and experience are lost at the same time.

Lo que hace que la soledad sea tan insoportable es la pérdida del propio yo que puede realizarse en la vida solitaria, pero que sólo se confirma en su identidad por la compañía confiada y fiable de mis iguales. En esta situación, el hombre pierde la confianza en sí mismo como compañero de sus pensamientos y esa confianza elemental en el mundo que es necesaria para hacer posible tener experiencias. El yo y el mundo, la capacidad de pensar y de experimentar se pierden al mismo tiempo.

En la soledad, agrega Arendt (1979, 477), solo sobrevive el más elemental raciocinio lógico a partir de premisas autoevidentes que solo conducen a muy malas conclusiones. Con ello, es posible agregar, el individuo se radicaliza al punto de que la narrativa que recibe, elaborada sobre la base de este rudimentario modelo de pensamiento, se vuelve su identidad y su forma de relacionarse con el mundo de una manera apolítica; o, lo que es lo mismo, la negación del otro.

En un sentido positivo, entonces, lo razonable caracteriza a quienes componen una comunidad política bajo la forma de una democracia constitucional liberal. Explica O'Neill (2002, 362) que «Rawls, cuando escribió el *Liberalismo Político*, identificó lo razonable con la razón pública de los ciudadanos *vinculados entre sí* en una sociedad democrática determinada» (énfasis añadido). En estos términos, una persona razonable adopta una actitud cooperativa frente al hecho de los desacuerdos políticos como resultado del problema epistémico que, vale la pena reiterar, consiste en determinar la actitud que debemos adoptar frente al hecho del desacuerdo con mis pares. Como señala Atria (2016, 344)

lo político empieza cuando ante el hecho del desacuerdo los miembros de una comunidad están dispuestos a ver sus creencias desde la perspectiva de la tercera persona, simplemente como creencias que pueden o no ser correctas.

De allí la conexión entre deliberación y democracia, porque sólo en un régimen democrático la construcción de una comunidad política sobre la base de una comunicación significativa entre iguales es posible (Bächtiger et al. 2018, 2). Es este

énfasis en la comunicación lo que descarta una comprensión meramente agregativa de la democracia, donde sería suficiente, para manejar nuestros desacuerdos, el voto (*vid.* Gutmann y Thompson 2004, 13-21). La voluntad general solo puede construirse a partir de la diversidad sobre la base de una comunicación significativa entre agentes que se reconocen recíprocamente como pares. En este sentido, la racionalidad del método de la deliberación se corresponde con aquella que Weber denominó racionalidad axiológica (*Wertrationalität*).

Weber (2019, 101-3), identificó cuatro factores determinantes de la acción social significativa, los cuales, como explica Bonazzi (2014, 178-79), nos permiten entender cómo funcionan las organizaciones y cómo se relacionan las personas con ellas. En el primer capítulo de *Economía y sociedad*, dedicado a los conceptos sociológicos básicos, explica Weber que la acción social puede estar determinada por una racionalidad axiológica, una racionalidad teleológica, por los afectos y por la tradición.

La tradición se ubica en los límites de aquello que podemos llamar acción social significativa y consiste en un «hábito arraigado»; patrones de conducta que seguimos sencillamente por costumbre, porque los hemos asimilado y nos resultan familiares. Algo similar ocurre, explica este autor, con los afectos, donde la acción es habitualmente una reacción y su sentido explica Bonazzi (2014, 177), reside en «en satisfacción de una necesidad en sí misma, ya sea la expresión de la ira, la venganza o la alegría».

La racionalidad teleológica (*Zweckrationalität*) explica la acción a la luz de sus propósitos, medios, y las consecuencias asociadas al acto (Weber 2019, 102-3). En ella cumplen un rol fundamental las expectativas que tenemos respecto del comportamiento de objetos y la conducta de las personas, las cuales son un insumo para el cálculo de las posibilidades de éxito del plan que el individuo define (Weber 2019, 101).

La racionalidad axiológica (*Wertrationalität*), por último, explica una acción sobre la base del valor que expresa y que constriñe así el actuar del agente. Explica Weber (2019, 102)

Whoever acts in a purely value rational manner acts without regard to the foreseeable consequences of action in the service of convictions, following the apparent bidding of duty, honour, beauty, religious pronouncement, piety, or the importance of a «cause» of whatever kind. Value rational action is in our sense always action made at the “bidding” of “demands” that the actor believes to be imposed on him or herself. We will talk here of value rationality only to the extent that human action is oriented to such demands—something that occurs in greatly varying degrees, and mostly only in a very small number of cases.

Quien actúa de manera puramente axiológica lo hace sin tener en cuenta las consecuencias previsibles de la acción al servicio de las convicciones, siguiendo el aparente mandato del deber, del honor, de la belleza, del pronunciamiento religioso, de la piedad o de la importancia de una «causa» de cualquier tipo. La acción axiológicamente racional es, en nuestro sentido, siempre una acción realizada por «mandato» de las «exigencias» que el actor cree que se le imponen. Hablaremos aquí de racionalidad axiológica sólo en la medida en que la acción humana esté orientada a tales exigencias, algo que ocurre en grados muy variables y, en la mayoría de los casos, sólo en un número muy reducido de casos.

Haciendo uso de esta tipología de Weber, es posible darle una lectura a la deliberación en términos de una racionalidad axiológica. En este sentido, la

deliberación sobre la base de razones públicas que son articuladas por medio de un pensamiento representativo no son solo un insumo para una decisión: es la manera en como nos comportamos en una sociedad democrática. Es por ello por lo que, al margen de la dimensión discursiva, la deliberación tiene una dimensión más profunda. Es el medio por el cual ejercemos el reconocimiento recíproco indispensable para constituir una comunidad política que responda a una organización democrática. Su función fundamental es la de constituir una comunidad política determinada. Las razones públicas, en el sentido arendtiano del pensamiento representativo, es el lenguaje por medio del cual se construye una comunidad política.

Es importante tener presente que, como explica Bonazzi (2014, 177-78), los tipos de acción que distingue Weber no son mutuamente excluyentes. La deliberación también exhibe una racionalidad teleológica, en el sentido de que intenta alcanzar la mejor decisión posible (*vid.* Estlund y Landmore 2018). Y sin duda elementos de la tradición (cómo se inicia formalmente, cómo visten y se hablan entre sí quienes intercambian opiniones) junto a los afectos son importantes.

Lo relevante de esta caracterización de la deliberación democrática es que permite diferenciarla de otras actividades que hacemos con otras personas donde predomina una racionalidad más bien instrumental. Predomina este tipo de racionalidad, por ejemplo, en la negociación y la investigación. Éstas no precisan del pensamiento representativo arendtiano, sino que solo basta una representación en términos meramente instrumentales que permita determinar en qué sentido me resulta provechoso un intercambio (obtener una ganancia o acceder a un mejor entendimiento del mundo). Si bien es cierto que mientras más personas participen más probabilidades tendré de obtener alguna ganancia o responder a una pregunta empírica, no hace falta considerar todos los puntos de vistas de quienes participen porque, su participación, es juzgada en atención a su contribución a alcanzar el fin propuesto (ganancia o conocimiento).

2.2.3 La constitución política como núcleo fundamental

En la subsección anterior presenté un argumento a favor de una comprensión arendtiana de las razones públicas que, por un lado, identifica un espacio compartido que hace posible la deliberación y, por otro, no requiere dejar a un lado mis convicciones profundas porque es a partir de lo que cada uno es que construimos lo que somos. El lenguaje de la política así configurada es plural. ¿Es posible la comunicación en estos términos?

Esta es la función de una constitución política. Si bien es correcto que en un sentido las normas constitucionales organizan y limitan al poder político, si se tiene a la vista que toda fuente de normatividad en el derecho moderno proviene de quienes integran una comunidad política, el sentido profundo de estas normas es configurar un espacio público mínimo a partir del cual se articule la vida política ordinaria por medio del método de la deliberación.

Bajo esta comprensión de lo público, nuestra realidad política se encuentra dibujada por el resultado de la deliberación entre iguales. Como señala Arendt (2015) «[s]olamente en la libertad de nuestro hablar los unos con los otros emerge el mundo,

como eso sobre lo cual hablamos, en su objetividad y visibilidad desde todos los ángulos».

De allí la conexión entre deliberación y democracia, porque sólo en un régimen democrático la construcción de una comunidad política sobre la base de una comunicación significativa entre iguales es posible (Bächtiger et al. 2018, 2). Es este énfasis en la comunicación lo que descarta una comprensión meramente agregativa de la democracia, donde sería suficiente, para manejar nuestros desacuerdos, el voto (*vid.* Gutmann y Thompson 2004, 13-21). La voluntad general solo puede construirse a partir de la diversidad sobre la base de una comunicación significativa entre agentes que se reconocen recíprocamente como pares.

Que sea posible imputar una decisión adoptada en estos términos a una comunidad política en la cual participo depende, explica Atria (2016, 386-87) de un aspecto formal y otro sustantivo

en cuanto a su forma, la decisión se presenta como el resultado de un procedimiento en el cual yo participé, ya directamente ya por representantes. Pero más interesantemente ahora, en un sentido sustantivo, la decisión es mía porque reclama ser transparente respecto de las razones que la justifican [...] es la decisión que se justifica por referencia a razones que son comunes a todos.

Parte importante de la posibilidad de construir una comunidad política, entonces, se encuentra en la sensibilidad que tengamos frente a las razones para la acción política que presenten otros. Es en este sentido que las razones son el lenguaje de la política.

Recordemos que la estrategia de la doctrina de la razón pública consiste en construir una «lengua perfecta»: la razón pública hace opaca la identidad con el propósito de que ésta no impida la comunicación necesaria para la cooperación social justa. Esto es algo que se encuentra presente ya en Hobbes, donde la solución al problema político que ofreció consiste en tomar distancia de nuestros intereses por medio de la constitución de ente ficticio que quede a cargo de lo público. De lo que se trata, entonces, es de identificar una alternativa que no haga necesario este sacrificio hacia la identidad.

Al presentar el problema político en términos comunicativos, se abren algunas opciones interesantes. Si la deliberación es comunicación significativa, parte importante de esta comprensión de lo público descansa en una teoría del significado. Si nuestras sociedades son plurales, un buen punto de partida es la siguiente observación de Davidson (1984b, 125)

Kurt utters the words 'Es regnet' and under the right conditions we know that he has said that it is raining. Having identified his utterance as intentional and linguistic, we are able to go on to interpret his words: we can say what his words, on that occasion, meant. *What could we know that would enable us to do this? How could we come to know it?* (énfasis añadido)

Kurt pronuncia las palabras «Es regnet» y, en las condiciones adecuadas, sabemos que ha dicho que está lloviendo. Una vez identificada su emisión como intencional y lingüística, podemos pasar a interpretar sus palabras: podemos decir lo que sus palabras, en esa ocasión, significaban. *¿Qué podemos saber que nos permita hacer esto? ¿Cómo podemos saberlo?*

Para responder a esta pregunta, Davidson plantea en su ensayo *Radical interpretation* (Davidson 1984b) una situación donde no conocemos la lengua del hablante y que nos puede servir para analizar el problema político aquí planteado porque ofrece un modelo de comunicación entre personas que no hablan la misma lengua, lo que

analógicamente puede ser asumido como lo que caracteriza una sociedad plural. En una situación cómo esta, lo único que tiene a su disposición el intérprete son datos acerca de la conducta del hablante bajo circunstancias observables. El desafío, explica este autor (1984b, 128), es ofrecer una teoría de la interpretación sobre la base de evidencia preinterpretativa

the evidence must be of a sort that would be available to someone who does not already know how to interpret utterances the theory is designed to cover: it must be evidence that can be stated without essential use of such linguistic concepts as meaning, interpretation, synonymy, and the like.

las pruebas deben ser tales que estén al alcance de alguien que no sepa interpretar los enunciados a los que se refiere la teoría: deben ser pruebas que puedan ser presentadas sin el uso esencial de conceptos lingüísticos como significado, interpretación, sinonimia y similares.

Podría pensarse que basta con conocer las creencias e intenciones del hablante para darse a entender. Pero Davidson (1984b, 134-35) afirma que existe una interdependencia entre creencia y significado que nos obliga a excluirlas, porque la evidencia disponible para elaborar una teoría acerca de las creencias es la misma que tenemos a nuestra disposición para elaborar la teoría de la interpretación que buscamos. Para dar cuenta de ella se necesita ir más allá.

Como punto de partida, este autor (1984b, 134) observa que la verdad es una propiedad que se asigna (correcta o incorrectamente) a la emisión de un hablante y que es apta para ser conectada con actitudes sencillas de los hablantes. Por esta razón, agrega, es posible elaborar una teoría de la interpretación a partir de una particular creencia que puede detectar el intérprete en forma previa a entender al hablante: la actitud de tener por verdadera una afirmación en un tiempo y circunstancias determinadas (1984b, 135). El método consiste en recopilar la mayor cantidad de datos posibles y sobre la base de éstos formular una interpretación que pueda ofrecer una explicación general. Como señala Davidson (1984b, 136), se trata de obtener la explicación que mejor encaje con estos datos (*getting a best fit*). De este modo, se salva el problema de la interdependencia de creencia y significado

This method is intended to solve the problem of the interdependence of belief and meaning by holding belief constant as far as possible while solving for meaning. This is accomplished by assigning truth conditions to alien sentences that make native speakers right when plausibly possible, according, of course, to our own view of what is right. What justifies the procedure is *the fact that disagreement and agreement alike are intelligible only against a background of massive agreement.*

Este método pretende resolver el problema de la interdependencia de la creencia y el significado manteniendo la creencia constante en la medida de lo posible mientras se resuelve el significado. Esto se consigue asignando condiciones de verdad a las oraciones ajenas que hacen que los hablantes nativos tengan razón cuando sea plausible, de acuerdo, por supuesto, con nuestra propia visión de lo que es correcto. Lo que justifica el procedimiento es *el hecho de que tanto el desacuerdo como el acuerdo son inteligibles sólo en un contexto de acuerdo masivo.*

Este método supone, por tanto, que hablante e intérprete tengan algo en común a pesar de no hablar la misma lengua. Para optimizar nuestro entendimiento recíproco es preciso atribuir a la conducta y emisiones del hablante un conjunto de creencias ampliamente consistente y verdaderas bajo nuestros estándares, porque de lo contrario no tendríamos razón alguna para tratarle como un ser racional que tiene creencias o que puede decir algo (Davidson 1984b, 137).

Para los propósitos de esta investigación, es suficiente tomar dos elementos de Davidson. El primero es el así llamado «principio de caridad», según el cual debemos

atribuir al hablante un conjunto de creencias que exhiben cierta racionalidad (*vid.* Glüer 2011, 112-52). El segundo, que sin un trasfondo de acuerdo básico la comunicación simplemente no es posible. Estas dos ideas pueden ser llevadas al problema político según explico a continuación.

El principio de caridad se encuentra en la comprensión de la deliberación que he ofrecido sobre la base de la racionalidad axiológica de Weber. Conforme al principio de caridad, para que la comunicación en el debate público sea efectiva es preciso prestar atención a la red de creencias bajo las cuales se articula la emisión de una proposición. Más allá de «hacerse entender», lo que exige la comunicación es, en primer lugar, tratar de entender y dar sentido a aquello que el hablante expresa. En general la emisión del hablante exhibe una determinada priorización de ciertos valores ampliamente compartidos que, en atención al orden al cual se le presta atención, dan origen a un desacuerdo. El principio de caridad me indica que es preciso articular la opinión de mis pares en el marco de una red de creencias que ayuden a contextualizarla y mostrarla en su mejor versión, maximizar su racionalidad, más allá de las palabras escogidas o su «gramática superficial».

El trasfondo de acuerdo básico que posibilita la comunicación nos permite, en la vida política ordinaria, comprender nuestros desacuerdos. En 2.1.3 afirmé, siguiendo a Mansbridge et al. (2010), que uno de los roles que pueden cumplir los intereses privados en la configuración de lo público consiste en delimitar los desacuerdos políticos sobre la base del dialogo que se produce bajo el método de la deliberación. En estos términos, sin un entendimiento mutuo mínimo que haga posible identificar y delimitar el desacuerdo la deliberación no sería posible.

El trasfondo de acuerdo que hace inteligible nuestros desacuerdos ha sido presentado por Moreso (2009, ensayos 5, 6 y 7) en su defensa de la democracia constitucional, especialmente frente a la objeción contramayoritaria al control judicial de la ley sobre la base de derechos fundamentales. En una de sus variaciones, esta objeción afirma que dado que las constituciones usualmente contienen declaraciones de derechos por medio de principios cuyos límites no son precisos (*cf.* Atria 2016, 267-300), el mejor lugar para especificarlos es en órganos compuestos por representantes de la ciudadanía que deliberan libremente sobre la base de un reconocimiento recíproco, rasgos de los cuales carece la jurisdicción.

Para Moreso, no hace falta suscribir a un realismo moral radical para caer en cuenta que esta tesis tiene un defecto base. Parafraseando a Frege, señala que «un concepto esencialmente controvertido sin casos claros de aplicación no es un concepto» (2009, 144). Previamente señala (Moreso 2009, 143-44)

[...] la incuestionable naturaleza abierta de los principios no conlleva que, en todos los casos, el proceso de determinación sea controvertido. Ello significaría que los conceptos contenidos en los principios no tienen casos claros de aplicación. Por el contrario, creo que incluso los denominados «conceptos esencialmente controvertidos» disponen de casos de aplicación clara, disponen de paradigmas que ejemplifican su uso (aunque los criterios de uso sean controvertidos). Excelente jugador de fútbol, soneto profundo o pintura metafísica son, seguramente, buenos candidatos a conceptos esencialmente controvertidos y los criterios de uso de estos conceptos son múltiples y disputados. Sin embargo, las concepciones que no atribuyan la cualidad de buen jugador de fútbol a Pelé, o de soneto profundo a alguno de los sonetos de Shakespeare, o de pintura metafísica a alguno de los cuadros de Giorgio de Chirico, pueden ser tildadas de concepciones equivocadas.

Este punto es relevante para comprender la función de la constitución política en la esfera pública bajo la idea de trasfondo de acuerdo que hace inteligible nuestros desacuerdos políticos. Con todo, en la literatura pertinente es posible constatar que este asunto ha sido discutido desde el final: la intervención judicial en la política. En efecto, gran parte del debate dentro del constitucionalismo dice relación con el control judicial de la actividad legislativa sobre la base de aquellas normas que establecen derechos fundamentales (*vid.* Ferreres Comella 2021).

En lo que sigue exploraré esta comprensión de la constitución como trasfondo de acuerdo mínimo a partir de dos puntos teóricos: la secuencia de cuatro etapas del diseño institucional de Rawls (1971, 195-201) y la idea de precompromiso.

Rawls fue claro en afirmar que su teoría de la justicia tenía a la vista un «rasgo permanente de la cultura pública de las democracias modernas» (Rawls 1987, 4): la pluralidad de doctrinas comprensivas del bien («*the fact of reasonable pluralism*» como lo llama en Rawls 2001, 3-4) que se expresa socialmente en profundos desacuerdos entre las personas que ponían en riesgo la cooperación y estabilidad social. Esta circunstancia, para Rawls, exige una concepción política de la justicia, esto es, una que no dependa de ninguna de las doctrinas comprensivas del bien existentes en una sociedad y que además pueda ser aceptada por gran parte de la sociedad. En palabras de este autor (1987, 4)

[...] such a conception must allow for a diversity of general and comprehensive doctrines, and for the plurality of conflicting, and indeed incommensurable, conceptions of the meaning, value and purpose of human life (or what I shall call for short «conceptions of the good») affirmed by the citizens of democratic societies.

[...] tal concepción debe permitir una diversidad de doctrinas generales y comprensivas, y la pluralidad de concepciones conflictivas, e incluso inconmensurables, del significado, el valor y el propósito de la vida humana (o lo que llamaré para abreviar «concepciones del bien») afirmadas por los ciudadanos de las sociedades democráticas.

Así, para Rawls (1985, 226) una de las tareas de la filosofía política es reducir la divergencia de opinión, al menos hasta un punto donde sea posible mantener la cooperación política en base al respeto mutuo. Dice este autor (1985, 228)

The hope is that these ideas and principles can be formulated clearly enough to be combined into a conception of political justice congenial to our most firmly held convictions. We express this by saying that a political conception of justice, to be acceptable, must be in accordance with our considered convictions, at all levels of generality, on due reflection (or in what I have called «reflective equilibrium»).

La esperanza es que estas ideas y principios puedan ser formulados con la suficiente claridad como para ser combinados en una concepción de la justicia política acorde con nuestras más firmes convicciones. Expresamos esto diciendo que una concepción política de la justicia, para ser aceptable, debe estar de acuerdo con nuestras convicciones revisadas, en todos los niveles de generalidad, bajo una debida reflexión (o en lo que he llamado «equilibrio reflexivo»).

De ahí que, para Rawls, según explican Abbey y Spinner-Halev (2013), la justicia y estabilidad se encuentren entrelazadas porque solo en una sociedad justa los ciudadanos tendrán la voluntad de cumplir con la ley. Sin embargo, una concepción de la justicia de este tipo, dada la abstracción que requiere para alcanzar la mayor adhesión posible, no está pensada para evaluar directamente la respuesta que ofrece el sistema social a los problemas que ocasiona la interacción humana, sino que solo puede ofrecer un marco de discusión que permita especialmente descartar aquellos

arreglos institucionales manifiestamente injustos (Rawls 1971, 199). Dice Rawls (2001, 12)

The role of a political conception of justice, however, is not to say exactly how these questions are to be settled, but to set out a framework of thought within which they can be approached.

El papel de una concepción política de la justicia, sin embargo, no es decir exactamente cómo deben resolverse estas cuestiones, sino establecer un marco de pensamiento en el que puedan abordarse.

De allí el método que propone este autor para llegar a los principios de justicia y como se despliegan en una secuencia de cuatro etapas un diseño institucional (Rawls 1971, 195-201). Para formular los principios de justicia, este autor propone su célebre posición original en la cual quienes deliberan se encuentran bajo el velo de la ignorancia: no conocen las particularidades de la sociedad a la cual pertenecen ni tampoco su posición en ella. Una vez determinados los principios de la justicia, la siguiente fase es establecer una constitución, donde se establecen un conjunto de derechos y libertades junto a procedimientos legales de deliberación. La siguiente fase, corresponde al establecimiento de leyes y políticas públicas, y, finalmente, la aplicación de dichas leyes. A medida en que se avanza en la secuencia de las cuatro etapas, quienes deliberan progresivamente van levantando el velo de la ignorancia y tienen a su disposición de más información sobre los asuntos que deben decidir. Asimismo, las decisiones que corresponden a cada etapa tienen preferencia ante las decisiones de las etapas posteriores, en base a lo que se conoce como el orden lexicográfico de los principios de justicia.

El paso a la siguiente etapa asume que se ha alcanzado un grado de compromiso suficiente para seguir avanzando en este proceso de diseño institucional el cuál es más profundo mientras más intenso sea el velo de la ignorancia. De allí que sea posible afirmar que la determinación de los principios de la justicia y una constitución reflejan un trasfondo de acuerdo que hace posible la deliberación en las siguientes etapas (que corresponden a lo que he llamado la vida política ordinaria).

La otra manera de aproximarse a una comprensión de la constitución como un trasfondo de acuerdo consiste en explorar la idea de precompromiso, según la cual en una constitución se excluyen del debate político regular determinados asuntos. Esto significa despolitizarlos por medio del derecho.

En el derecho moderno, las reglas jurídicas son el resultado de un proceso deliberativo y representan una decisión de una comunidad política. En este sentido, el derecho es un subproducto de la política que permite articular nuestra vida en común y nuestros planes de vida. Para que esto sea posible, es preciso que las decisiones adoptadas en la esfera política queden momentáneamente fuera de ella por medio de su juridificación. Como explica Atria (2016, 387)

[...] la deliberación política no admite exclusiones formales. Todo puede ser discutido, porque el hecho de que hayamos adoptado una decisión no tiene, políticamente hablando, fuerza apelativa: lo que importa es que la decisión sea correcta. Pero el hecho de que cada afirmación sea controvertible introduce inestabilidad, y por consiguiente hace necesario un medio que compense esa inestabilidad. Ese medio es el derecho: mientras nuestras decisiones no sean políticamente modificadas, ellas cuentan como lo que nosotros entendemos que es correcto.

La imputación de una decisión a una comunidad política, explica Atria (2016, 386-87), combina un elemento formal que dice relación con mecanismos de

representación política y un elemento sustantivo que dice relación con la justificación de la decisión en tanto se encuentra respaldada por razones que, en un sentido relevante, son comunes. Por cierto, el sentido del derecho, en tanto mecanismo de despolitización, no neutraliza completamente los desacuerdos. Pero en cualquier caso se requiere de aquello que Moreso (2016) llama «los intocables»: reglas cuya identificación no descansa en argumentos morales y cuya función es dotar de cierta estabilidad a un sistema jurídico.

En el constitucionalismo esta función del derecho es tematizada bajo la idea de precompromiso. Sobre la base de una noción de racionalidad proyectiva, un agente en el tiempo t_0 restringe su ámbito de decisión en el tiempo t_1 en términos tales que toda decisión que no respete a aquella adoptada en t_0 será un error (*vid.* Gilbert 2014, 38-39). Como explica Moreso (2009, 139-41) el precompromiso puede ser útil en dos sentidos: como un mecanismo para alcanzar resultados adecuados y como un mecanismo de evitación. En el primer sentido, el agente prevé que en el futuro se encontrará en condiciones desfavorables que amenazan la satisfacción de sus fines presentes, y que proyecta mantener a futuro, de manera que una manera de gestionar el riesgo de un perjuicio a éstos consiste en reducir sus posibilidades de acción. Situada esta idea en el marco de la democracia constitucional, explica Moreso (2009, 140), esto significa que las normas constitucionales, especialmente en materia de derechos, reflejan un amplio acuerdo sobre cuestiones genéricas que, en definitiva, dan sentido a los desacuerdos políticos (así también Atria 2016, 275).

En el segundo sentido, opera como un mecanismo de evitación de los costes asociados a la deliberación junto a un argumento a favor de reglas precisas (*vid.* 1.1.3). La idea es que, para evitar una permanente discusión sobre asuntos indispensables para el funcionamiento de la política ordinaria, se requiere de reglas precisas sobre aspectos organizativos y procedimentales que queden apartadas de la política regular con el propósito de poder prestar atención a asuntos más urgentes y relevantes. Esto no quiere decir que aquello que queda al margen de la política ordinaria no sea relevante. La función que cumple una constitución, en estos términos, es instituir el proceso político. Una constitución representa el acuerdo fundamental que da lugar a la esfera política, la cual queda así artificialmente constituida (Atria 2016, 50). Y la calidad democrática de las decisiones que allí se adopten dependerá en gran medida de cómo se configura y se distribuye el poder (*vid.* Gargarella 2015).⁵⁵

Bajo la lectura davidsoniana acerca de la función de la constitución política que he presentado, la justificación de aquello que queda excluido del debate democrático regular encuentra respuesta en aquellos elementos que configuran el proceso político mismo. En estos términos, la práctica constitucional no puede consistir en identificar decisiones correctas, sino que más bien consiste en una reacción frente a una decisión evidentemente incorrectas porque ser libre implica la opción de elegir mal y es eso lo que puede ser corregido (*vid.* 1.1.3). La deliberación política asume que se pueden

⁵⁵ La idea de precompromiso en el constitucionalismo no es pacífica, *vid.* Bayón (2000, 77-79), Moreso (2009, 137-44), Bayón (2010, 458-61) y Moreso (2009, 148). Por mi parte, me inclino en favor de los argumentos ofrecidos por Moreso. No me parece que la noción de precompromiso tenga como propósito asfixiar la política ordinaria, sino que más bien explica el trasfondo de acuerdo que hace inteligible nuestros desacuerdos políticos.

cometer errores y por esos las decisiones que se adopten conforme al método de la deliberación quedan sujetas a ser revisadas posteriormente (algo que no ocurre con las decisiones judiciales porque éstas gozan de la autoridad de la cosa juzgada).

Qué mecanismos se activan para el propósito de reaccionar institucionalmente ante este tipo de errores dependerá de cada comunidad política según dónde le resulte menos intolerable el error. Pero más importante aún, la lectura davidsoniana que propongo permite apreciar que mientras más presencia tengan las normas constitucionales en el debate público, más debilitado se encuentra un sistema político. Un mayor protagonismo de argumentos constitucionales es evidencia de un defecto en la comunicación que es síntoma de un sistema político debilitado.

Otto Mayer, el padre del derecho administrativo alemán, decía que «el derecho constitucional queda en el olvido, y que es el derecho administrativo el que permanece en el tiempo» (Mayer 1924). La frase adolece de una ambigüedad. Bajo mi lectura, Otto Mayer no se refiere al derecho constitucional en tanto disciplina científica, sino que más bien es un alegato a favor de la institucionalización de lo público. Siguiendo esta línea, en la siguiente sección presentaré de qué manera el riesgo ambiental se institucionaliza.

2.3 El riesgo ambiental como dimensión de lo público

Parte importante de la literatura jurídica no desconoce que el riesgo ambiental tenga una naturaleza política (*vid.* Fisher, Lange, y Scotford 2013, cap. 2; Holder y Lee 2007, 40-47), la cual se asume en las explicaciones que se ofrecen de la regulación ambiental. El interés por dilucidar en qué sentido es un asunto político y cómo se vincula con el conocimiento que nos ofrecen las ciencias empíricas consiste en explicitar los compromisos teóricos que se asumen en las discusiones acerca de riesgo. Con esta idea en mente, esta sección inicia con una descripción de la práctica científica que se desarrolla sobre la base de representaciones simplificadas de la realidad las cuales responde a propósitos específicos que podemos sintetizar como «conocer mejor nuestro entorno». En la siguiente subsección argumento que esta manera de aproximarnos a nuestro entorno no es suficiente para comprender el riesgo ambiental porque esta noción contiene un elemento adicional que caracterizo como una decisión acerca de su aceptación y distribución en una comunidad política determinada. Sobre la base de esto último, en la última subsección presento un mapa de la institucionalización del riesgo que permita ubicar sistemáticamente el objeto del capítulo 4: las normas ambientales.

2.3.1 El conocimiento de nuestro entorno

Para poder apreciar de qué manera lo ambiental se configura como una dimensión de lo público es imprescindible tener presente algunas nociones básicas sobre cómo conocemos nuestro entorno físico a partir de las ciencias empíricas y nos formamos aquella imagen de la realidad que luego caracterizamos en términos de riesgo. Con este propósito en mente, es crucial tener a la vista que, en tanto seres autoconscientes, somos capaces de diferenciarnos de nuestro entorno e interactuar con él, articulando aquella realidad que percibimos en base a una matriz conceptual. En estos términos, la forma más básica de interactuar con nuestro entorno es por medio de la observación, la cual se encuentra constreñida por nuestro lenguaje (*vid.* Davidson 1984a). Esta última afirmación no tiene la pretensión de negar la innovación

conceptual en las ciencias empíricas, sino que más bien presta atención a los límites de nuestro conocimiento o, mejor dicho, de los enunciados por medio de los cuales hablamos acerca del mundo en un contexto determinado. Cada enunciado que se formula en la práctica de las ciencias empíricas responde a la matriz conceptual bajo la cual se desarrollan los estudios en dicha práctica con fines explicativos, delimitando así su alcance. Por cierto, siempre es posible preguntarse por los fundamentos últimos de nuestro conocimiento empírico del mundo y la posibilidad de dar por verdaderos los enunciados que pretenden referirse a él. Sin embargo, la práctica científica pareciera desarrollarse sin cuestionarse demasiado sobre la información que consigue proporcionar acerca de nuestro entorno, como lo evidencia la ausencia de estas disquisiciones como preludeo a los resultados que se presentan en *papers* científicos.

Esta subsección me interesa ofrecer una breve y rudimentaria descripción del modo en que se obtiene información sobre nuestro entorno desde las ciencias empíricas, la cual responde siempre al contexto y propósito de una investigación, y que determinan los umbrales bajo los cuales ella se vuelve confiable y útil. Esto último será relevante para comprender la incapacidad de las ciencias empíricas para generar acción política debido, en parte, a la ausencia de respuestas contundentes sobre determinados asuntos que nos urge atender. Más adelante tendré la oportunidad de examinar con cierto detalle el alcance de esta práctica al exponer la anatomía de las normas ambientales que propongo en este trabajo (*vid.* 4.1).

Para comenzar esta exposición, vale pena constatar algo que no pareciera ser para nada polémico: en alguna medida, nuestra autoconciencia se manifiesta en la posibilidad de constatar cambios en nuestro entorno físico que llaman nuestra atención. Somos capaces de apreciar que el glaciar que visitamos el año pasado ha cambiado su tamaño, sentir con mayor intensidad el olor de materia orgánica descompuesta al acercarnos a un basurero y, para dar un último ejemplo, ver cómo se marchita una planta que mantenemos en nuestro hogar a pesar de nuestros cuidados.

Como explica Torretti (2012), en toda observación se encuentra presente una interacción física entre un objeto observado y un receptor. En lo que llama observación personal, es nuestro cuerpo el que registra al objeto o evento y se requiere de una conciencia observacional en virtud de la cual quien observa se percata de que está observando (2012, 47-49). Distingue además este autor una observación impersonal, en la cual el receptor es un artefacto diseñado especialmente para registrar determinados estímulos del entorno que pueden servir luego para diversos propósitos (2012, 32-35). Así, el resultado de una observación son datos a partir de los cuales se infiere información sobre nuestro entorno que nos permite tomar decisiones (*vid.* 4.1).

Destaca este autor la relevancia de la interacción física presente en la observación personal e impersonal, lo que además permite apreciar las ventajas que ofrece ésta última. Así Torretti (2012, 53) señala que

parece claro que, no importa cómo concibamos la acción física, en cada observación el objeto observado interactúa con un receptor. Tal interacción es crítica para la adquisición de conocimientos a través de la observación, pues el observador no puede discernir más rasgos del objeto observado que los que se le hacen discernibles mediante sus efectos sobre el receptor, según quedan registrados en este.

El objeto observado solo puede ser reconocido como tal en tanto se le identifique como un caso particular de un concepto universal (Torretti 2012, 34). La observación, por tanto, se apoya en nuestro conocimiento del mundo: «ninguna observación es autosuficiente. Cada una de ellas está constitutivamente ligada por conceptos a otras observaciones tejidas en una compleja red de supuestos y creencias, junto a los cuales da origen a una pléthora de expectativas» (Torretti 2012, 36).

El extraordinario desarrollo de las ciencias empíricas se ha visto favorecido por la sofisticación cada vez mayor de la observación impersonal. Como explica Mosterín (2000, 18)

En nuestra actividad científica tenemos que partir de nuestro aparato sensorial y del sistema conceptual plasmado en nuestro lenguaje ordinario. Pero difícilmente podría ponerse en marcha la empresa científica si no nos fuera posible trascender las limitaciones de nuestro aparato sensorial y conceptual.

Mosterín (2000, 17-44) agrega que, para trascender estas limitaciones, utilizamos dos técnicas. Por una parte, extendemos artificialmente nuestros sentidos por medio de la tecnología, consiguiendo así observar (indirectamente) objetos o sucesos que están fuera de nuestro alcance. Y, por otra parte, extendemos y precisamos nuestro sistema conceptual. Desde el punto de vista de su estructura formal o matemática, explica este autor, existen tres tipos de conceptos científicos: los conceptos clasificatorios, que «se refieren a un grupo determinado de objetos o sucesos que tienen algo en común»; los conceptos comparativos, que establecen una relación de coincidencia y una relación de precedencia entre objetos que poseen una característica en mayor o menor medida; y los conceptos métricos, que «asignan números reales o vectores o tensores a objetos o sucesos» en base a una determinada escala.

En asuntos ambientales, los conceptos clasificatorios son muy frecuentes. Este es el caso de la denominación científica de animales y plantas por medio de su género y especie, por ejemplo, *Apis mellifera* (abeja europea), *Bubo virginianus magellanicus* (Tucúquere) y *Persea americana* (palto). Y también las ecorregiones, como el bosque valdiviano o el desierto de atacama. Los conceptos comparativos, por su parte, no parecieran ser muy frecuentes, debido a que en general son reemplazados por conceptos métricos, que son más precisos. Un ejemplo de concepto clasificatorio frecuente en la evaluación de impacto ambiental es la permeabilidad del suelo según su textura y estructura. Los conceptos métricos de temperatura, superficie, concentración de elementos o compuestos químicos en el agua, velocidad del viento, entre otros, son muy usados y presentan varias ventajas frente a los otros tipos de conceptos científicos.

Al precisar nuestro sistema conceptual, explica Mosterín (2000, 42), el vocabulario científico «resulta mucho más simple, claro y manejable». Pero hay algo mucho más importante para comprender el modo en que obtenemos información sobre nuestro entorno físico. Dice Mosterín (2000, 43)

La razón profunda de todas las ventajas que se pueden aducir estriba en que los conceptos métricos constituyen un puente entre el mundo real y el mundo ideal de la matemática.

El mundo real de la naturaleza y la sociedad es un mundo en gran parte opaco a nuestra inteligencia, lleno de oscuros recovecos, siempre sorprendente, huidizo y poco manipulable intelectualmente. El mundo de la matemática, por el contrario, es un mundo transparente, un mundo abierto a nuestra inteligencia, que lo ha creado y que lo abarca y manipula sin sorpresas, es un mundo perfectamente estructurado y ordenado, en el que nos movemos con toda facilidad.

Por eso, *cuando los problemas resultan demasiado complicados e inabarcables, la mejor estrategia para su solución suele consistir en representarlos como problemas matemáticos, para los que ya sabemos cómo hallar una solución, solución que luego podemos retraducir al mundo real.* (énfasis añadido)

Esta ingeniosa manera de lidiar con nuestro entorno físico nos permite elaborar modelos matemáticos que expresan el modo en que se relacionan los elementos que componen un sistema objeto de observación. Los modelos, en este sentido, operan como una entidad que representa simplificada parte de la realidad con el propósito de comprenderla. Por ello, Frigg y Nguyen (2020) los ubican dentro de la categoría más amplia de representaciones epistémicas: entidades que nos dicen algo acerca del objeto representado. Además de los modelos, integran esta categoría las fotografías, retratos, caricaturas, diagramas. Nótese que las entidades representacionales que son usadas como modelo en la ecología no solo son entidades matemáticas abstractas, sino que también son usados animales no humanos (*vid.* Ankeny y Leonelli 2020), aunque los datos obtenidos serán analizados por medio de herramientas matemáticas.

El uso de modelos en las ciencias empíricas se encuentra ampliamente difundido (*vid.* Mosterín 2013, 90-94; Torretti 2017; Cassini y Redmond 2021; Frigg y Nguyen 2020) y la ecología en particular no es una excepción (*vid.* Justus 2021, 74-103). Como una caracterización general de esta práctica científica, es posible señalar que el conocimiento de nuestro entorno se obtiene por medio del estudio de entidades físicas o abstractas, respecto de las cuales se formulan inferencias que se imputan luego al objeto que representan. En la filosofía de la ciencia, esta práctica científica ha llamado la atención en los últimos años (*vid.* Cassini y Redmond 2021). Es de interés revisar esta discusión para comprender el alcance de esta práctica con el propósito de dilucidar luego cómo pueden relacionarse las ciencias empíricas con la política y el derecho.

La pregunta filosófica acerca del uso de modelos en las ciencias empíricas consiste en dilucidar de qué manera los modelos nos entregan conocimiento acerca del mundo; cómo es que los modelos representan la realidad.

Un primer rasgo del uso de modelos en las ciencias empíricas al cual debemos prestar atención es que esta actividad se orienta a obtener información de nuestro entorno de manera indirecta. A diferencia de una fotografía, que retrata directamente a un objeto, los modelos aprovechan la dinámica interna de una entidad física o abstracta con el propósito de inferir aquello que no se encuentra en la descripción del modelo ofrecida inicial y posteriormente imputarla al objeto representado por medio de lo que se denomina «razonamiento surrogativo» (Suárez 2010, 98; Contessa 2007, 51; Frigg y Nguyen 2020, 1-8). En estos términos, un modelo no es una imagen fiel del objeto representado y se encuentra implícito en esta práctica la posibilidad de error. Los enunciados que son formulados como resultado de un razonamiento surrogativo son hipótesis acerca de la realidad que son falsables. Incluso un modelo puede ser estudiado en términos puramente especulativos. Frigg y Nguyen (2020, 14) dan el siguiente ejemplo

Elementary particle models that featured the Higgs boson have been formulated in the 1960s. Scientists spent a great deal of work on studying these models and on understanding what was true and what was false in them. Yet, this implied no commitment to either the existence or nonexistence of the Higgs boson. In fact, modellers remained expressly non-committal about this question and referred it to their experimental colleagues in CERN, where, after much work, a Higgs particle was found in 2012, and it was agreed to be «the» Higgs boson in 2013.

Los modelos de partículas elementales en los que aparecía el bosón de Higgs se formularon en la década de 1960. Los científicos dedicaron una gran cantidad de trabajo a estudiar estos modelos y a comprender lo que era verdadero y lo que era falso en ellos. Sin embargo, esto no implicaba ningún compromiso con la existencia o inexistencia del bosón de Higgs. De hecho, los científicos siguieron sin comprometerse expresamente con esta cuestión y la remitieron a sus colegas experimentales del CERN, donde, después de mucho trabajo, se encontró una partícula de Higgs en 2012, y se acordó que era «el» bosón de Higgs en 2013.

Este es un rasgo que destacan las teorías de la ficción acerca de los modelos (*vid.* Frigg y Nguyen 2020, 105-35; 2021). En el uso de modelos, conforme a esta perspectiva, se encuentra implícita la pretensión de que sea asumido un cierto estado de cosas en términos similares a como ocurre en la literatura, donde no tiene sentido objetar su contenido porque los personajes y acciones que relata una novela no existan ni hayan ocurrido. En estos términos, si el modelo describe o se vincula en algún modo con un sistema real es un asunto que queda momentáneamente suspendido (*bracketed*), con el propósito de ampliar el espacio de creatividad en la formulación de hipótesis que eventualmente serán puestas a prueba, momento en el cual se evaluará la capacidad explicativa del modelo.

Una distinción fundamental para comprender lo anterior consiste en diferenciar entre «representación-como» y «representación-de» (Frigg y Nguyen 2020, 143-46). Veamos en qué consiste esta distinción con un ejemplo. Un mapa de la ciudad de Barcelona es una «representación-de» dicha ciudad porque se refiere a un lugar que existe realmente. La caricatura de un político es una «representación-como» en tanto refiere al político mostrando ciertos rasgos en forma exagerada o metafóricamente con el propósito de formular una crítica a su desempeño. En estos términos, un modelo corresponde a una «representación-como»: la entidad representacional es seleccionada para destacar ciertos rasgos presentes en ella que se corresponden, bajo una determinada interpretación, a rasgos que se encuentran presente en el objeto que es así representado de tal y cual modo. Esto último permite apreciar la relevancia del contexto para la comprensión de esta práctica científica, porque será el contexto lo que nos permita descifrar la relación de la entidad representacional con el objeto representado y hasta qué punto las inferencias que podamos obtener de ella son informativas. Es el contexto lo que en definitiva nos permite comprender en qué sentido un objeto o entidad «representa» a aquello que observamos con el propósito de conocerlo mejor. Así como quienes no se encuentren familiarizados con la política chilena difícilmente entenderán a qué se refiere el dibujo de una figura humana con brazos cortos, en la práctica científica el uso de entidades matemáticas para representar un fenómeno natural requiere entender los propósitos de la investigación y los presupuestos teóricos bajo los cuales se lleva a cabo.

Se trata sin lugar a duda de una práctica compleja. Siguiendo a Frigg y Nguyen (2020, 159-80) es posible identificar cuatro actividades que, en su conjunto, permiten explicar el uso de modelos en las ciencias empíricas: denotación (*denotation*), ejemplificación (*exemplification*), conversión (*keying-up*) e imputación (*imputation*).

Es importante notar que la interpretación de una entidad representacional en términos de aquello que representa no implica que el objeto representado pueda ser interpretado a su vez en términos de la entidad representacional que se refiere a él. La denotación establece, entonces, una relación entre la entidad representacional y el objeto representado que no es simétrica. Pero esto supone que aquello que es denotado realmente existe, lo que no permite explicar que muchas veces la práctica

científica suspenda la relación del modelo con el fenómeno que pretende explicar con el propósito de dejar espacio a la creatividad intelectual. Para salvar este problema, Frigg y Nguyen (2020) afirman que los modelos deben ser conceptualizados en términos de una representación-como: una entidad representacional X representa-como Z a un objeto representado T , donde X ejemplifica rasgos de Z bajo una interpretación determinada. Esto es posible porque la representación-como se sirve de objetos que usualmente son usados como una representación-de algo. Nuevamente los mapas permiten comprender la distinción. Un mapa de Barcelona es una representación-de esa ciudad, mientras que el mapa del merodeador no es una representación-de Hogwarts (lamentablemente no existe un lugar así fuera de la saga de *Harry Potter*), sino que solo un objeto que se usa para representar un territorio. La denotación, entonces, solo alcanza al modo en que se comprende el fenómeno que interesa explicar. Pero para que sea posible el razonamiento surrogatorio se necesitan más pasos.

Una entidad representacional es descrita resaltando algunos rasgos presentes en ella. La selección de estos rasgos se explica porque éstos ejemplifican rasgos de la representación-como Z . Al respecto, Frigg y Nguyen (2020, 147) señalan que «un ítem ejemplifica un rasgo si al mismo tiempo es una instancia de dicho rasgo y refiere a éste». Para explicar lo anterior, estos autores dan como ejemplo (explicativo de la noción de ejemplificación) las muestras de tela, de color de pintura, o una muestra promocional de algún producto comercial como un champú. La función que tienen estos objetos es la de informar acerca de algo respecto de lo que representan. Por eso, una ejemplificación requiere que el objeto concreto que funciona como entidad representacional sea una instancia del rasgo que ejemplifica (solo algo que es rojo puede ejemplificar ese color). Pero no toda instancia de una propiedad ejemplifica. La ejemplificación es selectiva, solo algunos rasgos son seleccionados para ejemplificar. Por ejemplo, una muestra de color de pintura puede ser rectangular, suave, con las puntas redondeadas, pero, en lo que interesa, solo ejemplifica el color de la muestra. Esta selección se realiza bajo determinadas suposiciones contextuales (Frigg y Nguyen 2020, 147), en términos tales que quien no las conozca no podrá reconocerla. Con relación al contexto, los autores señalan (2020, 148)

For current purposes it is sufficient to think of a context as a certain set of problems and question that are addressed by a group of scientists using certain methodologies while being committed to certain norms (and, possibly, values). These factors determine which of X 's epistemically accessible features are representationally relevant.

Para nuestros propósitos, es suficiente pensar en un contexto como un cierto conjunto de problemas y preguntas que son abordados por un grupo de científicos que utilizan ciertas metodologías mientras están comprometidos con ciertas normas (y, posiblemente, valores). Estos factores determinan qué características de X , epistémicamente accesibles, son relevantes desde el punto de vista de la representación.

Los ejemplares, entonces, nos proveen acceso epistémico al rasgo que ejemplifican: a partir de un ejemplar aprendemos algo acerca de los rasgos ejemplificados (Frigg y Nguyen 2020, 148). Un ítem presenta los rasgos ejemplificados en un contexto que ha sido diseñado para destacarlos y hacerlos cognoscibles. Estos autores formalizan lo anterior en los siguientes términos

Exemplification: carrier X exemplifies feature P in a context C iff X instantiates P and P is highlighted in C , whereby P is highlighted in C iff (i) C selects P as a relevant feature, and (ii) P is epistemically accessible in C .

Ejemplificación: el objeto representacional X ejemplifica el rasgo P en un contexto C si y solo si X instancia P y P se destaca en C , donde P se destaca en C si y solo si (i) C selecciona P como rasgo relevante, y (ii) P es epistémicamente accesible en C .

Pero aún nos queda por entender cómo conseguimos obtener información acerca del objeto representado porque por el momento solo tenemos datos del objeto que es usado para representarlo. Para ello, es necesaria la conversión y la imputación que articulan la inferencia a partir de la cual obtenemos información del objeto representado a partir del objeto que lo representa.

La conversión dice relación con las reglas bajo las cuales los rasgos ejemplificados en la entidad representacional son traducidos en términos del objeto representado. Esto es muy común en los mapas, donde, por ejemplo, centímetros equivalen a kilómetros. Finalmente, los rasgos así traducidos son imputados al objeto representacional. Como explican Frigg y Nguyen (2020, 174)

The model user might simply ascribe to the target system the features exemplified by the model, and this is what establishes that the model represents the target *as* having those features. In this way models allow for surrogative reasoning: imputing a feature to a target generates the hypothesis that T has that feature.

El usuario del modelo puede simplemente atribuir al sistema objetivo las características ejemplificadas por el modelo, y esto es lo que establece que el modelo representa al objetivo *como* que tiene esas características. De este modo, los modelos permiten el razonamiento surrogativo: la imputación de una característica a un objetivo genera la hipótesis de que T tiene esa característica

Por medio de los modelos, en los términos aquí reseñados, se formulan conjeturas acerca de fenómenos naturales que intentan explicarlos identificando los elementos que los componen y el tipo de relaciones que se dan entre sí. Se trata de hipótesis acerca de regularidades observadas en nuestro entorno. Estas hipótesis se formulan por medio de enunciados que describen su objeto con la pretensión de resistir su falsabilidad. La relevancia que tiene esto para la regulación ambiental se puede apreciar fácilmente: las normas ambientales tienen como finalidad no afectar estas regularidades, que comúnmente se entienden bajo una idea de estabilidad ecológica que hace posible la vida. De allí la noción de riesgo ambiental: la probabilidad de afectar el equilibrio sistémico del cual da cuenta el modelo ecológico sobre la base del cual se formulan los enunciados acerca de nuestro entorno.

La estabilidad es una propiedad diacrónica de un sistema ecológico, que es predicada a éste a partir de un modelo matemático. Explica Justus (2021, 62-65) que para atribuir esta propiedad a un sistema es necesario contar con una descripción general de éste, donde se identifiquen sus elementos (variables), los factores que influyen en ellos (parámetros), y el tipo de relación que expresa el sistema (su dinámica). Al cuantificar las variables y parámetros se obtiene una caracterización precisa del modelo en la realidad y es esta descripción la que se evalúa según las perturbaciones que reciba.

Una perturbación es un cambio en la magnitud de variables o parámetros del sistema objeto de observación (Justus 2021, 64). Según cómo se comporte el sistema frente a una perturbación se distingue entre tres tipos de respuestas que en conjunto permiten explicar la estabilidad de un ecosistema (2021, 70): resistencia, resiliencia y tolerancia (*vid.* 2021, 66-70).

La resistencia dice relación con inobservancia de cambios en el sistema frente a perturbaciones. En estos términos, un sistema tendrá poca resistencia si se observan cambios frente a perturbaciones bajas y tendrá mucha resistencia si no se observan cambios aún frente a perturbaciones altas.

La resiliencia mide cuánto tarda un sistema en volver al momento previo a la perturbación. Así, una mayor resiliencia significa que, cualquiera sea la magnitud de la perturbación, el sistema consigue rápidamente volver a los valores registrados al momento en que fue descrito inicialmente. Y una menor resiliencia, por el contrario, dice relación con un mayor tiempo para restablecerse.

La tolerancia, por último, evalúa la capacidad del sistema de regresar al momento previo a la perturbación según el rango de perturbaciones que puede resistir y luego regresar al estado descrito inicialmente.

Es importante notar que, como señala Justus (2021, 71), la estabilidad de un sistema ecológico en base a estos tres conceptos ofrece una imagen parcial que se configura así para los propósitos de su estudio

As a concept composed of resistance, resilience, and tolerance, ecological stability therefore imposes only a partial, not complete, ordering on communities. Moreover, since communities may differentially exhibit resistance, resilience, and/or tolerance for different types of ecological perturbations, each property also imposes only a partial ordering on communities. This twofold partiality entails that inferences from analyses of stability–diversity and stability–complexity relationships are limited by the property and type of perturbations analyzed, beside the particular system description (M) and reference state or dynamic (R) specified.

Como concepto compuesto por la resistencia, la resiliencia y la tolerancia, la estabilidad ecológica sólo impone un orden parcial, no completo, a las comunidades. Además, dado que las comunidades pueden mostrar de forma diferenciada resistencia, resiliencia y/o tolerancia a distintos tipos de perturbaciones ecológicas, cada propiedad impone también sólo un orden parcial a las comunidades. Esta doble parcialidad implica que las inferencias de los análisis de las relaciones estabilidad-diversidad y estabilidad-complejidad están limitadas por la propiedad y el tipo de perturbaciones analizadas, además de la descripción particular del sistema (M) y el estado o dinámica de referencia (R) especificados.

La descripción aquí ofrecida de la práctica en las ciencias empíricas basada en el uso de modelos ha tenido el propósito de comprender la relevancia del contexto de una investigación para determinar el alcance del conocimiento acerca de nuestro entorno que éstas nos ofrecen. Aquello que conocemos como «problemas ambientales» es mucho más amplio e incorpora no solo el conocimiento empírico de nuestro entorno, sino que también variables que aportan las ciencias sociales donde las respuestas no exhiben la seguridad con la que se expresan los enunciados que describen empíricamente nuestro entorno. Pero paradójicamente, esta seguridad se limita a los hallazgos, si los hay, que resultan de una investigación, los cuales no se proyectan hacia la política de un modo inmediato, sino que en la gran mayoría de los casos son discutidos entre especialistas.

El conocimiento que ofrecen las ciencias empíricas es de gran valor para la política ambiental y por ello el rol de la ciencia puede ser expresado como un asesoramiento para la creación y la gestión de lo público. Como señala Innerarity (2011, 107)

El gran desafío del asesoramiento político consiste en vincular el conocimiento científico, producido de acuerdo a criterios internos de relevancia científica, con los criterios de relevancia

política. El saber del asesoramiento se distingue de otros saberes por el hecho de que ha de ser, al mismo tiempo, científicamente correcto y políticamente útil y realizable.

Esto último nos permite aproximarnos a la dimensión política del riesgo. ¿De qué manera es posible vincular ciencia con política? La respuesta dice relación con el modo en que nos vinculamos con nuestro entorno en términos normativos.

2.3.2 La dimensión política del riesgo ambiental

La imagen ofrecida en la subsección anterior es marcadamente moderna. Es el resultado del notable desarrollo de las ciencias empíricas, que hicieron posible conocer mejor nuestro entorno y, en base a ello, obtener los beneficios de una técnica cada vez más sofisticada. Es por medio de la técnica, explica Ortega y Gasset (2015, 63), que hemos modificado considerablemente aquello que percibimos como externo, transformándolo así en lo que llama una «sobrenaturaleza» que se construye sobre la base de una idea de bienestar específica hacia la cual orientamos la adaptación del medio al sujeto. Y con ello, se dice comúnmente, habríamos sido capaces de sacudirnos de aquel temor hacia peligros y amenazas que caracterizaba al mundo premoderno, sustituyéndolo con una representación de la naturaleza en un lenguaje matemático que hace de los fenómenos naturales algo predecible y así facilita un compromiso con la producción de seguridad en la gestión del riesgo (Tansey y Rayner 2008, 59).

El cálculo, como elemento que permite el control de las circunstancias, fue tomado por Weber (2004, 12-17) como un rasgo de la modernidad, resultado de un creciente proceso de intelectualización y racionalización que ha producido un desencantamiento del mundo. En palabras de este autor (2004, 13)

[...] we can in principle *control everything by means of calculation*. That in turn means the disenchantment of the world. Unlike the savage for whom such forces existed, we need no longer have recourse to magic in order to control the spirits or pray to them. Instead, technology and calculation achieve our ends. This is the primary meaning of the process of intellectualization. (énfasis en el original)

[...] podemos en principio *controlar todo mediante el cálculo*. Eso significa a su vez el desencanto del mundo. A diferencia del salvaje, para el que existían tales fuerzas, ya no necesitamos recurrir a la magia para controlar a los espíritus o rezarles. En lugar de ello, la tecnología y el cálculo logran nuestros fines. Este es el significado principal del proceso de intelectualización.

Este desencantamiento se habría producido por la desvinculación de las disciplinas científicas (en sentido amplio, no solo las ciencias empíricas) con la búsqueda de una verdad última. Weber (2004, 17-19) explica que toda disciplina se desarrolla en base a ciertas reglas lógicas y de método que permiten evaluar los resultados bajo algún criterio de aceptabilidad. Sin embargo, el valor de estos resultados para la vida humana, o el valor que tiene la dedicación al cultivo de alguna disciplina determinada, no es algo que pueda ser medido bajo estos estándares, sino que es algo que se da por supuesto en cada disciplina o incluso queda abierto. Formula este autor una distinción entre dos problemas diferentes: el conocimiento de los hechos y el valor de la cultura bajo la cual se desenvuelve la búsqueda de ese conocimiento (2004, 20). En definitiva, para Weber el cultivo de una disciplina, que se desarrolla de manera desinteresada hacia los fines últimos de la vida humana, habría hecho posible el proceso de intelectualización y racionalización que ha marcado el desarrollo de la modernidad caracterizado como un desencantamiento del mundo.

Para precisar la comprensión de este proceso de racionalización, es importante prestar atención al hecho de que las ideas de Weber aquí referidas son el resultado de su método sociológico, el cual tiene como objeto «adquirir conocimientos sobre épocas históricas, instituciones, formas de gobierno, movimientos sociales y políticos, creencias religiosas o formas de actividad económica a partir de generalizaciones y comparaciones sistemáticas» (Bonazzi 2014, 174). Parte importante de este método es la elaboración de tipos ideales, abstracciones que son asumidas como punto de partida para aproximarse y comprender la compleja realidad social por medio de la comparación de los fenómenos así aprehendidos (Bonazzi 2014, 179-80).

En este marco, una de las múltiples categorías que distingue este autor es aquella referida a la racionalidad formal y sustantiva. En el capítulo 2 § 9 de *Economía y Sociedad*, dedicado a la acción económica, caracteriza la racionalidad formal como «el grado de cálculo tecnológicamente posible para dicha actividad, y la medida en que se aplica realmente», oponiendo a ella una racionalidad sustantiva. En ella se incorporan como patrones evaluativos para medir los resultados de la acción económica otro tipo de consideraciones, ya sean axiológica o teleológicamente racionales (Weber 2019, 172).

Como explica Breuer (1996, 45), para Weber la racionalización formal, que habría posibilitado el desencantamiento del mundo, consiste en «un proceso en el que actuaciones u ordenaciones están estructuradas, logificadas y sistematizadas cognitivamente, de manera que cada paso sea seguro y calculable». Este fenómeno social tiene como consecuencia una ampliación del ámbito de las decisiones humanas. El porvenir ya no se acepta en forma ciega; puede ser anticipado y, por tanto, es posible atribuir responsabilidad por lo que ocurra.

Una de las manifestaciones más claras de la racionalización a la que se refiere Weber se expresa en el modo en que nos aproximamos al riesgo. Si bien la incertidumbre acerca del futuro ha motivado distintos modos de organizar nuestras actividades (como ocurre, por ejemplo, con la noción de *periculum* en el derecho romano y las medidas cautelares en materia procesal), a partir de la extensión del uso de las matemáticas en el siglo XVII el riesgo comenzó a ser concebido en el lenguaje de las probabilidades, expresándose así en términos cuantitativos (Douglas 1992, 23). Así, y conforme al axioma de Kolmogorov, la asignación de un número a la probabilidad (Pr) de una proposición p debe respetar al menos lo siguiente (Papineau 2012, 89-90):

- (1) Para todo p, $0 \leq \text{Pr}(p) \leq 1$
- (2) Si p es seguro, $\text{Pr}(p) = 1$
- (3) Si p y q son incompatibles, $\text{Pr}(p \vee q) = \text{Pr}(p) + \text{Pr}(q)$

Con todo, los enunciados que se refieren al riesgo en estos términos pueden ser interpretados en varios sentidos (Gillies 2000; Torretti 2012, 335-486; Papineau 2012, 89-100; Steele 2004, 19-24; Bunge 2011, 241-45). Por un lado, como la expresión de el grado de confianza acerca de la ocurrencia de un acontecimiento futuro y, en estos términos, dice relación con nuestras creencias. Por otro, se corresponde con un rasgo propio del mundo en el cual no intervienen nuestras creencias y se refiere a la ocurrencia observada de una serie suficientemente amplia de eventos o a la

propensión de los diseños experimentales. Gillies (2000) afirma que una u otra interpretación resultará más idónea según la disciplina de que se trate, sugiriendo una aproximación pluralista de la probabilidad. Así, mientras en la climatología las probabilidades se entienden en términos frecuentistas, en otras, como la economía, resulta más apropiado una aproximación subjetiva que vincula a la probabilidad con el grado de confianza hacia sus explicaciones. Creo posible generalizar el uso de ambas interpretaciones en los siguientes términos: la probabilidad mide nuestro grado de confianza acerca de un evento futuro en aquellos casos en los cuales cuenta como un antecedente para la toma de una decisión, mientras que representa un rasgo de la naturaleza cuando da cuenta de una observación acerca de una serie continuada de eventos o a la propensión de los diseños experimentales.

Tener a la vista esta distinción nos ayuda a comprender cómo emerge el riesgo en las sociedades contemporáneas. El problema puede ser planteado como una dilucidación acerca de la relación entre enunciados que describen la naturaleza en términos de probabilidades y aquellos enunciados que describen un evento futuro en términos de riesgo con el propósito de motivar la acción política. Esta diferenciación nos permitirá comprender en qué sentido el riesgo es una construcción social que exhibe cierta dependencia con ciertos hechos pero que en alguna medida es independiente de ellos.

La discusión es relevante porque, en ocasiones, el desarrollo de las ciencias empíricas ha venido acompañado de una mirada menospreciativa hacia el pasado y, por analogía, hacia actitudes contemporáneas que rápidamente se califican peyorativamente como «no científicas». Una actitud demasiado confiada hacia el potencial ilimitado del lenguaje científico para capturar los fenómenos naturales y sociales ha hecho que, en algunas disciplinas, y hasta el día de hoy, se mire con desdén la actitud «sesgada», «subjetiva» o «ignorante» de quienes se aproximan al riesgo desde fuera de las ciencias empíricas (*vid.* Lupton 2013, 26-28; Kusch 2007). El resultado de lo anterior es la negación de su dimensión política, que caracteriza lo que corrientemente se discute como «tecnocracia» y que constituye un legalicismo formulado en el lenguaje de las ciencias empíricas (*vid.* 1.1).

Es de provecho en este punto revisar la relación entre las ciencias empíricas y las humanidades porque, en gran parte, esa mirada menospreciativa se funda en una discusión más profunda. En su ensayo *The divorce between the sciences and the humanities* Berlin (2013, 101-39) expone el contraste entre dos grandes tradiciones del pensamiento occidental. Conforme a una de ellas, que se remonta a Platón, es posible y necesario acceder al conocimiento de verdades acerca del mundo bajo un método que no permite avanzar lentamente hacia ellas en la medida en que dejemos atrás dogmas, supersticiones y chapucerías. En su forma contemporánea, Berlin (2013, 108) la presenta en los siguientes términos

The progress of true knowledge is the discovery of eternal, unalterable, universal truths: every generation of seekers after truth stands on the shoulders of its predecessors and begins where these others left off, and adds to the growing sum of human knowledge.

El progreso del verdadero conocimiento es el descubrimiento de verdades eternas, inalterables y universales: cada generación de buscadores de la verdad se apoya en los hombros de sus predecesores y comienza donde estos otros lo dejaron, y se suma a la creciente suma del conocimiento humano.

En la discusión contemporánea acerca del riesgo, esta es la actitud que Lupton (2013, 26-28) caracteriza como técnico-científica. Esta perspectiva asume que el riesgo es un dato objetivo que es procesado de diversas maneras por los individuos según el grado de influencia que ejerzan sobre ellos sus sesgos. Como explica esta autora (2013, 27)

Debates over risk in these technico-scientific fields tend to revolve around issues of how well a risk has been identified or calculated, the level of seriousness of a risk in terms of its possible effects, how accurate is the 'science' that has been used to measure and calculate risk and how inclusive are the causal or predictive models that have been constructed to understand why risks occur and why people respond to them in certain ways.

Los debates sobre el riesgo en estos campos tecno-científicos tienden a girar en torno a cuestiones como el grado de identificación o cálculo de un riesgo, el nivel de gravedad de un riesgo en términos de sus posibles efectos, el grado de precisión de la «ciencia» que se ha utilizado para medir y calcular el riesgo y el grado de inclusión de los modelos causales o predictivos que se han construido para entender por qué se producen los riesgos y por qué las personas responden a ellos de determinada manera.

En contraste, otra tradición enfatiza la consciencia de sí mismo como eje articulador de la actividad humana. Berlin (2013) presenta las ideas de Vico como paradigmáticas de esta tradición. Desde esta perspectiva, el uso de las matemáticas para conocer la naturaleza es solo un medio que nos facilita las cosas. El enorme potencial explicativo de ellas se debe a que son una creación humana. Y es esta circunstancia la que nos permite conocerlas bien, pero es un error llevar esa confianza más allá de estos límites. Como explica Berlin (2013, 119) al presentar a esta tradición

mathematics was indeed, as had always been claimed for it, a discipline which led to wholly clear, irrefutable propositions of universal validity. But this was so not because the language of mathematics was a reflection of the basic and unalterable structure of reality, as thinkers since the days of Plato or even Pythagoras had maintained: it was so because mathematics was not a reflection of anything.

Las matemáticas eran, en efecto, como siempre se había pretendido de ellas, una disciplina que conducía a proposiciones totalmente claras, irrefutables y de validez universal. Pero esto no era así porque el lenguaje de las matemáticas fuera un reflejo de la estructura básica e inalterable de la realidad, como habían sostenido los pensadores desde los tiempos de Platón o incluso Pitágoras: era así porque las matemáticas no eran un reflejo de nada.

De allí que, para Vico, según explica Berlin (2013, 122), el uso de las ciencias empíricas para conocernos constituye una negación de nosotros mismos, al asumir que solo una perspectiva externa es informativa acerca de lo que somos. Una consecuencia importante que se sigue de adoptar esta perspectiva es la posibilidad de apreciar otras costumbres humanas. Como explica Berlin (2013, 128), «no existe un progreso desde lo imperfecto hacia la perfección, ya que la noción misma de perfección implica una noción absoluta de valor; solo existe un cambio inteligible».

El problema fundamental aquí dice relación con los límites en el uso de nuestro lenguaje. Esto es un asunto que preocupó especialmente a Wittgenstein. En su *Tractatus Logico-Philosophicus* (Wittgenstein 2009) este autor presentó lo que es conocido como la «teoría pictórica de la representación», según la cual, el significado de nuestro lenguaje es un posible estado de cosas que es representado por medio de una combinación de nombres propios en términos tales que se corresponde con una combinación posible de objetos en el mundo. Como explica Schroeder (2006, 59), Wittgenstein presenta estas ideas como consecuencia de su «principio de

bipolaridad», que establece que toda proposición significativa puede ser verdadera o falsa (*vid.* Schroeder 2006, 35-38). Y una consecuencia importante de ello es la distinción entre el decir significativo y el decir que solo puede mostrar. De allí que al cierre del *Tractatus* señale

6.5 Respecto a una respuesta que no puede expresarse, tampoco cabe expresar la pregunta.

El enigma no existe.

Si una pregunta puede siquiera formularse, también *puede* responderse.

6.54 Mis proposiciones esclarecen porque quien me entiende las reconoce al final como absurdas, cuando a través de ellas —sobre ellas— han salido fuera de ellas. (Tiene, por así decirlo, que arrojar la escalera después de haber subido por ella.)

Tiene que superar estas proposiciones; entonces ve correctamente el mundo.

7. De lo que no se puede hablar hay que callar.

Es importante tener presente que no estamos aquí frente a una broma de mal gusto. La distinción entre el decir significativo y el decir que sólo puede mostrar apunta a que es posible hacer un uso legítimo del lenguaje para aquello que no satisface el principio de bipolaridad (Schroeder 2006, 110-12). En este sentido, es interesante conectar estas ideas de Wittgenstein con sus *Observaciones sobre «La rama dorada» de Frazer* (Wittgenstein 2016). Se trata de una serie de notas acerca de la obra de un antropólogo inglés publicada en los inicios del siglo XX. Aquí, Wittgenstein se dirige especialmente hacia la actitud del antropólogo y critica cómo, en base a ella, realiza inferencias injustificadas sobre otras culturas. A lo largo de estas notas, se lee «[l]a exposición de las visiones mágicas y religiosas de la humanidad por Frazer es insatisfactoria: deja que estas visiones aparezcan como *errores*» (2016, 25), agregando luego que «intentar una explicación es de suyo equivocado, por cuanto basta coordinar correctamente lo que se sabe, sin añadir nada, y la satisfacción que se busca alcanzar mediante la explicación resulta por sí sola» (2016, 27).

El error, más bien, es de Frazer, quien no habría sabido apreciar las similitudes entre sus costumbres y las de los pueblos que estudia. Y ello porque el antropólogo asume como único punto de vista legítimo el de su cultura, frente a lo cual Wittgenstein (2016, 35) observa: «¡Qué estrecha la vida espiritual de Frazer! Debido a ello: qué imposibilidad de comprender otra vida que la inglesa de su tiempo.» La alternativa la explica Wittgenstein (2016, 55) en los siguientes términos

Quando estoy furioso por algo, golpeo a veces la tierra con mi bastón o contra un árbol, etc. Pero ciertamente no creo que la tierra sea culpable o que golpear pueda remediar algo. «Dejo entrar mi ira». Y de esta clase son todos los ritos. Tales acciones pueden llamarse acciones instintivas. Y una explicación histórica, como que antes yo creía, o que mis antepasados solían creer que el golpear la tierra algo ayudaba, son batallas en el espejo, pues son suposiciones inútiles, que no aclaran *nada*. El parecido de la acción con la de un acto de castigar es importante, pero fuera de esa similitud no se deja constatar nada.

Una vez que un fenómeno como este se conecta con un instinto, que yo mismo poseo, entonces esto es la explicación que buscamos, esto es, aquella que resuelve esta dificultad particular. Y una investigación más extensa acerca de la historia de mi instinto se mueve por otras vías.

Hago presente todo esto no porque me interese defender un relativismo cultural, sino que para mostrar en qué sentido es defectuosa una aproximación al riesgo apolítica. Es decir, por qué en la discusión acerca del riesgo es equivocado, por ejemplo,

presentar *solo* datos estadísticos de accidentes, sin considerar el cómo se valoran estos datos. Planteado el problema en estos términos, Lupton (2013) distingue tres aproximaciones al riesgo según el grado de vinculación con el contexto social: el realismo ingenuo (*naïve realism*), el realismo crítico o construccionismo social débil (*weak constructionist*) y el construccionismo social fuerte (*strong constructionist*).

La aproximación al riesgo que la autora llama «realismo ingenuo» se encontraría presente en disciplinas tales como la ingeniería, la estadística, psicología y la economía. En ellas se asume, sin mayor reflexión, que el riesgo es un dato externo que no depende de nuestras prácticas sociales en su configuración, pero que puede ser percibido de manera defectuosa por una ciudadanía mal informada. Esta perspectiva asume un modelo individualista de racionalidad que recibe el riesgo como un *input* al momento de adoptar decisiones. De allí que el foco de atención desde esta perspectiva sea identificar los obstáculos de las personas en la comprensión del riesgo y cómo comunicarlo sin distorsiones ni sesgos (Tansey y Rayner 2008, 53-54; Lupton 2013, 26-35). Como desde esta perspectiva el riesgo es un hecho objetivo que puede ser calculado, se vincula fuertemente con orientaciones tecnocráticas en política que defienden la regulación del riesgo como un asunto que debe ser entregado a los expertos a quienes la ciudadanía debiese deferir en atención a sus conocimientos especializados. Como consecuencia, la discusión pública queda configurada bajo un lenguaje matemático, en el cual destaca el análisis costo beneficio (*vid.* 4.2).

El realismo crítico, según esta autora, admite que los peligros a los cuales estamos expuestos existen de manera independiente de nuestras convenciones y creencias, agregando que el contexto social favorece la selección y atención a solo algunos de ellos, de manera que su objeto de estudio son aquellos elementos que contribuyen a dicha selección (Douglas 1992, 29-30; Lupton 2013, 43, 52-112). Como explican Tansey y Rayner (2008, 67)

Risk becomes politicised not simply because it is a threat to life but because it is a threat to ways of life. Rather than ask how a risk comes to be magnified or how risk perceptions are influenced by heuristics, irrationality or pure emotion, this approach asks indirect questions: At whom is the finger of blame being pointed? Who is being held accountable? What is being rejected and what is being defended in a particular collective social action? This implies that for issues such as genetically modified organisms, research that seeks to demonstrate the safety of the technology will not dissipate political opposition since protest is in defence of a moral boundary.

El riesgo se politiza no sólo porque es una amenaza para la vida, sino porque es una amenaza para las formas de vida. En lugar de preguntarse cómo llega a magnificarse un riesgo o cómo la percepción del riesgo está influida por la heurística, la irracionalidad o la pura emoción, este enfoque plantea preguntas indirectas: ¿A quién se señala con el dedo acusador? ¿A quién se responsabiliza? ¿Qué se rechaza y qué se defiende en una determinada acción social colectiva? Esto implica que, en cuestiones como los organismos modificados genéticamente, la investigación que pretende demostrar la seguridad de la tecnología no disipará la oposición política, ya que la protesta es en defensa de un límite moral.

El construccionismo fuerte, por su parte, afirma que el riesgo es el resultado de discursos sociales asociados a la institucionalización del poder y que se producen solo en un contexto social determinado. La dinámica del discurso del riesgo, en tanto mecanismo de control social, produciría determinadas racionalidades, estrategias y subjetividades que, aunque fuertemente imbricadas en la red social, son contingentes (Lupton 2013, 113-42).

No es sencillo evaluar estas aproximaciones a partir del término «riesgo» porque éste se utiliza para decir muchas cosas. Sin una identificación precisa del fenómeno que se intenta capturar con ese término, no es nada fácil apreciar la contribución que ofrecen estas aproximaciones. Por ejemplo, el construccionismo fuerte tiene plausibilidad si el fenómeno al cual se refiere es la discusión acerca de la migración y, especialmente, los efectos en los índices de empleabilidad. Pero si lo que se discute es el umbral que determina la peligrosidad de la concentración de contaminantes en un lago, es innegable que los efectos de éstos se producen de manera independiente de nuestras creencias. Para discutir la dimensión política del riesgo ambiental, entonces, resulta más provechoso asumir un realismo crítico que toma en consideración tanto los aspectos naturales como los socioculturales.

Lupton (2013, 55-56, 79-80) ubica dentro del realismo crítico dos perspectivas: la simbólico cultural (asociada a los trabajos de Mary Douglas) y la sociedad del riesgo (asociada a los trabajos de Ulrich Bech y Anthony Giddens). Para Douglas (1992, 22) es cierto que los riesgos tecnológicos se han incrementado considerablemente. Pero no es menos cierto, agrega, que algunos otros han disminuido si se atiende a las tasas de mortalidad y morbilidad. Ello sugiere que lo que parece ser novedoso en las sociedades contemporáneas es una mayor conciencia política de la tecnología la cual es debatida en esta esfera términos de riesgo. Como explicación de este fenómeno, la autora propone la siguiente tesis:

a culture needs a common forensic vocabulary with which to hold persons accountable and further that risk is a word that admirably serves the forensic needs of the new global culture.

una cultura necesita un vocabulario forense común con el que responsabilizar a las personas y, además, el riesgo es una palabra que sirve admirablemente a las necesidades forenses de la nueva cultura global.

Advierte Douglas (1992, 23-25) que el uso político del término «riesgo» se aleja de sus orígenes en el dominio matemático de las probabilidades, que es más bien neutro, y que actualmente denota un resultado negativo. En esta línea de pensamiento, es posible agregar que el uso de este término envuelve una evaluación de un acontecimiento futuro. Expresa contemporáneamente una evaluación negativa de un estado de cosas futuro que, por ello, motiva una acción presente. En estos términos, racionaliza una acción. Para Beck (2009, 218), «el concepto de riesgo invierte la relación entre pasado, presente y futuro. El futuro, es decir, algo no existente, construido y ficticio adopta su lugar como causa de la experiencia y acción actual». En definitiva, el riesgo entra en las proyecciones de los resultados de nuestras acciones, y se asume que, en alguna medida, el futuro se encuentra sujeto a nuestro control (de la Fuente Castro 2019, 826-27).

Douglas (1992, 25-29) observa un cierto parentesco del riesgo con el vocabulario premoderno para referirse a los peligros: el tabú o el pecado. Explica esta autora que en todas las culturas existen modos de organizar el mundo y a partir de ello es posible identificar anomalías (aquello que no encaja en nuestras categorías) o ambigüedades (aquello que encaja en más de una de ellas). La estabilidad de este sistema de clasificación depende de la existencia de modos de enfrentarlos. Dice Douglas (1966, 40)

Any given system of classification must give rise to anomalies, and any given culture must confront events which seem to defy its assumptions. It cannot ignore the anomalies which its scheme

produces, except at risk of forfeiting confidence. This is why, I suggest, we find in any culture worthy of the name various provisions for dealing with ambiguous or anomalous events.

Cualquier sistema de clasificación debe dar lugar a anomalías, y cualquier cultura debe enfrentarse a acontecimientos que parecen desafiar sus supuestos. No puede ignorar las anomalías que produce su esquema, salvo a riesgo de perder la confianza. Por eso, sugiero que en cualquier cultura digna de ese nombre encontremos diversas disposiciones para tratar los acontecimientos ambiguos o anómalos.

Esta autora afirma que, en este aspecto, no existe mucha diferencia entre el mundo premoderno y el moderno. En ambos casos, la identificación de lo anómalo, aquello que se encuentra fuera de lugar, llama a restaurar el orden que el sistema de clasificación expresa (Douglas 1966, 41). Pero el proceso de secularización que ha acompañado a la modernidad no hace posible continuar estas prácticas en un lenguaje religioso. De allí que la neutralidad del término «riesgo» habría hecho posible que funcionara como un equivalente funcional para la construcción de una comunidad moral. En este sentido, Douglas y Wildavsky (1983, 8) señalan que cada sociedad tiene su propio portafolio de riesgos, esto es, aquellos fenómenos que tienen el potencial de un daño futuro y que por ello motivan la acción política para lidiar con ellos, pero cuya selección se encuentra determinada por una elección previa acerca de cómo vivir (un aspecto fundamental en la comprensión de la técnica que ofrece Ortega y Gasset 2015). Observa también Douglas (1992, 28) que una diferencia importante entre el discurso en base al pecado/tabú y el del riesgo

To be «at risk» is equivalent to being sinned against, being vulnerable to the events caused by others, whereas being «in sin» means being the cause of harm. The sin/taboo rhetoric is more often used to uphold the community, vulnerable to the misbehaviour of the individual, while the risk rhetoric upholds the individual, vulnerable to the misbehaviour of the community.

Estar «en riesgo» equivale a estar en pecado, ser vulnerable a los sucesos causados por otros, mientras que estar “en pecado” significa ser la causa del daño. La retórica del pecado/tabú se utiliza más a menudo para defender a la comunidad, vulnerable al mal comportamiento del individuo, mientras que la retórica del riesgo defiende al individuo, que es vulnerable al mal comportamiento de la comunidad.

A la luz de estas discusiones, es posible afirmar que el realismo crítico distingue entre dos tipos de enunciados: aquellos enunciados que describen los fenómenos que ocurren en nuestro entorno en el lenguaje de probabilidades y aquellos enunciados que se refieren a éstos en términos de riesgo. El riesgo agrega una demanda de acción política que no está presente en la mera descripción de nuestro entorno que ofrecen las ciencias empíricas. De allí que el riesgo pueda ser comprendido como una construcción social.

Diaz-Leon (2015) explica que parte importante del proyecto asociado a la literatura que reúne las discusiones acerca de qué es una construcción social tienen en común el rechazo a la inevitabilidad del rasgo que exhibe un individuo. Es decir, la existencia de una propiedad (como «género» o «raza») sobre la base de prácticas sociales, instituciones o convenciones no es necesaria (no se encuentra determinada por la naturaleza de las cosas) ni tampoco metafísicamente posible (en alguna otra configuración del mundo). De ello se sigue la relevancia de este tipo de discusiones: la dependencia que exhibe una construcción social respecto de hechos sociales hace posible el cambio cultural, en la medida en que las prácticas sociales de las cuales dependa puedan ser cambiadas oportunamente. Como explica Diaz-Leon (2015, 2)

the instantiation or distribution of X is contingent upon certain social events and social arrangements: if those social events and arrangements were different, then facts about X could be different.

la instanciación o distribución de X está supeditada a determinados acontecimientos y arreglos sociales: si esos acontecimientos y disposiciones sociales fueran diferentes, los hechos sobre X podrían ser diferentes.

Al examinar la construcción social de un objeto, la autora observa que en la literatura se discuten dos procesos que dan lugar a una concepción causal de la construcción social y una constitutiva. Diaz-Leon (2015, 5-6) lo explica en los siguientes términos

An object or kind is *causally* socially constructed when social factors or social agents are causally responsible for the existence of the object or the instantiation of the corresponding properties. On the other hand, an individual or property F is *constitutively* socially constructed when it is part of the definition of what it is for someone to be an F, or part of the nature of being an F (i.e. what makes someone an F), that Fs stand in some relation to social agents or social factors.

Un objeto o tipo es *causalmente* construido en términos sociales cuando los factores o los agentes sociales son causalmente responsables de la existencia del objeto o de la instanciación de las propiedades correspondientes. Por otro lado, un individuo o propiedad F es *constitutivamente* construido en términos sociales cuando es parte de la definición de lo que es para alguien ser un F, o parte de la naturaleza de ser un F (es decir, lo que hace que alguien sea un F), que los Fs estén en alguna relación con agentes o factores sociales.

Un ejemplo de un objeto socialmente construido en términos causales es el reloj que tengo en mi muñeca mientras escribo. Ciertamente, su existencia depende de ciertos hechos sociales y dicha dependencia es causal: es el resultado de un proceso bajo el cual se articula su fabricación. Algo diferente ocurre con los hechos institucionales: el hecho de que un papel de ciertas características cuente como dinero no hace que el billete de 10 euros en mi billetera exista, solo explica en qué consiste. Por cierto, ambas categorías no son excluyentes (Diaz-Leon 2015, 7). En el caso del reloj y el dinero es posible apreciar una dimensión bajo la cual es posible explicar su existencia en términos causales (su fabricación) y otra bajo la cual es posible ofrecer una explicación en términos constitutivos (qué cuenta como tal). La distinción es relevante, explica la autora, porque para los propósitos de articular la acción social necesaria para alcanzar un mayor grado de justicia social, es el enfoque constitutivo el que parece más iluminador (2015, 12).

En estos términos, en un sentido relevante la dimensión constitutiva sería primitiva porque de ella dependerán los hechos sociales que producen una construcción social en términos causales. Si se mira al riesgo en términos institucionales es posible advertir que consiste en eventos políticos en los cuales se aceptan y distribuyen peligros que describen las ciencias empíricas. Es en este sentido que el riesgo es algo más que el conocimiento que nos ofrecen sobre nuestro entorno las ciencias empíricas: consiste en el resultado de un proceso de institucionalización.

2.3.3 El riesgo en el derecho

Corresponde en esta subsección revisar de qué manera el riesgo se juridifica por medio de reglas secundarias. Dicho en términos de MacCormick (2007, 21-37), cómo el riesgo se institucionaliza. Con el propósito de ubicar sistemáticamente la determinación normativa del riesgo ambiental dentro del fenómeno más amplio de la institucionalización del riesgo, en lo que sigue realizaré una presentación abstracta, es decir, enfatizaré solo algunos rasgos relevantes que permitan construir

esquemáticamente las categorías bajo las cuales se desarrolla este fenómeno, sin presentar detalladamente cómo se manifiestan cada una de ellas en un sistema jurídico determinado. Esto último solo se hará en el capítulo 4 respecto del ejercicio de potestades normativas de la administración que, como se verá enseguida, es una parte de este esquema. Con ello, se pretende principalmente ofrecer una explicación contextualizada en términos institucionales de la regulación ambiental que haga posible comprender sus límites y relaciones con otras actividades que componen el esquema. Complementariamente, y esto es algo que requerirá ser examinado en futuras investigaciones, este esquema sirve como hipótesis acerca de la institucionalización del riesgo y, en estos términos, solo una exposición detallada podría demostrar su suficiencia, cuestión que toma más tiempo del que se puede destinar en una investigación doctoral. Una última prevención. La terminología aquí utilizada no sigue la de un sistema jurídico en particular, sino que más bien intenta mostrar el fenómeno de manera esquemática para su comprensión. En este sentido, la diversidad terminológica que se puede advertir tanto en textos legales como en exposiciones dogmáticas puede ser esquematizada bajo lo que aquí presento (aunque no realizo la tarea de identificar y reagrupar esta diversidad terminológica).

En la política ambiental es frecuente que el riesgo sea caracterizado bajo un modelo conceptual donde interviene una fuente de peligro y un receptor que se ve expuesto a ella (modelo SPR, por su sigla en inglés a partir del «source-pathway-receptor model» que se le atribuye a Holdgate 1979).

Fuente de peligro es toda aquella sustancia, agente o estado de cosas que tiene la capacidad de provocar un efecto adverso. Por ejemplo, son fuentes de peligro el almacenamiento de sustancias peligrosas, las emisiones de contaminantes a la atmósfera, la descarga de residuos industriales líquidos a un río y el derrame de petróleo. Es indiferente si se trata de actividades reguladas o accidentes, el énfasis se encuentra en el potencial de generar un efecto adverso y por ello demanda nuestra atención.

Los receptores, son elementos del medio ambiente que consideramos valiosos y que son susceptibles de verse afectados en caso de exposición a una fuente de peligro. Este es el caso del agua, un bosque, glaciares, suelo, la salud humana.

La interacción entre una fuente de peligro y un receptor se da por medio de una vía de exposición, esto es, un medio por donde se produce la exposición a la fuente de peligro, como, por ejemplo, el aire o el agua.

De acuerdo con este modelo, por ejemplo, no sería lo mismo la instalación de una central nuclear en el desierto de Atacama que en la ciudad de Santiago. En el primer caso, atendida la escasa biodiversidad y población presente, el riesgo será mucho menor que su instalación en la capital si se analiza en función de esos receptores.

Este modelo conceptual del riesgo sirve para dos propósitos, uno preventivo y otro correctivo. El conocimiento de los efectos adversos que puede provocar una fuente de peligro a los receptores ubicados en su área de influencia, determinada por las vías de exposición pertinentes, permite adoptar una decisión sobre las condiciones bajo las cuales una actividad riesgosa puede realizarse en forma segura, es decir, los términos bajo los cuales se acepta el riesgo. Y desde un punto de vista correctivo, como sería el caso de un accidente, permite diseñar un plan para controlar una

contingencia ambiental y de este modo combatir sus impactos ambientales eficientemente.



Figura 3. Modelo SPR.

Tomando como referencia el modelo SPR, la institucionalización del riesgo admite ser capturada en base a dos grupos de distinciones.

La primera de ellas dice relación con el hito relevante a partir del cual el riesgo se institucionaliza. En la literatura usualmente se toma como hito para trazar esta distinción la producción de un daño (Doménech Pascual 2017), pero me parece más apropiado pensar la institucionalización del riesgo tomando como hito el inicio de una actividad riesgosa (de la Fuente Castro 2019). En estos términos, es posible distinguir entre un conjunto de tareas o cometidos que se realizan con anterioridad al inicio de una actividad riesgosa (*ex ante*) y otras que se realizan durante su desarrollo e incluso una vez finalizada (*ex post*).

La segunda distinción presta atención a las tareas o actividades específicas frente al riesgo. Esteve Pardo (2021) distingue aquí entre la aceptación del riesgo, su gestión (que llamaré levantamiento de información) y la atribución de responsabilidad. Tomaré esta clasificación porque me parece que captura exhaustivamente las distintas funciones que cumplen las actividades específicas asociadas al riesgo, pero advierto que le daré un significado algo diferente al que le da este autor. La siguiente figura muestra un mapa de la institucionalización del riesgo bajo el esquema que se forma al juntar ambas distinciones.

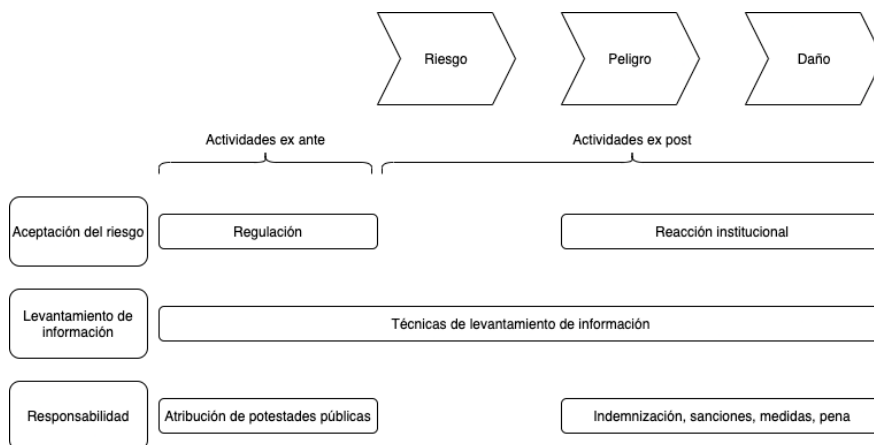


Figura 4. Mapa de la institucionalización del riesgo.

La aceptación del riesgo consiste en un juicio acerca de los términos bajo los cuales se admite la exposición a posibles eventos futuros que son potencialmente dañosos. En tanto juicio, supone que los eventos de los que se trate pueden ser descritos como una instanciación de propiedades normativas que determinan su aceptación o rechazo y, en función de ello, activará distintas respuestas institucionales. Nótese que la aceptación del riesgo siempre refiere a una actividad humana teniendo a la vista su potencial dañoso (fuente de peligro) o su exposición a un daño (receptor), y es en virtud de ello que se configura para que pueda realizarse en forma segura.

En términos *ex ante*, la aceptación del riesgo consiste en la ausencia de una prohibición. La actividad riesgosa puede realizarse y usualmente quedará sujeta a ciertas condiciones que, en su conjunto, expresan los términos bajo los cuales el riesgo que genera es aceptado por una comunidad política determinada. Esteve Pardo (2021, 176-79) distingue entre una aceptación general del riesgo y una específica. La aceptación general consiste en la adopción de una regla que se refiere a una categoría de actividades riesgosas, por ejemplo, la generación de energía nuclear. Una ley que la prohíba, por tanto, significa que el riesgo no ha sido aceptado por una comunidad política. Otro ejemplo son los límites de emisión establecidos para una categoría de fuentes emisoras en un territorio determinado o los límites de concentración de contaminantes en algún componente ambiental. En estos términos, la aceptación general del riesgo se realiza por medio de la regulación administrativa (*vid.* 4.1).

La regulación consiste en una anticipación colectiva frente a actividades que tienen la aptitud de ocasionar un daño. Consiste en un control *ex ante* que intenta configurar un estado de cosas en el cual podemos desarrollar nuestros planes de vida. La naturaleza anticipatoria de la regulación supone actuar sobre la base de «mundos posibles» que intentamos corregir antes de que sean realidad. Para ello, es preciso conocer la fuente de peligro, cómo interactúa con su entorno, especialmente cómo afecta a los receptores de interés, y de qué manera su potencial peligro puede ser gestionado con el propósito de mantener los beneficios que su existencia ofrece para la sociedad. Todo esto requiere de una intensa actividad de recopilación, organización, sistematización y análisis de datos.

Una actividad riesgosa que no se encuentra sujeta a una prohibición absoluta, usualmente quedará sujeta a satisfacer ciertas condiciones que requieren ser acreditadas ante autoridades administrativas. De allí que otra técnica por medio de la cual se acepta el riesgo es la autorización administrativa. En este caso, la autoridad no solo verifica que se cumplen con reglas generales aplicables a la actividad regulada, sino que también en el acto autorizatorio se pueden precisar las condiciones que debe satisfacer quien tiene interés en desarrollarla a la luz de sus características concretas, como el lugar de emplazamiento, su tamaño, tecnología que utiliza, etc.

En términos *ex post*, la aceptación del riesgo se vincula a una reacción institucional frente al peligro y el daño. Consiste en un juicio acerca de la caracterización de un estado de cosas actual y la activación de una reacción institucional tendrá lugar cuando el contenido de dicho juicio exprese una calificación de peligro o daño. Este vínculo se explica porque la reacción institucional se dirige hacia la fuente de peligro que ha provocado un estado de cosas que es calificado como una situación de peligro

o un daño a uno o más receptores. Esto ocurre *ex post* especialmente cuando la caracterización de los receptores y su menoscabo se formula por medio de conceptos generales, de manera que para en su aplicación al caso es preciso tener a la vista sus circunstancias concretas y, por ello, la aceptación del riesgo *ex post* consiste en una especificación necesaria para activar la reacción institucional (*vid.* 1.3 y 4.1).

Conforme a lo expuesto, es posible trazar una distinción entre riesgo permitido, peligro y daño. El riesgo permitido refiere a las condiciones bajo las cuales se aceptan actividades riesgosas. Una situación de peligro, por su parte, dice relación con el desarrollo de una actividad riesgosa incumpliendo las condiciones bajo las cuales sus riesgos son aceptados por una comunidad política. Finalmente, el daño consiste en un menoscabo perceptible y relevante a alguna propiedad del receptor que admite ser atribuido causalmente a una actividad riesgosa. Nótese que el daño puede ser ocasionado tanto desde el riesgo permitido como desde el peligro. Parte de la idea de riesgo es asumir la posible ocurrencia de un daño que, no obstante, se acepta en atención a los beneficios que reporta la actividad riesgosa. Además, la calificación es normativa y, en este sentido, está expuesta al error: el riesgo permitido puede dar lugar a un daño porque la situación fue evaluada erróneamente. No refleja su real peligrosidad, sino que responde al estado del arte de las ciencias empíricas y especialmente a la información disponible en base a las cuales se basa dicha caracterización (*vid.* 4.1). La racionalidad de la reacción institucional, entonces, se encuentra en su aptitud para responder adecuadamente a estos casos.

Existen dos grupos de teorías que responde a la pregunta de qué es un daño: las comparativas y las no comparativas (*vid.* García Amado 2018). Las teorías comparativas contrastan una situación actual, provocada por una acción u omisión, con otra que hubiese ocurrido de no mediar dicha acción u omisión, y que sirve para realizar una evaluación del caso en términos tales que, de existir diferencias negativas, el menoscabo será calificado como un daño. En las teorías no comparativas el daño se mide estrictamente en base a la satisfacción de determinados umbrales y, en este sentido, prescinde para los propósitos de su configuración de la ocurrencia de algún evento que lo produzca. En la institucionalización del riesgo, ambas perspectivas son relevantes. Como explica García Amado (2018, 282) a propósito de la responsabilidad civil, pero que es una idea que puede generalizarse con provecho para la institucionalización del riesgo,

Sin un enfoque comparativo no es posible correlacionar el daño y la imputación de su responsabilidad [una reacción institucional], es decir, pensar el daño no como estado de cosas, sino como resultado de alguna manera «reprochable» de la conducta ajena. Pero, a la vez, lo que de muy útil aporta la concepción no comparativa del daño es la herramienta analítica para la individuación del daño precisamente como estado conceptualmente independiente de las circunstancias atípicas relacionada con su causación por los sujetos.

La idea de peligro, por su parte, ha sido trabajada profusamente en la dogmática penal. Es importante tener a la vista que en esta disciplina el trabajo dogmático se desarrolla asumiendo como parte de su método que las normas de sanción que, en su conjunto, componen al derecho penal, tienen una finalidad cuya identificación tiene un impacto en las explicaciones que ofrece la doctrina y que usualmente se identifica y precisa con referencia a la protección de bienes jurídicos (Hefendehl 2007; Mañalich 2021b). En estos términos, la noción de bien jurídico permite mostrar la racionalidad detrás de la protección penal que dispensa esta área del derecho. Esto

se puede apreciar, por ejemplo, en el modo en que Mañalich (2021c, 81) inicia su análisis sobre las categorías de delito de peligro

Que lo que llamamos «bien jurídico» se identifique con el objeto de protección de una norma de comportamiento punitivamente reforzada, significa que la finalidad de tal norma consiste en que sea evitada la realización de una determinada forma de comportamiento que habría de traer aparejada una merma del valor del respectivo bien jurídico, desde el punto de vista de su titular o sus beneficiarios. Semejante merma del valor de un bien jurídico puede ser genéricamente tematizada como su menoscabo delictivamente relevante.

La noción de bien jurídico que maneja la dogmática penal se encuentra conectada con la reacción a la que da lugar su menoscabo: la pena. Pero, como aclara Mañalich (2021c, 82), la identificación del bien jurídico no prejuzga cuándo interviene el derecho penal. Esto depende de una decisión basada en una tripartición de categorías de menoscabo del bien jurídico que motiva una reacción institucional: la lesión, el peligro concreto y el peligro abstracto. Como lo que aquí interesa es la atribución de responsabilidad penal, cada una de estas categorías puede ser configurada independientemente, sin que sea necesario usar una noción que comprenda el peligro concreto y el peligro abstracto como una anticipación de la lesión que deba ser acreditada (aunque en la dogmática penal es algo controvertido, *vid.* Mañalich 2021c, 81-89). Siguiendo esta línea de pensamiento, la propuesta de conceptualización de Mañalich (2021c) es de naturaleza práctica, en el sentido de que no hace necesario situar el peligro en un «espacio-temporal» donde equivalga a un momento en el cual la lesión resulta inminente, sino que más bien dice relación con el quebrantamiento de un disfrute despreocupado del bien jurídico como resultado de un estado de cosas donde una posible lesión de éstos queda entregada al azar. En palabras de este autor (2021c, 89)

Dado que la función de toda norma de comportamiento es la de servir como premisa (práctica) para la fundamentación de concretos deberes de abstención o de acción, las normas cuyo quebrantamiento es constitutivo de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto se orientan a la neutralización deóntica del desamparo situacionalmente azaroso de los bienes jurídicos que, de esa manera, resultan protegidos.

Esta discusión en la dogmática penal permite advertir dos elementos relevantes para una comprensión de la aceptación del riesgo *ex post*. El primero, su carácter normativo: aquello que se tematiza como riesgo no responde a la naturaleza de las cosas, sino que es un juicio. Y segundo, que este juicio depende de la reacción institucional de que se trate. En este sentido, es posible afirmar que la semántica del riesgo es contextual.

La segunda actividad frente al riesgo la he llamado levantamiento de información y reúne un conjunto de técnicas de recopilación de datos que se desarrollan *ex ante* y *ex post*. La autorización administrativa no solo precisa el riesgo de una actividad en concreto *ex ante*, sino que además cumple una función informativa porque los datos proporcionados por quien tenga interés en desarrollarla serán incorporados a la base de datos de la autoridad competente con el propósito de organizar actividades *ex post*. Asimismo, en este grupo de tareas *ex ante* se encuentran los avisos de inicio de actividades, que se cumple por medio de una comunicación de quien tiene interés en desarrollar una actividad riesgosa a la autoridad competente. En este grupo se encuentra también, por ejemplo, el levantamiento de información que se realiza con el propósito de identificar riesgos naturales para, posteriormente, establecer zonificaciones específicas en instrumentos de planificación territorial. En términos

ex post existen una serie de actividades destinadas a monitorear el estado en que se encuentra una actividad riesgosa y sus efectos a fin de contrastarla con los términos bajo los cuales el riesgo que genera ha sido aceptado. Aquí se reúnen técnicas como deberes de información, solicitudes de información por parte de la autoridad, inspecciones y, en general, actividades de fiscalización.

La tercera actividad es la atribución de responsabilidad. En términos *ex ante* es relevante la asignación de tareas a autoridades por medio la atribución de potestades públicas, cuyo carácter fiduciario puede ser explicado a partir de la noción de responsabilidad-rol (*vid.* 3.2.1). En materia de riesgos, es claro que su institucionalización pasa necesariamente por un momento en el cual se crea y atribuyen potestades a uno o más organismos públicos con el propósito de asumir actividades de control y seguimiento del riesgo. En estos términos, quienes desempeñan cargos públicos son responsables por el riesgo. Nótese que la concepción responsabilidad-rol no es equivalente a una responsabilidad-sujeción. Para que esa última opere se requiere atribuir una incorrección y el merecimiento de una reacción (Figueroa Rubio 2019, 44-45).

En términos *ex post*, frente a un daño o la generación de una situación de peligro, la reacción más habitual será la atribución de responsabilidad civil, penal o administrativa, aunque también puede incluir medidas de control de riesgos. Se trata aquí de una responsabilidad-sujeción que opera retrospectivamente y que consiste, en términos generales, en hacerse cargo de éstos en función del riesgo cuya aceptación se encuentra normativamente configurada, ya sea *ex ante* o *ex post*.

Es importante notar que la responsabilidad *ex post* ha sido el modo en que se inaugura la institucionalización del riesgo. Esta es, por cierto, una curiosa interpretación de la historia del derecho, porque en la antigüedad no se tematizaban problemas jurídicos en estos términos. Pero, para el derecho, el fenómeno que intenta capturar la noción de riesgo en términos generales no es algo nuevo. La anticipación de eventos futuros siempre ha jugado un rol relevante al momento de asignar consecuencias jurídicas frente a hechos o acciones. En materia de responsabilidad esto es algo evidente. Con todo, como explica (Steele 2004), la discusión filosófica respecto a la práctica de atribuir responsabilidad es más reciente y las distintas perspectivas allí asumidas permiten comprender la hipótesis de institucionalización del riesgo que aquí he presentado.

Explica esta autora que una primera aproximación ha sido individual y se vincula con la preguntar acerca de cómo se relaciona un agente con las consecuencias de sus decisiones. Una segunda aproximación, que avanza hacia una generalización del fenómeno, enfatiza la agregación de los resultados de nuestras acciones y desarrolla técnicas para justificar la localización de costos sobre la base de una distribución global que responda a ciertos valores, como la eficiencia o la justicia. Por último, una tercera aproximación presta atención a las limitaciones de las técnicas que intentan medir el riesgo a fin de ofrecer una base objetiva sobre la cual adoptar una decisión y en respuesta a ello afirma su naturaleza política.

3 Una teoría de las potestades administrativas

En un sentido jurídico la actividad administrativa consiste en el ejercicio de potestades jurídicas otorgadas a la administración pública por medio de una ley. El objetivo de este capítulo es dilucidar la normatividad de las potestades administrativas y ofrecer una imagen más compleja del derecho administrativo frente al paradigma de la norma prescriptiva imperfecta caracterizada en 1.2.2. Con este propósito, en la primera sección de este capítulo se examina la noción de potestad jurídica en general y los elementos que configuran una clase especial de potestad fiduciaria: la potestad administrativa. A continuación, el carácter fiduciario de las potestades administrativas será analizado desde la noción de responsabilidad-rol, la cual denota aquello por lo cual responden quienes ocupan un cargo. Esto último nos conducirá a examinar la eficacia y eficiencia de la actividad administrativa, perspectiva que complementa a la dogmática tradicional del control de la administración y que servirá como marco teórico para presentar en el capítulo 4 un análisis de la regulación ambiental.

3.1 La naturaleza de las potestades jurídicas

En un sentido amplio, las potestades son una habilitación para producir un cambio en la realidad jurídica, ya sea limitando o ampliando la situación de quien se encuentra sujeto a ella por un tiempo determinado (*vid.* MacCormick 2007, 153-55; Hohfeld 1923). Para dilucidar en virtud de qué se produce este cambio, esta sección se organiza en tres partes. En la primera de ellas se revisa parte de la discusión que ha tenido lugar en la teoría del derecho (3.1.1) con el propósito de identificar los elementos que parecen ser más relevantes para formular una ontología de las potestades jurídicas que será examinada en una segunda parte (3.1.2). Por último, se presenta una dilucidación de las potestades administrativas bajo la idea de poder fiduciario (3.1.3).

Antes de comenzar, conviene recordar una nota terminológica sobre esta discusión formulada en 1.2.3. En la literatura se utilizan, sin un criterio que me resulte transparente, las expresiones «ser competente», «tener competencia», «normas de competencia», «poderes», «potestades jurídicas», «normas que confieren poderes», «reglas secundarias», «relaciones jurídicas de segundo orden». Sin perjuicio de esta diversidad terminológica, el fenómeno al cual se refieren ha sido presentado con claridad por MacCormick (1998, 494)

notwithstanding the necessary relative stability of any normative order [as constituted by ideas of right and wrong], almost any such order that we can imagine will contain some possibility for making deliberate changes in the normative situation as it affects individuals.

A pesar de la necesaria relativa estabilidad de cualquier orden normativo [como el constituido por las ideas de lo correcto y lo incorrecto], cualquier orden de este tipo que podamos imaginar contendrá alguna posibilidad de realizar cambios deliberados en la situación normativa que afecta a los individuos.

En esta línea, la discusión que aquí presento puede ser presentada en base a tres proposiciones:

- (1) Existen reglas que habilitan a las personas a modificar la realidad jurídica.

- (2) Estas reglas configuran una potestad jurídica que al ser ejercida por su titular modifica la realidad jurídica.
- (3) El ejercicio de una potestad jurídica consiste en producir un cambio en la realidad jurídica ya sea creando algo nuevo o especificando una relación existente.

3.1.1 Las teorías no reductivistas en la teoría del derecho

En el capítulo 1 presenté a las teorías reductivistas acerca de las potestades jurídicas (*vid.* 1.2.3) y expliqué que las potestades jurídicas no podían ser entendidas como normas prescriptivas. Ahora es el momento de revisar las teorías no reductivistas.

Un buen punto de partida para revisar las teorías no reductivistas es la obra de Hohfeld (1923). Si bien este autor no tuvo un interés particular por las potestades jurídicas, se refiere a ellas en su examen de las «conceptos jurídicos fundamentales» que se encuentran presente en el discurso jurídico (*vid.* Kramer 1998, 6-60 y un análisis crítico a literatura secundaria en 101-111; Corbin 1919; Moreso y Vilajosana 2004, 139-46; Duarte d'Almeida 2016; Arriagada Cáceres 2018; Orunesu y Rodríguez 2018).

Como punto de partida, advierte este autor que la difundida creencia de que toda relación jurídica puede ser reducida a derechos y deberes, que se expresa en la predominancia del uso indiscriminado de esos términos en la práctica jurídica, afecta la efectividad e inteligibilidad del derecho (1923, 35-36/1968, 47-49). La complejidad del fenómeno jurídico, explica, admite ser capturada en forma más clara sobre la base de un esquema de ocho posiciones jurídicas fundamentales. Este esquema puede ser reconstruido por medio de cuatro pasos.

El primer paso es la desambiguación. El término «derecho», explica Hohfeld (1923, 36), es usado en la práctica jurídica para expresar cuatro posiciones jurídicas diferentes, que denominó potestad, inmunidad, derecho en sentido estricto y libertad (privilegio). Y el término «deber», agrega, es usado para expresar otras cuatro posiciones jurídicas, que llamó sujeción, inhabilidad (incompetencia), no-derecho y deber.

El segundo paso es la explicación de cada una de ellas por medio de una contrastación bajo lo que ha sido llamado el «axioma de la correlatividad» (Kramer 1998, 24-49). Hohfeld (1923, 36/1968, 49) se resiste a formular definiciones formales porque las encuentra insatisfactorias e incluso inútiles. En lugar de ello, su método consiste en mostrar cómo cada una de estas posiciones se vinculan entre sí con el propósito de capturar su sentido. Para ello, realiza un contraste por correlación y por contradicción (*vid.* Kramer 1998, 7-8 y nota al pie; Orunesu y Rodríguez 2018, párr. 21).

Dado que se trata de relaciones entre dos sujetos, es posible tomar prestado el lenguaje de primer orden de la teoría de conjuntos para la formalización del esquema y denotar por comprensión la relación R entre x e y como el conjunto de pares ordenados del conjunto $\{x, y\}$ del siguiente modo⁵⁶

⁵⁶ Esta formalización solo tiene como propósito mostrar de manera simplificada esta esquematización, facilitando con ello su visión en conjunto en pocas páginas.

$$R_x = \{\langle x, y \rangle: x \text{ tiene una relación jurídica con } y\}$$

Cuando asumimos el punto de vista de x . Si asumimos el punto de vista de y

$$R_y = \{\langle y, x \rangle: y \text{ tiene una relación jurídica con } x\}$$

Haciendo uso del símbolo \wedge para la conjunción, podemos expresar las posiciones jurídicas correlativas así

$$xR_x y \wedge yR_y x$$

Y usando el símbolo \neg para la negación, podemos expresar las posiciones contradictorias del siguiente modo

$$xR_x y \wedge \neg(xR_y y)$$

Reemplazando el subíndice de R según el tipo de posición jurídica de que se trate, obtenemos $xR_d y$ para derecho, $yR_e x$ para deber, $xR_l y$ para libertad (privilegio), $yR_n x$ para no-derecho, $xR_p y$ para potestad, $yR_s x$ para sujeción, $xR_i y$ para inmunidad, y $yR_q x$ para inhabilidad (incompetencia). Con ello, podemos representar las posiciones jurídicas correlativas del siguiente modo

$$xR_d y \wedge yR_e x$$

$$xR_l y \wedge yR_n x$$

$$xR_p y \wedge yR_s x$$

$$xR_i y \wedge yR_q x$$

Y las posiciones jurídicas contradictorias

$$xR_d y \wedge \neg(xR_n y)$$

$$xR_l y \wedge \neg(xR_e y)$$

$$xR_p y \wedge \neg(xR_q y)$$

$$xR_i y \wedge \neg(xR_s y)$$

Correlación y contradicción permiten configurar cuatro situaciones generales que podemos designar con una H para indicar que se trata de una concepción hohfeldiana

$$H_1 = \{xR_d y, yR_e x, \neg(xR_n y), \neg(yR_l x)\}$$

$$H_2 = \{xR_l y, yR_n x, \neg(xR_e y), \neg(yR_d x)\}$$

$$H_3 = \{xR_p y, yR_s x, \neg(xR_q y), \neg(yR_i x)\}$$

$$H_4 = \{xR_i y, yR_q x, \neg(xR_s y), \neg(yR_q x)\}$$

El tercer paso consiste en clasificar estas relaciones jurídicas según su objeto entre aquellas de primer orden y de segundo orden (Kramer 1998, 20). Las relaciones de

primer orden se refieren a la conducta de las personas y las de segundo orden se refieren a las relaciones jurídicas de primer o segundo orden (volveré a esta distinción más adelante).

Primer Orden = $\{H_1, H_2\}$

Segundo Orden = $\{H_3, H_4\}$

El cuarto paso es plantear que la relación entre las relaciones jurídicas de segundo orden y las de primer orden existe un orden de precedencia que explica la activación de resultados institucionales bajo la idea de cambio. En estos términos, si en t_0 el conjunto de relaciones jurídicas las representamos como S_0 , el ejercicio de una potestad (entendida como H_3) en t_1 dará lugar a S_1 . Y la inhabilidad para producir este cambio (entendida como H_4) significa que en t_1 el conjunto de relaciones jurídicas será S_0 .

Algunos comentarios al esquema hohfeldiano.

Es importante notar que este esquema fue elaborado a partir de conflictos jurídicos discutidos en tribunales. En este sentido, las ocho posiciones jurídicas fundamentales que lo conforman dan cuenta de una actividad adjudicativa en la cual las partes afectadas participan presentando pruebas y argumentos razonados (*vid.* Fuller 1978, 364). Esto explica que el axioma de correlatividad refiere a correlaciones entre posiciones jurídicas de un mismo grado de especificidad (Kramer 1998, 42) que pueden ser formuladas como argumentos en un proceso judicial.

Otro aspecto relevante es que este esquema puede ofrecer una descripción compleja de una relación jurídica como combinación de aquellas de primer y segundo grado. Si A afirma ante B que tiene un derecho a X (relación de primer grado H_1), parece razonable que B pregunte en virtud de qué existiría tal derecho, es decir, que se explicita la relación de segundo grado H_3 que fundamenta la pretensión de que existe una relación H_1 entre ambos (nótese que en este caso la explicación puede referir a un tercero P que instituyó la relación de primer grado H_1). En estos términos, el esquema hohfeldiano ofrece una estructura para formular argumentos jurídicos que puede prescindir de la idea de «derechos naturales».

Hohfeld (1923, 63-64) se mostró bastante confiado con este esquema de relaciones jurídicas fundamentales. Moreso y Vilajosana (2004, 144-46) señalan que este esquema es formulado con una pretensión de exhaustividad, suficiencia e irreducibilidad mientras que Duarte d'Almeida (2016, 559) lo califica como comprensivo y fundamental. Como es habitual, esta confianza operó como una invitación a encontrar contraejemplos (*vid.* Kramer 1998; Duarte d'Almeida 2016). Con todo, estas críticas no parecen haber conseguido desarticular el esquema hohfeldiano al cual, hasta el día de hoy, se le reconoce cierta aptitud explicativa (Moreso y Vilajosana 2004, 144-46; Orunesu y Rodríguez 2018). Veamos, entonces, qué dice Hohfeld (1923) respecto de las potestades jurídicas (o mejor dicho, las relaciones de segundo orden comprendidas por H_3 y H_4).

Al respecto, Hohfeld (1923, 50-51/1968, 70) afirma que para efectos prácticos es suficiente tener a la vista la siguiente explicación aproximada

Un cambio en una determinada relación jurídica puede resultar: (1) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes, que no están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos; o

(2) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes que están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos. En relación con la segunda clase de casos, se puede decir que, la persona (o personas) cuyo contralor es decisivo tiene la potestad (jurídica) de efectuar el particular cambio en la relación jurídica en juego.

Siguiendo el análisis propuesto por este autor, para comprender la situación jurídica a la que refiere el término «potestad» es preciso apreciarla a partir de su correlativo y su negación. En estos términos, el correlativo de una potestad es la sujeción (*legal liability*), que para Hohfeld (1923, 58/1968, 84) es lo opuesto a una inmunidad (*immunity*). La inmunidad la entiende de un modo similar a la libertad negativa externa de Kant (*vid.* 2.1.1). Dice Hohfeld (1923, 60/1968, 88) que «una inmunidad es la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o “contralor” jurídico de otro, con respecto a una relación jurídica.» Comentando lo anterior, Kramer (1998, 21) explica que el titular de una inmunidad no queda expuesto al ejercicio de una potestad de parte de alguien, en lo que respecta al alcance de esta inmunidad.

El ejercicio de una potestad causa un cambio en la situación jurídica del destinatario, activando un resultado institucional en el cual éste último no necesariamente interviene. Uno de los ejemplos que ofrece Hohfeld (1923) para ilustrar esta figura jurídica es aquella que denota la voz inglesa *agency* (1923, 52/1968, 74-75)

La creación de una relación de *agency* implica, *inter alia*, la concesión de potestades jurídicas al llamado *agent*, y la creación de sujeciones correlativas para el *principal*. Es decir, una parte, *P*, tiene la potestad de crear potestades de *agency* en cabeza de la otra parte, *A*. Por ejemplo, la potestad de transferir la propiedad de *P*, la potestad de imponer obligaciones (llamadas) contractuales sobre *P*, la potestad de «recibir» el dominio de una propiedad.

La sujeción no consiste en un deber (ambas figuras son conceptos jurídicos fundamentales), sino que más bien somete a la creación de un deber (o alguna otra posición jurídica) en caso de que sea creado por quienes tengan potestades para ello. Hohfeld (1923, 59/1968, 85) ejemplifica esta característica de las potestades con la regulación de los jurados, respecto de la cual señala que

Es una sujeción que somete a la creación de un deber. El último sólo surgirá cuando, en ejercicio de sus potestades, las partes litigantes y los funcionarios del tribunal hayan hecho lo que es necesario para imponer el deber específico de cumplir las funciones de jurado.

Es importante tener presente que el resultado institucional que activa el ejercicio de una potestad puede ser un cambio en sentido amplio, ya sea positivo o negativo (Hohfeld 1923, 60 n. 90/1968, 87; *vid.* Kramer 1998, 20-21). Lo relevante es apreciar cómo una potestad sirve de antecedente que explica la configuración actual de alguna otra posición jurídica.

Por último, la negación de una potestad es la inhabilidad (*disability*) o no-potestad (Hohfeld 1923, 60/1968, 87), que es, a su vez, el correlativo de inmunidad.⁵⁷

Una manera de acercar el esquema hohfeldiano al derecho administrativo consiste en contrastarlo con las ideas de quien ha inspirado la comprensión de las potestades

⁵⁷ Genaro Carrió traduce *disability* por incompetencia. Recientemente Kurki (2017) ha sostenido que el esquema de Hohfeld (1923) es más amplio que aquello que se discute en el derecho continental bajo la expresión «normas de competencia». Por esta razón, en la exposición de Hohfeld (1923) he optado por un término que mantenga esa diferencia en la comprensión de las potestades jurídicas.

administrativas que se ofrecen en las explicaciones dogmáticas de esta disciplina: Santi Romano (Romano 1964). Este autor parece compartir la comprensión holística de Hohfeld (1923). Explica que las distintas figuras jurídicas subjetivas se vinculan conceptualmente entre sí en términos tales que (1964, 298)

ninguna puede ser seguramente definida, si no se definen exactamente las demás; lo mismo que en el juego de las palabras cruzadas en el que no se puede estar cierto de la justa solución, si no se ponen en su lugar todas las palabras.

En la comprensión de las potestades de este autor resalta la idea de que éstas son un momento intermedio en la especificación de una relación jurídica (Romano 1964, 344-45). Por una parte, es una manifestación de la capacidad que «se despliega en una determinada dirección y en orden a un fin determinado» (1964, 328) y, por otra, es un antecedente que explica una posición jurídica determinada pero que es independiente de ella (1964, 317-18).

Para Romano (1964, 320) la sujeción no es todavía una relación jurídica específica, sino que más bien una posición estable, permanente y general. Aclara que estar expuesto a los efectos del ejercicio de un poder jurídico no consiste en una subordinación a su titular. Estos efectos descansan en la eficacia del ordenamiento jurídico (Romano 1964, 312; también Kramer 1998, 103-5) y reconocer este punto le permite más adelante observar que quien recibe los efectos de un poder jurídico puede encontrarse en una posición de superioridad, igualdad o inferioridad (Romano 1964, 315-16).

Conviene aquí detenerse un momento para evitar malentendidos con la noción de sujeción. Las potestades jurídicas, bajo la comprensión de Hohfeld (1923) y Romano (1964) que he expuesto, operan como un antecedente que permite explicar una situación jurídica presente. La idea de sujeción solo significa que al activarse por el titular de la potestad el resultado institucional de que se trate, el destinatario no dispone de medios jurídicos para blindarse frente a sus efectos (aunque una vez producidos podría rechazarlos, como ocurre con la calidad de legatario, pero la posibilidad de rechazarlos forma parte de la relación jurídica específica creada por el ejercicio de la potestad). En este sentido, como señala Kramer (1998, 20)

a power consists in one's ability to effect changes in legal or moral relations, while a liability consists in one's being unshielded from the bringing about of changes by the exertion of a power.

una potestad consiste en la capacidad de efectuar cambios en las relaciones jurídicas o morales, mientras que la sujeción consiste en no estar protegido contra la realización de cambios por el ejercicio de un poder.

La sujeción, por tanto, no es pensada frente a la mera voluntad o poder fáctico del titular de la potestad. Ni tampoco como una posición jurídica pasiva dentro de una relación jurídica específica del tipo H_1 o H_2 del esquema hohfeldiano. Se trata de un concepto jurídico fundamental. Romano (1964, 317) utiliza una metáfora de filiación para explicarlo

El poder es un antecedente, o, si se quiere, su fuente y su título [de la relación jurídica específica], del cual, apenas surgidos, se separan, adquiriendo una figura y una vida propia. En otros términos, el poder engendrará en algunos casos la relación de la cual es un elemento la obligación, juntamente con el derecho correlativo, pero el progenitor, precisamente por serlo, no es el hijo.

Con esta metáfora intenta transmitir de qué manera comprende la diferenciación entre la potestad y el resultado de su ejercicio (una especificación de una relación

jurídica). Romano (1964, 331) considera que las potestades son «una categoría jurídica autónoma, irreductible a otras». Hohfeld (1923, 63-64/1968, 92-93) llama a las ocho posiciones jurídicas fundamentales el «mínimo denominador común del derecho». En esta línea, comentando el esquema hohfeldiano, Kramer (1998, 20) explica que potestad, sujeción, inhabilidad e inmunidad configuran relaciones jurídicas de segundo orden, que refieren directamente a la configuración jurídica de un sujeto (*entitlement*) y solo indirectamente a la conducta y las relaciones sociales de las personas, que son objeto de las relaciones jurídicas de primer orden.⁵⁸

En ambos autores se encuentra presente la idea de que las normas de conducta son el resultado de una actividad que, en su explicación, requiere de algo más que la noción de norma prescriptiva. Para capturar esta distinción es útil pensar en distintos niveles bajo los cuales entender lo normativo, los cuales responden a preguntas diferentes. Cuando nos preguntamos acerca de qué es lo obligatorio, prohibido o permitido nos situamos en un primer nivel donde la respuesta consiste en identificar normas prescriptivas, esto es, aquellas que exhiben una estructura condicional modulada en términos deónticos. Cuando nos preguntamos en virtud de qué una conducta es obligatoria, se encuentra prohibida o está permitida es preciso posicionarse en un segundo nivel, donde la respuesta consiste en identificar qué cuenta como una actividad que produce normas prescriptivas. Y para comprender este segundo nivel es preciso advertir que se encuentra gobernado por reglas de distinto tipo (*vid.* Mañalich 2021a, párr. 27).

La relevancia de distinguir entre diversos tipos de reglas para la comprensión del fenómeno jurídico es uno de los aspectos más destacados de Hart en *The concept of law* (*vid.* Hart 2012, 27-42/1968, 34-53 y el capítulo V). Para explicar la diferencia entre estos tipos de reglas Hart (2012, 81/1968, 101) se sirve de dos criterios (*vid.* Kramer 2018, 70-78). El primero de ellos consiste en reunir dentro de la clase «reglas primarias» a las normas de conducta y dentro de la clase «reglas secundarias» a las habilitaciones para producir un cambio normativo. El segundo criterio consiste en una dependencia a la existencia de otro tipo de reglas. En estos términos, las reglas secundarias son «parasitarias» de las reglas primarias porque al ser éstas su objeto, las presuponen.

Dentro de estas reglas secundarias Hart (2012, 27/1968, 35) ubica a las potestades jurídicas. A ellas se refiere en los siguientes términos

Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares *facilidades* para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho.

Hart (2012, 32) no se propone realizar un examen exhaustivo de las normas que confieren poderes, pero sí presenta algunos de sus rasgos más relevantes,

⁵⁸ Ferrer Beltrán (2000, 8) afirma que el análisis de Hohfeld «es compatible con cualquiera de las tesis en conflicto acerca del carácter de las normas de competencia», pero parece claro que, al ser posiciones jurídicas fundamentales, no puede ser reducidas a normas prescriptivas, lo que excluye a las teorías reductivistas. En este sentido Kramer (1998, 107-8) y Duarte d'Almeida (2016, 559, 563).

especialmente frente a las normas prescriptivas. Esto permite apreciar la importancia de la distinción para la comprensión del fenómeno jurídico (*vid.* Hart 2012, cap. V).

El primero de ellos se aprecia al distinguir entre sanción y nulidad (*vid.* Hart 2012, 33-35/1968, 42-45). Una norma que prohíba realizar una conducta, explica Hart, puede existir sin que exista una sanción asociada a su incumplimiento, pero esto no ocurre con la nulidad o invalidez asociada al incumplimiento de las normas que confieren poderes. En el primer caso habrá un problema de efectividad de la norma: si se exige a las autoridades una declaración de patrimonio e intereses en forma previa a asumir su cargo sin establecer una sanción en caso de su omisión, la regla es comprensible y lo que se puede criticar es su efectividad para satisfacer estándares de transparencia en la gestión pública («es letra muerta», se dirá). Al ser la regla comprensible admite al menos ser usada para formular un juicio de reproche hacia las autoridades que no la cumplan. No ocurre lo mismo con el quorum de mayoría simple para aprobar una ley, que es ininteligible sin la invalidez que trae aparejada un acto del Congreso que no satisface dicho quorum. En palabras de Hart (2012, 31/1968, 39)

la conformidad con las condiciones especificadas por las reglas que confieren las potestades legislativas es un paso semejante a una «jugada» en un juego tal como el ajedrez; tiene consecuencias definibles en términos de las reglas, y el sistema habilita a las personas para alcanzar esas consecuencias.

El segundo, consiste en apreciar la diferente función social de estas reglas. Mientras las reglas prescriptivas orientan la conducta de sus destinatarios, las potestades jurídicas amplían sus posibilidades de acción (Hart 2012, 41-42/1968, 52-53). Debido a la relevancia de este rasgo para la comprensión de las potestades jurídicas la siguiente subsección se ocupa especialmente de este asunto.

3.1.2 La ontología de las potestades jurídicas

Hart observó en *The Concept of Law* que concebir al derecho, según la teoría dominante en ese momento, como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas oscurecía rasgos importantes del fenómeno jurídico. De manera más específica, señaló que (2012, 38/1968, 48)

ellas pagan un precio demasiado elevado para adquirir la agradable uniformidad a que reducen todo el derecho, pues deforman las diferentes funciones sociales que los diferentes tipos de reglas cumplen.

Como vimos en la subsección anterior, dentro de estos diferentes tipos de reglas a las que hace referencia Hart, cuya asimilación a órdenes respaldadas por amenazas no es posible, se encuentran aquellas normas que no imponen deberes ni obligaciones, sino más bien otorgan a los particulares «facilidades para llevar a cabo sus deseos» (Hart 2012, 27/1968, 35). Uno de los «grandes aportes del derecho a la vida social», explica Hart (2012, 28/1968, 35), es precisamente la atribución de potestades que habilitan a las personas para «armar estructuras de derechos subjetivos y deberes» o, como señala MacCormick (2007, 159/2012, 205), para «producir alguna figura jurídica, alguna nueva constelación de relaciones jurídicas».

Se trata de hechos institucionales por medio de los cuales las personas desarrollan sus planes de vida. Vale la pena detenerse brevemente en dilucidar qué significa que por medio de este tipo de normas, que Hart llamó «normas que confieren poderes»,

las personas amplíen sus posibilidades de actuación gracias a la existencia de hechos institucionales (*vid.* Lagerspetz 2017).

De acuerdo con Searle (2010), uno de los rasgos característicos de los animales humanos es la extensión de las posibilidades de cooperación por medio del lenguaje, que caracteriza como un sistema de representaciones simbólicas. Dice este autor (2010, 16)

The human mind is able to create systems of symbolic representations. We can use those systems to perform meaningful speech acts. The structure of the speech acts is as beautifully simple and elegant as the structure of the mental states. Once you see how the nature of meaning creates the possibility of speech acts, you can see that the limits set by language are already limits set by the mind.

La mente humana es capaz de crear sistemas de representación simbólica. Podemos usar estos sistemas para realizar actos de habla dotados de significado. La estructura de los actos de habla es tan bellamente simple y elegante como la estructura de los estados mentales. Una vez que se advierte cómo la naturaleza del significado crea la posibilidad de los actos de habla, es posible ver que los límites establecidos por el lenguaje ya se encuentran establecido por la mente.

Por medio de actos de habla del tipo «declaración» los animales humanos asignamos colectivamente a otras personas, objetos o entidades una función, adquiriendo de este modo un «estatus funcional». Se trata de una invención humana en el sentido de que no es algo que responda directamente a la estructura física de las cosas, sino que es algo que los seres humanos agregamos al mundo y que configura nuestra realidad social (Searle 2010, 7, 58-60, 94). Por medio de un acto de habla declaración, la persona, objeto o entidad se «instituye» en algo diferente: se crea un hecho institucional.⁵⁹

El estatus funcional que se crea por medio de un acto de habla del tipo declaración sirve a una necesidad que emerge de una interacción social que configura el contexto en el cual ésta opera. Este contexto motiva una actitud colectiva o compartida que sostiene al hecho institucional el cual, no obstante, es independiente de creencias individuales. Esta relativa independencia de los hechos institucionales se explica por su carácter normativo: dependen de reglas que los configuran y que no son disponibles en un nivel individual (*vid.* Lagerspetz 2017). Se trata de un fenómeno estrictamente normativo que se basa en el seguimiento de reglas por parte de los miembros de una comunidad, que se ve posibilitado por el uso de términos que expresan conceptos cuya extensión son la reglas a las cuales se sujeta un hecho institucional.

Esto es especialmente importante para comprender al fenómeno jurídico. Para poder apreciarlo es preciso detenerse brevemente en la normatividad de los hechos institucionales y cómo se vincula con las potestades.

⁵⁹ Así, en el ámbito jurídico, MacCormick (1986, 52) señala: «Contracts, rights of ownership, corporations, and marriages have temporal, though no spatial, existence; *they are set up, or as we might say "instituted", by the performance of some act or the occurrence of some event* and they continue in existence until the moment of some further act or event.» (Énfasis añadido). Cabe tener presente que en el lenguaje jurídico el término «hecho» denota más bien un evento. En la terminología de Searle, tiene un alcance más amplio.

Como explica MacCormick (1986, 51-54, 59), el discurso jurídico se organiza por medio de entidades abstractas que llama «instituciones jurídicas». Ejemplos corrientes de estas instituciones jurídicas son el contrato, propiedad, testamento, acto administrativo, potestad jurídica, etc. Se trata, en definitiva, de las unidades por medio de las cuales la dogmática reconstruye un sistema jurídico. En un nivel menos abstracto, explica este autor, se encuentran un conjunto de reglas que configuran la existencia de instancias de estas instituciones, esto es, su regulación específica en un sistema jurídico determinado (el derecho de contratos en el derecho chileno). Y en un último nivel, existen instancias de una institución jurídica, donde ocurre un evento o se realiza un acto en el modo y circunstancias correctas conforme a un sistema jurídico, dando así lugar a las consecuencias previstas por dicha institución (el contrato entre Alberta y Bartolomeo).

Las instituciones jurídicas, en el sentido que les da este autor, presentan como rasgos comunes que cada vez que ocurre una instancia de alguna de ellas tiene lugar una consecuencia para una o más personas interesadas, la cual tendrá una duración determinada también por ella. De acuerdo con lo anterior, MacCormick (1986, 53-54; 2007, 36-37/2012, 57-58) sostiene que las reglas de una institución jurídica (el nivel intermedio) tienen una estructura triádica, distinguiendo entre reglas institutivas (que determinan la existencia de una instancia de la institución), reglas consecuenciales (el conjunto de reglas que indican las consecuencias jurídicas que se siguen de ello) y reglas terminativas (que señalan el evento o acto cuya ocurrencia pone término la instancia de una institución jurídica).

La relación entre estas reglas que configuran a una institución jurídica y la función que desempeña en nuestra vida social ha sido destacada por Atria (2016, 145-57) en su teoría de los conceptos jurídicos. Como los hechos institucionales emergen en respuesta a problemas que surgen, a su vez, de nuestra interacción social, no podemos dar por hecho que éstos desaparecerán. Al contrario, la existencia de un hecho institucional evidencia que el problema aún está allí presente y por ello necesitamos de él. A esto Atria (2016, 20, 154, 427-28) lo llama «idea pre-institucional», la cual determina la función del concepto jurídico. Pero como esta función presenta un grado de abstracción muy alto se necesitan reglas que configuren nuestras instituciones jurídicas de manera tal que hagan probable la realización de esta idea pre-institucional. Estas reglas proveen de una estructura, un conjunto de elementos que, en su conjunto, dan forma a un concepto jurídico y que contribuyen a hacer probable una idea que, sin la mediación de esta estructura, no sería viable.

Atria (2016, 459), en su comprensión de las instituciones jurídicas, distingue dos pasos

El primero es la respuesta a la pregunta por el sentido de la institución (su inteligibilidad): es un modo de hacer probable algo que es improbable. El segundo es sobre la manera en que la institución hace esto (su operación): un testamento es un medio institucional para identificar la última voluntad del causante, pero cuando la pregunta es si un testamento es válido la institución excluye la pregunta substantiva: «¿representa este testamento la última voluntad del causante?». Un contrato es una institución que pretende identificar los intercambios equitativos, es decir, un intercambio en el cual ninguna de las partes ha tratado al otro como si este fuera solo un conjunto de recursos a ser explotados para beneficio propio, pero para determinar si un contrato es válido la institución excluye la pregunta substantiva: «¿es este intercambio equitativo?». La legislación es una institución cuyo sentido es identificar lo que va en el interés de todos, pero cuando una ley es promulgada su validez es inmune a la objeción de que ella no va en el interés de todos, que en ese

caso ciertos intereses particulares fueron especialmente eficaces en manipular el procedimiento legislativo en su favor.

En la práctica, entonces, la estructura se independiza de la función a la cual sirve en el sentido de que la aplicación del derecho no precisa de una apelación a ella. Basta con el seguimiento de las reglas que configuran una institución jurídica. Esta relativa independencia es importante para que las reglas puedan proveer estabilidad a la institución jurídica pero nunca es total. El conjunto de reglas forma una unidad a la luz de la función que hacen probable. Es la función la que hace inteligible a la estructura y permite identificarla.

En base a estas ideas es posible mostrar la importancia que tiene el uso de los términos que expresan conceptos jurídicos en el discurso público (especialmente en el de los juristas) para que los hechos institucionales desempeñen su función. Pero antes de explicar esto, es preciso aclarar previamente qué ocurre cuando se asigna un estatus funcional a un objeto, persona o entidad. Al respecto, Searle (2010, 8, 42-60) explica que los estados funcionales requieren de una «intencionalidad colectiva» que los sostengan: los estados funcionales dependen de la aceptación o reconocimiento colectivo para que puedan funcionar y su uso constante refuerza al estatus funcional colectivamente asignado. Dice este autor (2010, 103-4)

The institution and the institutional facts within the institution require continued recognition or acceptance because they exist only as long as they are so recognized or accepted. One mark of recognition or acceptance is continued usage of the institution and institutional facts, and this requires the usage of the corresponding vocabulary. Acceptance need not take the form of an explicit speech act and can range all the way from enthusiastic endorsement to grudging acquiescence.

La institución y los hechos institucionales dentro de ella requieren de un reconocimiento o aceptación continuado porque ellos existen solo en la medida de que sean reconocidos o aceptados. Una prueba de reconocimiento o aceptación es el uso continuado de la institución y los hechos institucionales, y para ello se requiere del uso del vocabulario correspondiente. La aceptación no precisa tomar la forma de un acto de habla explícito y puede transitar todo el camino que va desde una adhesión entusiasta hasta una conformidad a regañadientes.

El seguimiento de las reglas que configuran hechos institucionales, favorecido por medio del uso difundido dentro de una comunidad de aquellos términos que expresan el concepto cuya extensión son las reglas que rigen a una institución jurídica, crea una realidad social y jurídica. Es este el contexto que permite a las personas diseñar planes de vida significativos dentro de una comunidad política. De allí la enorme importancia de las habilitaciones que reconoce el derecho a las personas para hacer uso de estas instituciones jurídicas. La activación de una instancia de una institución jurídica por medio del ejercicio de una potestad permite a una persona alcanzar el fin al cual sirve dicha institución (*vid.* Raz 2022, 162-178). Pero para ello, se requiere de un uso generalizado del concepto que se facilita con un orden normativo institucional.

Para comprender la función social que cumplen las potestades jurídicas, Hart (2012, 41/1968, 52) sostuvo que era insuficiente poner atención a lo que ocurre en litigios privados o causas penales. Los datos a partir de los cuales resulta provechoso formular inferencias acerca del fenómeno jurídico se encuentran más allá de lo que ocurre en tribunales. El derecho se encuentra presente en la vida de las personas no solo cuando participan en procesos judiciales. Cuando se aprecian las potestades desde el punto de vista de quien las ejerce, explica Hart (2012, 41/1968, 52)

[a]parecen [...] como un elemento adicional introducido por el derecho en la vida social, por encima del elemento de control coercitivo. Esto es así porque la posesión de estas potestades jurídicas hace que el ciudadano particular [...] se convierta en un legislador privado.

Desde una perspectiva más amplia, MacCormick (2007, 155/2012, 200) vincula la idea de cambio con el carácter relacional de las potestades jurídicas para explicar su naturaleza normativa. Dice este autor

Este aspecto habilitador del derecho envuelve la capacidad legalmente atribuida de alterar las situaciones o relaciones jurídicas de los sujetos de derecho. Las potestades en derecho son en su forma más simple poderes para variar de alguna manera lo que es lícito o ilícito hacer.

Según el «propósito social que cumplen en la vida de la comunidad», Ross (1961, 117-18) distinguió dos tipos de potestades jurídicas (que llama normas de competencia): la autonomía privada y la autoridad pública. La función social de la autonomía privada es «permitir al individuo dar forma a sus propias relaciones jurídicas conforme a sus propios intereses dentro del marco del orden legal», mientras que la función social de la autoridad pública es «servir a los intereses de la comunidad, aquello que es llamado el bienestar común». En términos similares, MacCormick (2007, 174-75/2012, 224) señala que las potestades públicas se orientan a bienes generales y tienen un carácter unilateral, a diferencia de las potestades privadas que se orientan a bienes privados y tienen un carácter bilateral o multilateral.

Las potestades administrativas son sin lugar a duda potestades públicas. Pero ¿al servicio de qué valor son ejercidas? Para comprender la función de la administración, o, mejor dicho, del ejercicio de potestades administrativas, téngase en cuenta que ésta se compone de personas naturales que se desempeñan profesionalmente como funcionarios públicos dentro de una organización que se estructura bajo un principio jerárquico. Las acciones que realizan estos funcionarios públicos se atribuyen al organismo público al cual pertenecen, quien «actúa» por medio de estas personas (Merkl 2014, 221-22). Esto implica que algunos actos realizados por un individuo son realizados a cuenta propia, en ejercicio de una potestad privada, y otros se atribuyen a un ente ficticio. ¿Cuál es el criterio para distinguir uno u otro caso? Esta pregunta fue formulada y respondida por Ross (1961) en los siguientes términos.

Ross (1961, 116) distingue entre actos jurídicos y actos materiales (*factual acts*). En el caso de los primeros, señala que las acciones de una persona se atribuyen al organismo público cuando se trata del ejercicio de un poder otorgado al actor por medio de una norma que determina las condiciones que debe cumplir dicho acto para producir las consecuencias legales que correspondan, distinguiendo así entre los aspectos personal, formal y material cuya satisfacción permite predicar la validez del acto.

Con relación a los actos materiales, Ross (1961, 120) distingue entre el uso de fuerza física en contra de otros en atención a un privilegio que caracteriza como una «libertad cualificada» en el sentido de que quienes no tienen este privilegio no pueden hacer uso de la fuerza contra otros, y que se encuentra asociado al propósito de mantener el orden público (*law and order*), como ocurre en el caso de la policía. Además de este tipo de actos, existen otro tipo de actividades materiales más generales que puede realizar cualquier persona, como construir caminos, entregar cartas, aunque bajo ciertos límites, como ocurre con el Estado que no puede contraer matrimonio.

En el caso del uso de la fuerza, la acción se imputa a un organismo público por razones normativas: representa el ejercicio de autoridad pública que, como es ampliamente aceptado, tiene su monopolio (*vid.* desde una perspectiva republicana Lovett 2016). En los otros casos de actos materiales, Ross hace una analogía con el mundo privado donde es usual decir que alguien hizo algo cuando se le encarga un trabajo a un tercero. Dice este autor Ross (1961, 122)

So, to say that a man has built a house, or that he runs a business enterprise, and similar statements, mean that by paying for it he induces other persons to act in accordance with his wishes and that in this way he achieves the desired results.

Por lo tanto, al decir que una persona ha construido una casa, o que dirige una empresa, y afirmaciones similares, significa que al pagar por ello esa persona induce a otras a actuar según sus deseos y que de este modo logra los resultados deseados.

Para Ross (1961, 122), tratándose de acciones materiales que no dicen relación con el uso de la fuerza, éstas se atribuyen a un organismo público porque se realizan con cargo al presupuesto público. Esto permite conectar con una idea enunciada anteriormente. La creación de órganos administrativos responde a un diagnóstico de la política respecto a una necesidad que surge de nuestra interacción social y que requiere de una acción. Para estos propósitos, se provee a cada organismo público un conjunto de medios materiales y jurídicos, no solo presupuestarios, para que con ellos actúe al servicio de los objetivos establecidos en la ley. El conjunto de los sectores en los cuales intervienen los órganos administrativos, que en su conjunto constituyen a la administración pública, representa el interés público. De ello se sigue que la función de las diversas actuaciones administrativas es contribuir a la creación y gestión de lo público.

3.1.3 Las potestades administrativas

Las explicaciones que ofrece la dogmática administrativa respecto de las potestades públicas se han desarrollado al margen de la discusión antes ofrecida. Lo primero que salta a la vista al examinar la literatura pertinente es la ausencia de la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias. Lo anterior se manifiesta en el modo en que se distingue, contra Romano, entre potestades jurídicas y derecho subjetivo. Así, por ejemplo, para de la Cuétara (1986, 43-44) ambas figuras jurídicas se diferencian por el «título» que les antecede. En el caso de las potestades, el interés ajeno. Y en el caso del derecho subjetivo, el interés propio. Para de la Morena (1992, 876), la diferencia radica en la cantidad de poder atribuida. Bajo este entendimiento, un derecho subjetivo representaría una cantidad de poder inferior a la otorgada por medio de una potestad, pero que no determina los fines a los cuales su ejercicio puede ser dirigido. En contraste, mientras la potestad jurídica representaría una mayor cantidad de poder atribuido, ésta queda en cualquier caso constreñida por el fin que la configura.

La consecuencia más relevante de no distinguir entre reglas primarias y reglas secundarias consiste en el entendimiento que produce respecto del efecto modulador que tiene el interés al cual sirve la potestad administrativa. Explica García de Enterría y Fernández (2020; 490; en igual sentido Gamero Casado 2021, 63)

la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias. Todo lo cual no es una simple admonición moral, sino que es mecanismo técnico preciso; esta «adherencia al fin»

(público) condiciona la validez de los actos administrativos en que se expresa el ejercicio de las potestades [...], del mismo modo que la omisión del ejercicio de la potestad cuando el interés colectivo lo exige constituye una irregularidad en el funcionamiento de la Administración que puede determinar tanto una condena a ese ejercicio [...], como eventualmente, una responsabilidad patrimonial de la Administración cuando de tal omisión se hayan derivado daños a particulares.

Es esta comprensión de las potestades administrativas la que da lugar al paradigma de la norma prescriptiva imperfecta. Éstas se explican corrientemente como una técnica de juridificación del poder (García de Enterría y Fernández 2020, I:488) y, en esos términos, equivaldría a una norma de conducta dirigida a la administración. Así, por ejemplo, de la Cuétara (1986, 15) explica que las potestades administrativas

no actúan en el campo de la formación de la voluntad colectiva, sino en el de la más estricta obediencia a la norma jurídica (que predetermina ineludiblemente la voluntad de sus titulares). En este caso, y como se verá en su momento, el Derecho tiene siempre la última palabra.

Las potestades administrativas, bajo este entendimiento, serían un poder jurídico limitado fundamentalmente por el fin que se establece al momento de ser atribuido (norma de fin). De allí la descripción que ofrece de la Cuétara (1986, 33)

Se trata de una parcela del poder público general, totalmente juridificada, funcionalizada al servicio de fines concretos y fraccionada en «dosis medibles».

En contraste, mientras la administración dispone de una «potestad/función», delimitada irremediabilmente por el fin que inspira su creación, el legislador y la jurisdicción disponen de una «potestad/poder» que los sitúa en el «ámbito superior del ordenamiento jurídico», espacio de pura creación jurídica. El carácter limitado e impotente de las potestades administrativas se aprecia claramente en la siguiente imagen que ofrece de la Cuétara (1986, 15)

El funcionario, atrincherado en la legalidad de sus expedientes, necesita conocer a fondo el significado del instrumento que tiene en sus manos, so pena de desviarlo de su auténtica finalidad; el político, obsesionado por la dinámica del poder (que puede llegar a convertirse en verdadera *libido dominandi*), necesita saber cuándo actúa como «creador de Derecho» y cuándo como «servidor del mismo», cuándo puede transformar y cuándo debe respetar los fenómenos sociales sobre los que está llamado a proyectar su acción.

La dificultad que trae aparejada esta comprensión de las potestades administrativas es que con ello se vuelve opaco lo público y se cae en el mito del derecho como dado del legalicismo (*vid.* 1.1.1). En efecto, el único modo de defender esta concepción sería afirmar, por ejemplo, que todo ejercicio de una potestad normativa no es si no una especificación de una norma ya existente. Así parece entenderlo Gamero (2021, 79-80)

la potestad administrativa no busca satisfacer un interés general inmanente o abstracto, sino el concreto fin que le adscriba e identifique el Ordenamiento jurídico. La fijación del interés general atendible en cada tiempo y lugar es función del legislador, y se manifiesta con ocasión del reconocimiento de las potestades administrativas: al tiempo que el legislador atribuye una potestad conforme al principio de legalidad, establece cuál es el interés general que debe perseguirse con su ejercicio.

La estrategia de explicar la actividad administrativa por medio de la noción de «norma de fin» no es adecuada porque solo nos permite identificar el sector en el cual actúa un órgano administrativo, sin dar cuenta de los desacuerdos políticos que dibujan el contexto de decisión de la actividad administrativa.

Recordemos que estos desacuerdos se producen en dos niveles: priorización y acción política. Por una parte, por constreñimientos prácticos no nos queda más remedio que discutir acerca de los asuntos públicos uno a uno, lo que exige cierto orden bajo el cual serán discutidos. Este orden expresa ciertas preferencias en el sentido que aquello que se prioriza da cuenta de su valor relativo frente a los otros asuntos en la lista. Deliberar sobre algún aspecto de nuestra vida social implica dejar de prestar atención, al menos momentáneamente, a otros aspectos de ésta. Y la selección de aquellos asuntos a los cuales prestaremos atención asume, implícita o explícitamente, algún criterio de priorización que refleja los valores de los diversos grupos sociales que componen a una comunidad política.

Pero una vez seleccionado uno de estos asuntos, puede ocurrir que existan varias opciones incompatibles entre sí. Aquello respecto de lo que se delibera es una acción política y muchas veces los desacuerdos se producen entre diversas acciones que son incompatibles entre sí. Debido a estas circunstancias que determinan la actividad administrativa, esta no puede ser caracterizada bajo un modelo subsuntivo. En lugar de ello, resulta más apropiado entender el problema de razón práctica que enfrenta la administración como un balance de razones (*vid.* 3.3.2 y 4.2.2).

Es importante tener en mente que toda acción política tiene el propósito de producir un cambio en la realidad social. Para comprender adecuadamente este efecto de la acción política, es útil analizarlo en términos abstractos a partir de la noción de «orden normativo».

Explica MacCormick (1998, 493-94) que todo orden normativo se encuentra constituido por ideas relativamente estables de lo correcto y lo incorrecto a las cuales las personas refieren en sus relaciones con otras. Agrega que los órdenes normativos usualmente admiten la posibilidad de realizar cambios deliberados en la situación normativa que afecta a las personas. En este contexto, señala MacCormick (1998, 494)

Power in its widest sense is the ability to cause or to prevent change in some prevailing state of affairs. As between human beings, power of one over another is the ability within some determinable context to take decisions that bring about changes affecting that other's interests regardless of his or her consent or dissent.

El poder, en su sentido más amplio, es la capacidad de provocar o impedir cambios en un estado de cosas predominante. Entre los seres humanos, el poder de uno sobre otro es la capacidad, dentro de un contexto determinado, de tomar decisiones que provoquen cambios que afecten a los intereses de ese otro, independientemente de su consentimiento o desacuerdo.

La acción política, en estos términos, es ejercicio de poder político. Dado que en un Estado de derecho toda fuente de normatividad es la ciudadanía, esta capacidad de la acción política de producir un cambio en la realidad social responde a ella en términos positivos y en términos negativos (*vid.* Herranz Herrer 2020, 183-84). Quienes ejercen potestades públicas se encuentran sujetos a que sus decisiones exhiban algún grado de legitimidad porque realizan el interés público sin desestabilizar el orden normativo bajo el cual actúan. Como el ejercicio de una potestad puede ser evaluada bajo una idea general de correcto e incorrecto, legítimo o ilegítimo, la posibilidad de producir este cambio es independiente de la evaluación que se realice al ejercicio de la potestad que lo produce y la reacción frente a ello. Y

para hacer inteligible esta evaluación y reacción es importante separar la potestad de las normas bajo las cuales se evalúa su ejercicio.

En estos términos, lo que caracteriza al Estado de derecho es el régimen jurídico de las potestades públicas, el cual se desarrolla en términos positivos y negativos. En el caso de los órganos administrativos, en un sentido positivo este régimen jurídico consiste en los medios materiales y jurídicos de que dispone para realizar el interés público en el sector asignado a un órgano administrativo. Y en un sentido negativo, las normas prescriptivas que definen los límites de su actividad.

En el caso de las potestades administrativas, este cambio se funda en la realización del interés público en un sector de lo público. Esta idea se conceptualiza en la dogmática administrativa bajo la noción de potestad fiduciaria, que se concibe como aquella que se ejerce por un interés ajeno o por un interés objetivo (Romano 1964, 309). El vínculo al que da lugar este tipo de potestades lo caracteriza Romano (1964, 310) en los siguientes términos

Carácter propio de las funciones [potestades fiduciarias] tanto públicas como privadas, es el de ser al mismo tiempo libres y vinculadas: libres, en cuanto su sujeto tiene siempre una cierta esfera dentro de la cual se hace valer su voluntad; vinculadas, en cuanto, no sólo no pueden salirse de ciertos límites, sino que deben ejercitarse si, cuando y como lo exigen los intereses para los cuales están constituidas. Por eso la libertad máxima a ellas consentida no es nunca el pleno arbitrio, sino el «prudente arbitrio»: toda función [potestad fiduciaria] es poder más o menos discrecional.

La atribución de potestades administrativas se realiza por medio de lo que García de Enterría y Fernández (2020, I:493-96) llama «cláusulas generales de apoderamiento», que expresan en términos generales los fines del órgano administrativo, su razón de ser. Como estos fines expresan un interés público comprometido, dan lugar a una relación fiduciaria entre la ciudadanía y la administración que, como explica Herranz Herrer (2020, 190), se sitúa en un punto intermedio entre la delegación y una orden. Por una parte, la atribución de potestades administrativas no entrega los asuntos públicos al buen juicio de quien desempeñe un cargo público, sino que éste queda sujeto a responder por sus actos a la luz del interés público comprometido ante la ciudadanía (*vid.* 3.2). Y por otro, el ejercicio de potestades administrativas constituye una acción política que, como tal, no se deja explicar como el mero seguimiento de órdenes superiores, sino que se trata de un balance de razones (*vid.* 4.2.2).

La dogmática administrativa se ha ocupado principalmente por las condiciones bajo las cuales el ejercicio de la potestad se vuelve obligatorio para la administración. El grado de determinación de estas condiciones da lugar a la tradicional distinción entre potestades regladas y potestades discrecionales bajo el paradigma de la norma prescriptiva imperfecta (*vid.* 1.2.2). La comprensión de las potestades administrativas presentada en este capítulo nos permite obtener una imagen más completa que se grafica en la siguiente figura.

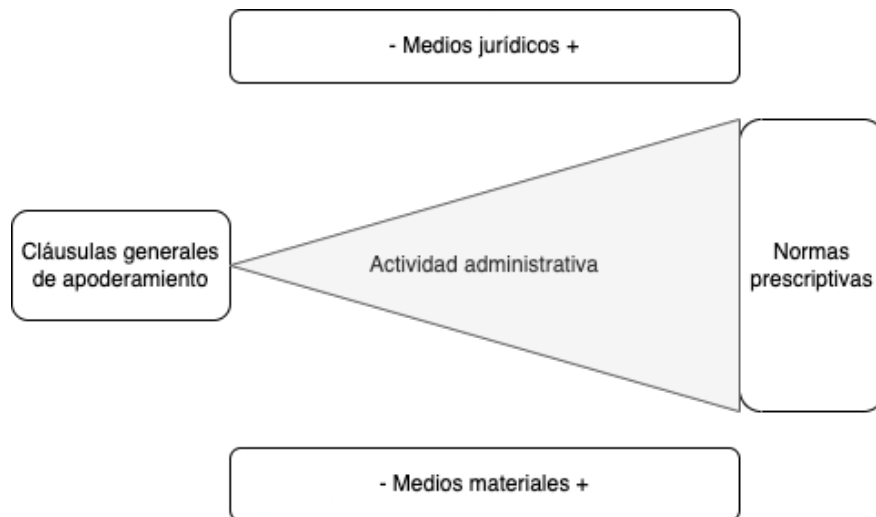


Figura 5. La normatividad en la administración.

Por medio de una cláusula general de apoderamiento, se le encomienda a un órgano administrativo realizar el interés general en algún sector de lo público (salud pública, medioambiente, energía). La función de la cláusula general de apoderamiento consiste en proyectar la actividad administrativa del órgano respectivo pero su alcance se encuentra determinado por los medios de que dispone para ello. Estos medios son de dos tipos: materiales y jurídicos.

Los medios materiales son los recursos de que dispone un órgano administrativo. Los medios jurídicos son las atribuciones legales o facultades de que dispone. Con propósitos dogmáticos una potestad administrativa puede ser calificada según el medio jurídico que un órgano administrativo tiene a su disposición para cumplir con los fines que motivaron su creación y que especifica el tipo de cambio que produce el ejercicio de una potestad administrativa. Para realizar el interés público a su cargo, un órgano administrativo podrá establecer reglas generales o particulares, otorgar concesiones, contratar (potestad normativa), levantar y requerir información por medio de diversas técnicas acerca de actividades reguladas (potestad fiscalizadora), reaccionar frente al incumplimiento de la normativa (potestad sancionadora). La administración regula, fiscaliza, sanciona, contrata, autoriza, financia, otorga concesiones, adopta medidas temporales, certifica, en fin, realiza diversas actividades debido a su aptitud para realizar el interés público que se encuentra a su cuidado.

El alcance de la actividad administrativa puede ser representada en términos cuantitativos bajo la idea de que una mayor cantidad de medios materiales y jurídicos hace posible un alcance mayor de ésta. Sin embargo, un órgano administrativo no solo se encuentra limitado por los medios de que dispone, sino que además por las normas prescriptivas que establece el legislador.

Las potestades administrativas, bajo el esquema aquí propuesto, consiste en una habilitación para actuar en un sector de lo público con el propósito de realizar un interés general. La actividad administrativa es el resultado del ejercicio de potestades fiduciarias y su alcance se encuentra delimitado, por una parte, por los medios materiales y jurídicos de que dispone un órgano administrativo. Y por otra, de las

normas prescriptivas que regulan su ejercicio. Éstas últimas permiten evaluar el ejercicio de potestades en términos de su legalidad. Su función es servir al valor de la validez jurídica. Los medios de los dispone un órgano administrativo tienen una función diferente. Responden al valor de la eficiencia sustantiva (*vid.* 3.2.3). Para dilucidar la normatividad de la organización de medios por parte de un órgano administrativo es preciso analizar la noción de responsabilidad.

3.2 Responsabilidad

Las potestades fiduciarias se caracterizan porque su titular tiene a su cargo el cuidado de intereses ajenos. Dado que las potestades son una posición jurídica distinta a un deber, para dilucidar su significado jurídico se necesita de algo más que normas prescriptivas. Como tampoco es libertad (la potestad fiduciaria se encuentra vinculada por el interés ajeno que se le encomienda a su titular realizar), es necesario explicar en qué medida el ejercicio de una potestad se encuentra constreñido. En esta sección se ofrece una comprensión del significado jurídico de las potestades fiduciarias a partir de la noción de responsabilidad-rol y especialmente su carácter prospectivo. A partir de esta noción dos elementos serán relevantes para comprender este carácter prospectivo: las expectativas y la eficiencia (sustantiva).

3.2.1 Ser responsable

Una primera observación que es preciso realizar al entrar a analizar el sentido jurídico de las potestades fiduciarias es que existen distintos sentidos bajo los cuales se habla de «ser responsable». Como señala Figueroa Rubio (2019, 42, *vid.* 40-51; Hart 2008, 211-30), estos usos dan cuenta de una multiplicidad de atribuciones que varían según el contexto en el cual son formuladas. Posiblemente la más común en la dogmática administrativa es la que Hart (2008, 215-22) llamó «responsabilidad-sujeción», que consiste en soportar las consecuencias jurídicas establecidas en una norma frente a acciones incorrectas. En este sentido, por ejemplo, dice Mir Puigpelat (2012, 91 nota 119)

La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos.

Explica Figueroa Rubio (2019; 44-45; *cfr.* Mañalich 2019) que cuando se habla en este sentido de responsabilidad, se realiza una doble atribución. Por una parte, se atribuye la propiedad de ser merecedor de una reacción, en este caso, exigir la reparación de los daños producidos. Por otra, y previamente, se atribuye una incorrección donde, tratándose de la responsabilidad patrimonial de la administración, destacan las nociones de «funcionamiento anormal» (*vid.* Mir Puigpelat 2020) y «falta de servicio» (*vid.* Ferrada Bórquez 2020).

Esta doble atribución, explica Figueroa Rubio (2019, 201-8), puede ser presentada analíticamente como una estructura de cinco pasos (2019, 202)

- (1) Acaece un evento que frustra una expectativa;

- (2) Se busca una explicación de dicho evento (en cuanto presenta una disonancia con la expectativa);
- (3) Se adscribe el evento a una persona (como resultado de la explicación);
- (4) La adscripción justifica la adopción de actitudes reactivas;
- (5) Se reacciona (o se omite la reacción)

La responsabilidad-sujeción da cuenta de una actividad retrospectiva, en este caso, frente a la ocurrencia de un daño. Ésta consiste en un juicio de quien responsabiliza acerca de un evento pasado o un estado de cosas presente que frustra una expectativa y que motiva a mirar al pasado para entender cómo fue que ocurrieron (*vid.* Figueroa Rubio 2019, 44-45; Feinberg 1988, 93-94). Como resultado, se adscribe un evento o un estado de cosas presente a una persona y se le llama a responder por ello (2019, 204-5).

En este esquema, el funcionamiento anormal o la falta de servicio son criterios bajo los cuales se adscribe un evento dañoso a la administración. En estos términos, la responsabilidad patrimonial funciona como un mecanismo de control que contribuye a un mejor desempeño en el cumplimiento de sus funciones (Mir Puigpelat 2012, 206-10). Con todo, no parece adecuada para dar cuenta de la actividad administrativa, porque ésta no solo nos interesa cuando se despliega como potencialmente dañosa (*vid.* Lifante Vidal 2017, 115). La creación de órganos públicos busca la realización del interés público sin considerar como un «mal menor» el potencial dañoso de la actividad administrativa. De la administración se espera que actúe sin producir daños.

Otro sentido bajo el cual se habla de responsabilidad es aquel que Hart (2008; 212-214; *vid.* Baier 1970, 204) identificó como «responsabilidad-rol». En lo que sigue desarrollaré esta noción con el propósito de mostrar su relevancia para la comprensión de la administración.

La caracterización ofrecida por Hart (2008, 212) es la siguiente:

whenever a person occupies a distinctive place or office in a social organization, to which specific duties are attached to provide for the welfare of others or to advance in some specific way the aims or purposes of the organization, he is properly said to be responsible for the performance of these duties, or for doing what is necessary to fulfil them.

siempre que una persona ocupe un lugar o un cargo distintivo en una organización social, al que se le atribuyen deberes específicos de velar por el bienestar de los demás o de promover de algún modo específico los objetivos o propósitos de la organización, se dice propiamente que es responsable del cumplimiento de estos deberes, o de hacer lo necesario para cumplirlos.

Feinberg (1988, 98) distingue entre meros deberes y responsabilidad. Tratándose de meros deberes, explica que aquello que se les exige a sus destinatarios consiste en realizar u omitir una acción, o estar bajo determinado estado (alerta, obediente). Se formulan en términos sencillos por medio de órdenes y para su cumplimiento no se requiere de mayores habilidades. Por último, existen muchos tipos de excusas que eximen de un reproche por no cumplirlos, tales como un accidente, un error, enfermedad, pérdida de control, entre otros. Los meros deberes exhiben la estructura de una norma condicional modulada deónticamente. Estos deberes típicamente consisten en la realización de tareas sencillas que pueden ser formuladas condicionalmente, como ocurre corrientemente con tareas de procesamiento de

información, las cuales incluso pueden ser automatizadas (la extensión de un certificado de nacimiento es un ejemplo).

Las responsabilidades, explica este Feinberg (1988, 98), son apropiadas en aquellos casos donde el fin o el problema es complejo. Aquí no resulta adecuado hablar de deberes propiamente tal porque se exige a su destinatario que actúe con buen juicio. El sujeto responsable dispone de menos excusas frente al fracaso en el cumplimiento de sus responsabilidades porque se le exige actuar conforme a las circunstancias. Esta mayor carga de quien es responsable se ve compensado por una mayor discreción para el uso de su propio juicio en la solución de los problemas que surjan durante el desempeño del cargo. De allí que a este tipo de responsabilidad Feinberg (1988, 98) la llame «sujeción discrecional».

Las responsabilidades asociadas a un cargo se formulan en términos vagos y orientados a un fin, como ocurre con las cláusulas generales de apoderamiento. En este sentido, Baier (1970, 104) explica que la responsabilidad-rol puede ser establecida por medio de la referencia a un estado de cosas, por ejemplo, cuando decimos que el capitán es responsable por la seguridad de la tripulación. Y también cuando referimos a seres capaces de tener intereses, por ejemplo, cuando decimos que una persona está a cargo de los perros, donde se encontraría implícito que quien es responsable por ellos tiene a su cargo su cuidado.

Para Lifante Vidal (2017, 112) este tipo de deberes «se definen por su conexión con la promoción de determinados fines o estados de cosas considerados valiosos», respecto de los cuales se exige a quien ocupa el cargo su «cuidado y atención» mientras permanezca en éste.

Dada su vaguedad, estos fines solo en muy pocos casos pueden ser observados y medidos. Lo más corriente es que se utilicen indicadores que sirvan como una aproximación al estado de cosas valioso de que se trate (seguridad pública, medioambiente adecuado) por medio de datos que sí pueden ser obtenidos, por ejemplo, denuncias de robos o los resultados del monitoreo de calidad del aire. Pero estos indicadores suponen una decisión previa: establecer qué será medido con el propósito de caracterizar en términos aproximados aquel estado de cosas valioso y el método de medición. En este sentido, estos indicadores cumplen principalmente la función de proveer información a las autoridades para que puedan rearticular sus actividades y autodelimitan aquello por lo cual se comprometen a responder, lo que podrá ser aceptado o no por la ciudadanía.

La vinculación a un fin exige de cierta actividad de parte de quien es responsable. Si el resultado esperado ocurre por un mero azar no decimos que quien estaba a su cargo cumplió con sus responsabilidades (*vid.* Ryle 2009, 132-33). Dilucidar en qué consiste esta actividad es fundamental para la comprensión de la administración.

En primer lugar, este tipo de responsabilidades exigen deliberación y ésta solo puede producirse en un contexto determinado (*vid.* Feinberg 1988, 98; Lifante Vidal 2017, 112). Al situarnos en el contexto de decisión, podemos apreciar que la administración dispone de dos insumos: información y medios (materiales y jurídicos). Tomando en cuenta lo anterior, es posible afirmar que quien ocupa un cargo debe organizar los medios materiales y jurídicos de que dispone para cumplir con sus responsabilidades en un contexto determinado que se encuentra dibujado por la información de que dispone.

Y, en segundo lugar, se requiere de una acción que responda a ese proceso de deliberación y que se oriente con determinación a cumplir con el fin. La aceptación de un cargo asume el reconocimiento de cierto control sobre el futuro que exige la realización de actos por medio de los cuales se ejerza dicho control, y es esta actividad la que puede ser enjuiciada según los resultados que consiga (Feinberg 1988, 93-94). Como señala Ryle (2009, 133)

Achievements and failures [...] are not acts, exertions, operations or performances, but, with reservations for purely lucky achievements, the fact that certain acts, operations, exertions or performances have had certain results.

Los logros y los fracasos [...] no son actos, esfuerzos, operaciones o actuaciones, sino que, dejando a un lado los logros puramente afortunados, el hecho de que ciertos actos, operaciones, esfuerzos o actuaciones hayan tenido ciertos resultados.

Parte de la noción de agencia es que el resultado que se le exige o imputa a un agente esté a su alcance. Por ello, en la evaluación del desempeño de un cargo no basta con hacer referencia a un fin porque con ello se desconoce la relevancia del contexto de la decisión. Ni tampoco es posible comprender un conjunto de medios sin el fin al cual se orientan. La responsabilidad-rol, por tanto, exige a quien ocupa un cargo que organice los medios materiales y jurídicos de que dispone para dar respuesta a aquello que exige el interés cuya satisfacción se le ha encomendado en un contexto determinado. De ello se sigue que potestades jurídicas fiduciarias y responsabilidad-rol son dos caras de la misma moneda.

La responsabilidad-rol, entonces, tiene un marcado carácter prospectivo. Las responsabilidades asociadas a un cargo son aceptadas o asumidas mirando hacia el futuro. En estos términos, quien asume un cargo se compromete a realizar una serie de actos cuya racionalidad se explica por referencia a estas responsabilidades que asume.

En términos abstractos, la responsabilidad-rol responde a un diagnóstico que se percibe como un problema que requiere de nuestra atención. Ya sea porque una situación presente se encuentra amenazada o porque no nos satisface y deseamos superarla, reaccionamos a ella encomendándolo a una o más personas que se hagan cargo del asunto.

Por eso, la idea de organización es fundamental para comprender a este tipo de responsabilidad. Este término es ambiguo y puede referirse al menos a dos cosas. La primera de ellas consiste en la articulación de medios hacia un fin. La segunda refiere a un tipo particular de articulación de medios cuyo caso paradigmático es la persona jurídica.

Para enfrentar los problemas que llaman nuestra atención y motivan nuestra acción se requiere de la articulación de medios que están a nuestro alcance para responder a ellos. La navegación supone ciertos riesgos y es por ello por lo que el capitán está a cargo de la seguridad de los tripulantes, para lo cual se encuentra autorizado para emitir órdenes, fijar la ruta, adoptar medidas ante alguna contingencia, etc. En este sentido, organiza los medios de que dispone con el propósito de cumplir con su responsabilidad.

La respuesta más compleja a un problema consiste en crear organizaciones para que respondan a ellos. En ellas figura como elemento central un conjunto de acciones

individuales que se articulan para dar forma a la actividad de la organización. Como señala Schmidt-Assmann (2003, 265), «[l]a función más importante de la organización en cuanto concepto jurídico es la transformación de actos de voluntad individuales en actuaciones colectivas». Estos actos individuales responden al rol o posición que corresponde a cada persona dentro de la organización y que se encuentra configurada por las responsabilidades específicas asociadas a cada cargo. En estos términos, la actividad administrativa consiste en una red articulada de acciones individuales orientadas al fin del órgano administrativo.

Esta manera de presentar a la actividad administrativa permite advertir la relevancia de aquello que Schmidt-Assmann (2003, 262) llama «análisis funcional», que distingue entre la función material encomendada (el sector de lo público a cargo del órgano administrativo) y las técnicas empleadas para la realización de ella. Sobre estas últimas señala este autor que «hacen referencia a fases del trabajo administrativo y a conjuntos organizados de esas fases, que implican la actuación de distintos elementos personales, técnicos y organizativos» (*ibid.*).

Asimismo, permite conectar a parte de la dogmática administrativa con la comprensión institucional del derecho. Mientras la función del órgano administrativo se mantiene relativamente estable, la articulación de medios provee la estructura que se vuelve reconocible en tanto organización orientada a un fin. Al tener a la vista esta distinción, podemos apreciar que la clave para que un órgano administrativo pueda cumplir sus funciones es el modo en que se organiza para cumplir con ellas. La función no prejuzga esta configuración, sino que es algo que requiere ser decidido. A nivel legislativo, en los medios jurídicos y materiales que se le otorgan al órgano administrativo. A nivel infralegal, en cómo estos medios se articulan. En definitiva, como señala Schmidt-Assmann (2003, 263)

se puede decir, a grandes rasgos, que en ciertas condiciones una determinada figura organizativa es más o menos eficaz para la realización de una concreta función administrativa.

Otro aspecto relevante de la responsabilidad-rol es que da lugar a una relación de dependencia entre quien ocupa un cargo y quienes ven sus intereses afectados por su desempeño. Esta dependencia se da en dos niveles que expresan diferentes grados de expectativas y, consecuentemente, autorizan para reacciones distintas.

En un nivel más profundo, esperamos de quienes ocupen un cargo público que compartan ciertos valores fundamentales que conforman aquel trasfondo de acuerdo fundamental que hace inteligible nuestros desacuerdos (*vid.* 2.3.3). Para Budnik (2018, 14) la pertenencia a una comunidad epistémica o moral supone ciertos compromisos cuya transgresión justifica una reacción similar a aquella propia de la pérdida de confianza. Annette Baier, en un artículo ampliamente citado en la literatura, señala que «todos dependemos de la psicología de los demás de innumerables maneras, pero esto no es todavía confiar en ellos. La confianza puede ser traicionada, o al menos defraudada, y no sólo decepcionada» (Baier 1986, 235).⁶⁰ En esta línea, Budnik (2018, 2-6) explica que una relación de confianza da cuenta de

⁶⁰ En el original, «We all depend on one another's psychology in countless ways, but this is not yet to trust them. The trusting can be betrayed, or at least let down, and not just disappointed».

un modo particular de tratar a otras personas que se construye en el tiempo a partir de ciertos patrones de interacción que justifican una relación normativa más fuerte.

Por lo anterior, Budnik (2018, 7-8) no cree posible ni necesario comprender la política en términos de una relación de confianza porque la ciudadanía rara vez conoce lo suficiente a quienes ocupan cargos públicos ni la maquinaria burocrática en la cual se desempeñan. Esto suena contraintuitivo porque estamos habituados a escuchar diagnósticos sobre «crisis de confianza» en nuestras democracias modernas. Este autor se apoya en una distinción relevante entre una confianza robusta (*trust*) y una confianza débil (*reliance*) que parece ser ampliamente aceptada en la literatura (vid. McLeod 2021). En contraste con la confianza robusta (*trust*), donde la dependencia hacia otra persona expresa una relación normativa que justifica una reacción fuerte frente a la defraudación de una expectativa, la confianza débil se apoya en un razonamiento inductivo que justifica una predicción acerca de la conducta de otra persona.

En estos términos, en el nivel más próximo de la política ordinaria, la expectativa de que quienes ocupan cargos públicos cumplan con sus responsabilidades encuentra su apoyo en los mecanismos institucionales que han sido creados para hacer posible que sus acciones se orienten al interés público. Como explica Budnik (2018, 8)

In the political sphere [...] to make representatives reliable encompass a wide range of legislative and institutional provisions that create incentives for our representatives to act with the common interest in mind. The fact that they can be voted out of office, as well as the existence of independent and critical media, generate further reasons for representatives not to abuse the powers vested in them.

En el ámbito político [...] hacer fiables a los representantes abarca una amplia gama de disposiciones legislativas e institucionales que crean incentivos para que nuestros representantes actúen pensando en el interés común. El hecho de que puedan ser expulsados del cargo, así como la existencia de medios de comunicación independientes y críticos, generan más razones para que los representantes no abusen de los poderes que se les han conferido.

Si lo anterior es correcto, la ausencia de mecanismos institucionales efectivos por medio de los cuales quienes se desempeñen en cargos públicos den cuenta de sus acciones motiva la ausencia de una confianza débil (la fuerte estaría descartada al inicio) y, por consiguiente, da lugar a un sistema político debilitado.

A lo largo de esta sección he usado los términos «deberes» y «expectativas» para dar cuenta de la responsabilidad-rol. Ahora es el momento de refinar nuestro entendimiento de estos términos porque expresan una carga normativa que conviene diferenciar. En ambos casos estos términos se orientan hacia el futuro y nos indican qué es lo que puedo esperar de otras personas. Asimismo, denotan una relación interpersonal y, en estos términos, ofrecen razones para actuar en un sentido u otro. Pero autorizan para reacciones distintas frente a una defraudación.

3.2.2 Expectativas

Las expectativas son una abstracción que cubre diversos modos de aproximarnos a acciones y eventos futuros. En términos generales, dicen relación con aquello que esperamos que acontezca y, en este sentido, constituyen una interpretación de nuestro entorno. Como explica Luhmann (2014, 24-25)

The human being lives in a meaningfully constituted world the relevance of which is not clearly defined by its organism. The world thereby indicates a broad range of possibilities of experience and action, whilst, in contrast, there is only a very limited potential for conscious awareness, information-processing and action. In the immediate and given content of experience there are consequently pointers to other possibilities which are at one and the same time complex and contingent.

El ser humano vive en un mundo significativamente constituido cuya relevancia no está claramente definida por su organismo. El mundo indica, por tanto, un amplio abanico de posibilidades de experiencia y acción, mientras que, por el contrario, sólo existe un potencial muy limitado de conciencia, procesamiento de información y acción. En el contenido inmediato y dado de la experiencia hay, por tanto, indicadores de otras posibilidades que son a la vez complejas y contingentes.

Esta complejidad, explica Luhmann (2014, 25), significa que siempre existen otras posibilidades que pueden ser actualizadas y que toda acción supone una elección. La contingencia, por su parte, significa que el futuro se nos puede presentar de un modo diferente al proyectado y esta posibilidad de vernos decepcionados implica, a su vez, que en toda elección asumimos el riesgo de que la expectativa que la funda no se cumpla.

Para gestionar esta complejidad descansamos en estructuras de expectativas, cuya función es simplificar el ámbito de interacción con nuestro entorno natural y social. Con ello el futuro se vuelve manejable. Estas estructuras de expectativas nos permiten actuar contando con que los resultados de nuestras acciones serán aquellos que proyectamos y que toda defraudación podrá ser manejada sin afectar su estabilidad.

A partir de esta aproximación inicial es posible distinguir dos tipos de expectativas: cognitivas y normativas (Luhmann 2014, 31-33).

Las expectativas cognitivas consisten en una anticipación que se encuentra expuesta a ser corregida en caso de que lo que efectivamente acontezca no concuerde con ellas. Un ejemplo contemporáneo de este tipo de expectativas la ofrece la ciencia de datos, muy de moda en estos días y que se presenta confusamente en el debate público como «inteligencia artificial». En términos simples, se trata de técnicas avanzadas de procesamiento de datos cuyo propósito es identificar patrones a partir de datos masivos y con ello predecir el comportamiento futuro del objeto de observación.

La efectividad de este tipo de técnicas avanzadas de procesamiento de datos, medida por el acierto de sus predicciones, ha provocado un intenso debate público acerca de la legitimidad de su uso, especialmente debido a la disponibilidad de una gran variedad de datos personales en redes sociales que hacen cada vez más predecible y manipulable nuestra vida en sociedad. Esta efectividad es el resultado de un «aprendizaje» por medio de la incorporación permanente de datos que van validando o modificando las expectativas (cognitivas) que forma el sistema para optimizar su eficacia predictiva, bajo lo que se conoce como *machine learning*.

Las expectativas normativas, por el contrario, no se ven afectadas en caso de defraudación. Éstas no solo se mantienen estables, sino que en caso de que lo que acontezca no concuerde con ellas motivan una reacción que la reafirma. Como explica Luhmann (2014, 33)

The possibility of disappointment is foreseen - one knows oneself to be in a complex and contingent world, in which others may act unexpectedly - but is, at the outset, seen as irrelevant to the

expectation. At the same time this irrelevance is not given by natural experience -i.e. as one knows that one house may remain standing even if another is demolished; rather, it is based on the process of symbolic neutralisation, because an expectation as expectation is in itself not indifferent to whether it is fulfilled or not.

La posibilidad de decepción está prevista -uno se sabe en un mundo complejo y contingente, en el que otros pueden actuar de forma inesperada-, pero se considera, de entrada, irrelevante para la expectativa. Al mismo tiempo, esta irrelevancia no viene dada por la experiencia natural -por ejemplo, como se sabe que una casa puede seguir en pie aunque se derribe otra-, sino que se basa en el proceso de neutralización simbólica, porque una expectativa como expectativa no es en sí misma indiferente a que se cumpla o no.

De lo anteriormente expuesto, es posible seleccionar dos elementos relevantes para comprender a las expectativas: la anticipación y la defraudación. Ambos elementos nos permiten ofrecer una imagen más completa de la relación entre quien ocupa un cargo público y quienes se verán afectados por sus decisiones.

Como vimos, tanto las expectativas cognitivas y las expectativas normativas denotan la anticipación de una acción o evento y es esto lo que le da el carácter prospectivo a la responsabilidad-rol. Tratándose de la administración, éstas se forman en base a los fines de un órgano administrativo y los medios de que dispone.

La función o fin del cargo motiva una intervención en el mundo. La actividad administrativa se racionaliza por medio del interés público que busca realizar y en ello intervienen expectativas cognitivas respecto de la eficacia de la organización de medios bajo los cuales quien desempeña un cargo público actúa. Tener a la vista lo anterior permite comprender que quien acepta un cargo asume que es posible cumplir sus funciones con los medios de que dispone, tiene una expectativa cognitiva de que es posible realizar el interés público comprometido haciendo uso de estos medios. A su vez, tiene la expectativa normativa de que no se le exigirá rendir cuenta más allá de las posibilidades que ofrecen los medios de que dispone, es decir, que su responsabilidad se encuentra delimitada a un uso efectivo de éstos.

Por otro lado, las funciones o tareas asociadas a un cargo público autorizan a una persona a anticipar el comportamiento de quien lo desempeña, a formarse una expectativa normativa respecto a qué esperar de esta última. Este ejercicio es habitual cuando interactuamos con cualquier órgano público, especialmente cuando durante un trámite preguntamos por quién es el encargado del asunto que nos interesa. Y a su vez, esta persona está autorizada para cuestionar la expectativa cognitiva de quien ocupa un cargo respecto a la idoneidad de la articulación de medios bajo las cuales se organiza para realizar el interés público.

Por su carácter contingente, toda expectativa está expuesta a ser defraudada. Dado que las expectativas se formulan como una predicción, es posible que las cosas no resulten ser como se esperaba. En el caso de una expectativa cognitiva, su frustración da cuenta de un error.

En la compleja red de expectativas entre quien ocupa un cargo público y la ciudadanía, el error se distribuye de diferente manera según se refiera a la eficacia de la organización de medios o los límites de las responsabilidades del cargo.

Con relación a la eficacia de la organización de medios el error de la expectativa cognitiva se le atribuye a quien aceptó el cargo. Este es el sentido básico de la responsabilidad-rol. Quien asume un cargo público asume la responsabilidad por la

ineficacia de sus acciones frente a la ciudadanía, quien se encuentra autorizada para reaccionar como respuesta. Con todo, responder por la eficacia de la organización de medios es algo que requiere de cierto contexto institucional. Es aquí donde cobran relevancia las expectativas normativas, porque los medios de que dispone quien asume un cargo público son otorgados por la ley. En este sentido, el error acerca de los medios de que dispone quien acepta un cargo público para cumplir sus funciones recae en la ciudadanía porque no sería imputable exigirle más allá de lo que es posible realizar con estos medios en un contexto determinado.

Esto último nos lleva a la noción de expectativas reguladas. Como señala Figueroa Rubio (2019, 248) se trata de «aquellas que se forman dentro de sistemas de reglas que están más allá de las relaciones interpersonales espontáneas y que, generalmente, son creadas por órganos especializados en ello».

En la literatura se tiene en mente fundamentalmente normas condicionales moduladas deónticamente. En estos términos, y en un sentido abstracto, Luhmann (2014) señala que

norms are *counterfactually stabilised behavioural expectations*. Their meaning implies unconditional validity, in so far as the validity of the norm is experienced, and thus institutionalised, as independent of actual fulfilment or non-fulfilment. The symbol of the 'ought' expresses primarily the expectation of such counterfactual validity without putting this quality of expectation to discussion: it is here that the meaning and function of the 'ought' resides.

Las normas son *expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente*. Su significado implica una validez incondicional, en la medida en que la validez de la norma se experimenta, y por tanto se institucionaliza, como independiente del cumplimiento o incumplimiento real. El símbolo del “debería” expresa principalmente la expectativa de tal validez contrafáctica sin poner en discusión esta cualidad de la expectativa: es aquí donde reside el significado y la función del “debería”.

Pero en el sentido que aquí interesa es más amplio. Si la responsabilidad-rol da lugar a una actividad que se racionaliza en función del interés que intenta realizar y que consiste en una articulación de medios, para una adecuada comprensión de la actividad administrativa interesa prestar atención especialmente a los conceptos jurídicos por medio de los cuales se organizan las normas jurídicas pertinentes.

Un concepto central en este sentido es el de competencia. Este concepto es usado para denotar la configuración de la actividad administrativa, la cual considera usualmente tres elementos: personal, procedimental y material (*vid.* Ross 1961; 1968, 130-33). El elemento personal nos indica quién es el responsable de cierto asunto, el procedimental la forma bajo la cual se encuentra autorizada dicha persona para actuar y el material el alcance de su competencia. Otro concepto jurídico relevante es el de atribuciones legales. Este se vincula con las actividades específicas por medio de las cuales un órgano administrativo cumple sus cometidos y responden a las categorías administrativas típicas: regulación, fiscalización, sanción, prestación de servicio público, fomento, etc. Por último, la administración se encuentra sujeta a normas de conducta propiamente tal, típicamente la prohibición de afectar derechos fundamentales, pero también deberes positivos tales como deberes de transparencia activa, plazos, etc.

Estos conceptos jurídicos permiten organizar las expectativas reguladas que dan forma a la administración. Con ello es posible examinar la relación de ésta con la ciudadanía en términos más complejos que los ofrecidos por el paradigma de la norma prescriptiva imperfecta.

Hemos visto que las expectativas son una proyección hacia el futuro en virtud de la cual esperamos que alguna acción o evento acontezca. Como contamos con que la expectativa sea satisfecha, al punto que adoptamos decisiones en el presente confiando en ello, lo que ocurra finalmente puede ser calificado como una consonancia, cuando la expectativa se cumple, o como disonancia, cuando la expectativa se ve defraudada o superada (*vid.* Figueroa Rubio 2019, 135-37). Tratándose de expectativas normativas la reacción frente a su defraudación será la búsqueda de una explicación (Figueroa Rubio 2019, 136) pero tratándose de expectativas cognitivas reguladas la explicación también cumple un rol en la constatación del error que motiva un ajuste de ella. Según ello se abren distintas posibilidades al estudiar a la actividad administrativa.

Por una parte, una persona puede errar en la identificación del responsable. Estos casos pueden ser descritos como aquellos donde existe una expectativa cognitiva acerca de la existencia de una norma que atribuye competencia a un órgano administrativo para actuar en un determinado ámbito (elemento personal). Por ejemplo, una persona se dirige a la municipalidad para inscribir el nacimiento de su hija y resulta que conforme al sistema jurídico pertinente esta tarea le corresponde al Servicio de Registro Civil e Identificación. No sería extraño que pida que se le explique de dónde se infiere que el órgano encargado es otro, lo que puede resolverse, en casos sencillos, revisando en la ley orgánica respectiva las cláusulas generales de apoderamiento y ajustar la expectativa cognitiva acerca del contenido del derecho.

Es posible, con todo, que el error se produzca respecto del ámbito de actuación de un órgano público (elemento material). Esto es posible porque la cláusula general de apoderamiento no prejuzga acerca de los criterios por medio de los cuales se asigna competencia ni tampoco excluye la posibilidad de que se atribuya competencia a varios órganos administrativos por medio de criterios no excluyentes. Por ejemplo, un órgano público que tenga a su cuidado velar por el medioambiente usualmente no estará a cargo de todo lo que corrientemente asociamos con ese término, sino que más bien el desarrollo de su estatuto orgánico precisará qué dimensiones de lo ambiental están a su cargo, sin perjuicio de que pueda poner en conocimiento del órgano que corresponda todo asunto del que tome conocimiento. En estos casos la explicación tomará la forma de una interpretación legal que buscará solucionar la controversia. De hecho, no es extraño que en los sistemas jurídicos existan mecanismos para resolver contiendas de competencia. En estos casos, la reacción razonable será ajustar la expectativa cognitiva acerca de quien es el responsable conforme al sistema jurídico respectivo.

También es posible errar en la eficacia de la organización de medios. La disonancia en este caso atribuible a quien ocupa un cargo público porque su responsabilidad consiste en formarse una expectativa cognitiva adecuada. Por ejemplo, si se dicta un plan de descontaminación atmosférica y luego de un tiempo no se consigue reducir las concentraciones de contaminantes en el aire, el órgano encargado de dictar dicha regulación será responsable por la ineffectividad del plan de descontaminación. La reacción en este caso consistirá en una pérdida de confianza débil que motiva la atribución retrospectivamente de una responsabilidad política a la persona que ocupa un cargo público por no cumplir las responsabilidades propias de éste.

Por último, en el caso de incumplimiento de deberes la disonancia corre a cargo del órgano administrativo porque se trata de una expectativa normativa que autoriza a

la ciudadanía, en caso de disonancia, a reaccionar reafirmando. Este es el espacio propio del control judicial de la administración (*vid.* 1.3).

3.2.3 Los principios de eficacia y eficiencia

El ejercicio de potestades fiduciarias consiste en organizar eficazmente los medios de que dispone un órgano administrativo con el propósito de realizar el interés general que se encuentra a su cuidado. Ahora es el momento de dilucidar qué significa organizar eficazmente los medios de que dispone para ello quien ocupa un cargo.

En la literatura jurídica la idea de eficacia y eficiencia usualmente se relega como un asunto técnico del cual se ocupan otras disciplinas que estudian a la administración pública. En este sentido, Carbonell Porrás (2015) señala

Existe una teoría general de la organización que analiza los criterios comunes y técnicos de como deben articularse los diferentes elementos personales y materiales para una eficaz y eficiente consecución de los objetivos. Incluso hay una disciplina que estudia esa perspectiva técnica respecto de las Administraciones. No es esto lo que nos interesa pues para el Derecho Administrativo lo relevante obviamente es la dimensión jurídica de la organización administrativa.

Como consecuencia, las explicaciones que se ofrecen en la literatura acerca de la eficacia y eficiencia, a pesar de que en muchos textos legales se hace referencia a ellas expresamente, suelen referir a una noción corriente de estos términos que exhibe un marcado carácter financiero. En este sentido, la eficacia consistiría en la producción de resultados mientras que la eficiencia se mide en términos de optimización, es decir, conseguir resultados al menor costo posible.

Este modo de emprender el estudio de la administración pública ha motivado voces críticas que impulsan una mirada más amplia. En esta línea, para Schmidt-Assmann (2003, 23-26) el derecho administrativo cumple una doble función que incluye la noción de una actividad administrativa eficaz que haga posible «garantizar el adecuado cumplimiento y ejecución de los objetivos, y de facilitar la acción administrativa y su eficacia» (2003, 26)

El fenómeno, en realidad, es más amplio. La ciencia jurídica en general se ha desarrollado con un marcado carácter descriptivo de las reglas vigentes, bajo lo que Calsamiglia (1988, 27) llamó el «modelo legalista conservador». Bajo este modelo, explica este autor

El jurista se ve a sí mismo como un conservador del cuerpo de reglas ya establecido. Su función principal es conservar las reglas tal y como han sido dictadas por el legislador. La tarea del jurista es interpretar y aplicar el derecho.

Este modelo contrasta con el que este autor llama «innovador», que concibe al jurista como «un especialista en la resolución de conflictos sociales» (Calsamiglia 1988, 328). Según este modelo, la ley sería solo uno de los criterios a los cuales echar mano al momento de decidir y sería necesario incorporar a otras disciplinas para superar una desfavorable percepción de los resultados de la dogmática tradicional por parte de sus críticos (*vid.* Barragüé Calvo y Doménech Pascual 2021).

La corriente del análisis económico del derecho (*law and economics*) ofrece un ejemplo de este tipo de enfoque. Consiste en un análisis del fenómeno jurídico por medio de los presupuestos y herramientas de la microeconomía (Kornhauser 2022). Si bien en sus inicios se prestó atención especialmente a instituciones de derecho privado, en el

derecho público esta aproximación al estudio del derecho ha sido impulsada, por ejemplo, por Weigel (2006) y Doménech Pascual (2014; 2019; *vid.* además Barragué Calvo y Doménech Pascual 2021).

Conforme al análisis económico del derecho, las reglas jurídicas son modeladas como una red de incentivos que, junto a otras variables subjetivas, estimulan la conducta de los agentes. Estos arreglos, así modelados, son evaluados en función de los resultados que ofrece en términos de eficacia y eficiencia de carácter técnico. Un ejemplo de este tipo de enfoque lo encontramos en las demandas por una «simplificación administrativa». El diagnóstico base a partir del cual emerge esta idea es la excesiva «carga administrativa» para acceder a beneficios o prestaciones por parte de la administración pública y la opacidad que produce para la ciudadanía el modo en que se procesan estas solicitudes. Ante ello, según indica cierta documentación del fenómeno, no es extraño que algunas personas paguen sobornos para «agilizar el trámite» y con ello conseguir, por ejemplo, una autorización. Al respecto, en un informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos se analiza este fenómeno en los siguientes términos (OECD 2018, 51)

Lo que es ilegal puede sin embargo parecer perfectamente racional desde una perspectiva individual, ya que permite avanzar un trámite, resulta contraproducente [sic] al observar su dinámica desde la perspectiva de la sociedad en su conjunto. Si los ciudadanos o gerentes están pagando sobornos para superar las ineficiencias administrativas, se incentiva a la administración pública a trabajar aún más lentamente y a crear más ineficiencia en lugar de reducirla.

Una alternativa más amplia tiene su origen en Alemania bajo el nombre de «nueva ciencia del derecho administrativo» (*Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*), que se presenta como un nuevo enfoque hacia el derecho administrativo que es más abierto al trabajo interdisciplinario y enfocado en la dirección de la administración hacia la obtención de resultados. El desafío lo explica Kahl (2010, 111) en los siguientes términos

the major challenge administrations have to face does not consist in avoiding mistakes that can be revised by courts but rather in finding solutions to concrete problems while using administrative resources and the manifold tools provided by law, of course, possibly avoiding incorrect legal implementation.

el mayor reto al que se enfrentan las administraciones no consiste en evitar errores que puedan ser revisados por los tribunales, sino en encontrar soluciones a problemas concretos utilizando los recursos administrativos y las múltiples herramientas que ofrece la ley evitando, por supuesto, una aplicación de la ley incorrecta.

Esta corriente emerge a partir de una crítica al así llamado «método jurídico tradicional» que orienta sus explicaciones dogmáticas a partir del concepto de acto administrativo y la interpretación jurídica. Como explica Schmidt-Assmann (2021, 42), el resultado que ofrece este modo de aproximarse a la administración pública es una imagen demasiado simplificada de ella, con énfasis en el control, pero que no da cuenta de la complejidad de la actividad administrativa.

Quienes suscriben esta corriente defienden una ampliación del alcance de la ciencia jurídica y reformulan el trabajo dogmático como una «ciencia de la dirección» que se muestra más abierta al diálogo interdisciplinario. Esto es especialmente relevante para el derecho administrativo porque diversas disciplinas se ocupan, como objeto de estudio, de la administración pública, y una ausencia de diálogo entre ellas constituye una pérdida epistémica. De allí que una noción fundamental para esta corriente sea

la de «conceptos-puente» cuya función es facilitar el dialogo interdisciplinar (*vid.* Voßkuhle 2012). Se trata de conceptos que evocan una imagen del objeto de estudio lo suficientemente amplia y flexible para ofrecer un marco común en el cual diversas disciplinas puedan trabajar en conjunto para la solución de problemas.

Complementariamente, dado que el énfasis de la ciencia de la dirección se sitúa en la acción en el mundo, resulta relevante seleccionar muestras representativas de la actividad administrativa que sean aptas para la abstracción teórica y desarrollo de la dogmática, lo que se realiza en los así llamados «sectores de referencia» (Schmidt-Assmann 2021, 32-36; 2003, 11-15). Con ello, se produce una inversión del método de la dogmática administrativa, la cual, en lugar de elaborar sus explicaciones a partir de una idea abstracta de acto administrativo, incorpora una observación de la riqueza de la práctica administrativa en la búsqueda de soluciones para realizar el interés general en los diversos sectores de lo público en los cuales se desenvuelve la administración.

Con todo, como bien señala Kahl (2010, 115-16), el método jurídico tradicional no puede ser desestimado tan fácilmente. La reconstrucción sistemática de un sector del derecho sobre la base de una red de conceptos que se relacionan entre sí formando un orden sistemático permite procesar la realidad (que presentan diversas disciplinas con vocación empírica) y con ello poder actuar en ella. Adicionalmente, permite un marco básico que facilita la intersubjetividad que refuerza la certeza jurídica (*vid.* Calsamiglia 1988). De allí que para la nueva ciencia del derecho administrativo el método jurídico tradicional solo «pierde su pretensión de constituirse en una visión exclusiva y excluyente, y se enriquece con nuevas perspectivas proporcionadas por las ciencias vecinas o auxiliares» (Schmidt-Assmann 2021, 60). Los múltiples cometidos públicos que se le encomiendan a la administración hacen visible los límites de la dogmática tradicional que se elabora sobre la base del concepto de acto administrativo, razonamiento subsuntivo y control (*vid.* Kahl 2010, 110; Schmidt-Assmann 2021, 46-54).

El problema puede ser planteado con la siguiente imagen: al reunir en una misma mesa a representantes de diversas disciplinas para tratar un problema social ¿cuál puede ser el aporte de la dogmática administrativa?

En estos términos, la contribución de la dogmática solo puede provenir de la comprensión profunda de nuestras instituciones jurídicas que ofrece la dimensión institucional del derecho. Para apreciar este punto, es útil ver qué ocurre en ausencia de una aproximación de este tipo e identificar dónde se encuentra el error. Cuál es el déficit en la comprensión del fenómeno que resulta de una aproximación que prescindiera del conocimiento jurídico así formulado. Siguiendo a Wittgenstein (2016, 23), «[p]ara convencer a alguien de la verdad, no basta con constatarla, sino que es necesario encontrar el *camino* que va del error a la verdad».

Tomemos como caso de estudio al mercado, que podemos caracterizar inicialmente como el espacio en el cual interactúan agentes autointeresados que se comportan racionalmente. En estos términos, las interacciones que allí se producen en gran medida son el resultado de la capacidad negociadora de las partes involucradas, la cual se encuentra determinada por la información de que disponen, su capacidad de pago, preferencias, etc.

El mercado es una abstracción que simplifica la realidad social con el propósito de comprender las interacciones sociales a partir de una noción básica de racionalidad instrumental. En estos términos, como explica Atria (2016, 368), «cada uno intenta satisfacer sus deseos en la mayor medida posible, utilizando para ellos los medios (antropomorfos o no) que estén a su disposición y cuya resistencia pueda vencer».

Para evitar una moralización de este asunto, vale tener presente que en aspectos relevantes de nuestra vida el mercado permite realizar nuestra autonomía. Sin perjuicio de lo anterior, el mercado no es un mero espacio de interacción entre agentes autointeresados, sino que es un contexto institucional que se encuentra configurado por «reglas cuya finalidad es hacer de la libertad de cada uno compatible con la libertad de los demás; reglas, en otras palabras, que suponen reconocimiento» (Atria 2016, 370). Lo relevante de esta observación es que desde la imagen simplificada del mercado no es posible comprender el sentido del contexto institucional ni sus límites, especialmente frente a otros arreglos sociales que contribuyen a que obtengamos los beneficios de una vida en comunidad, como el método de la convención, el método de la deliberación y el método de la autoridad.

El error consiste en asumir que es posible prescindir del sentido de las formas jurídicas que están a disposición de los agentes autointeresados. A partir de la simplificación que ofrece esta idea de mercado, la realidad social puede ser modelada como un «juego» entre diversos participantes que exhiben preferencias con un mayor o menor grado de compatibilidad, pero con ello se pierde de vista hasta qué punto una caracterización de lo social en términos de puro autointerés permite ofrecer una explicación satisfactoria de nuestra interacción social.

Un ejemplo paradigmático de este tipo de error es la corriente denominada como «*public choice*», que modela la política bajo la lógica del mercado (*vid.* A. Ogus 2004, 58-71) pero no es exclusiva de esta corriente. Cuando la política se vuelve una cuestión de agentes que se encuentran motivados por el autointerés se hace difícil reconocer la posición institucional que tienen y, como consecuencia, se pierde de vista las distintas funciones que cumplen nuestras instituciones políticas. Esto es algo que se puede observar en Shklar (1964, 12) cuando asimila a la actividad judicial a una instancia deliberativa más en la que participan agentes políticos, donde los jueces son solo uno más de ellos

To seek rules, or at least a public consensus that can serve in place of a rule, must be the judge's constant preoccupation, and *it affects his choices in ways that are unknown to less constrained political agents*. To avoid the appearance of arbitrariness is a deep inner necessity for him. The trouble is that the possibility of aloofness does not depend on the judge's behavior alone, but also on the public responses to it. (énfasis añadido)

La búsqueda de reglas, o al menos de un consenso público que pueda ser usado en lugar de una regla, debe ser la preocupación constante de un juez, y *eso afecta sus opciones en maneras que son desconocidas para agentes políticos que se encuentran menos constreñidos*. Evitar la apariencia de arbitrariedad es una profunda necesidad interna para él. El problema es que la posibilidad de mostrar desinterés no depende solo de la conducta del juez, sino que también de la respuesta pública a ella.

Confirma a mi juicio que Shklar ve a los jueces como un agente político más su comentario sobre la retroactividad, formulado al referirse al debate entre Hart y Fuller sobre la relación entre derecho y moral (Shklar 1964, 107-10). Luego de

observar que ambos autores coinciden en que resulta más aceptable una ley con efecto retroactivo que una sentencia con efecto retroactivo, se pregunta (1964, 107)

It is, of course, true that almost any new law upsets someone's expectations based on existing rules, but it is difficult to see why legislative retroactivity is any better than judicial, *unless one has a strong prior notion as to the ends and functions of the law of courts.* (énfasis añadido)

Por cierto, es verdad que prácticamente toda nueva ley frustra las expectativas de alguien basadas en reglas existentes, pero es difícil ver por qué la retroactividad legislativa pueda ser mejor que la judicial, salvo que uno tenga una fuerte noción previa sobre los fines y funciones de la jurisdicción.

Si bien la autora deja abierta la posibilidad de que exista alguna teoría de la jurisdicción que explique la diferencia, es interesante notar que la búsqueda de esta teoría no es su punto de partida. En lugar de ello, asume que jurisdicción y administración comparten la misma racionalidad. Un caso más cercano al derecho administrativo es el análisis económico de la discrecionalidad administrativa que ofrece Doménech Pascual (2018, 139), quien señala que «[l]os jueces, *como cualesquiera agentes públicos*, deberían adoptar las decisiones que mejor satisfagan los intereses generales, en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico» (énfasis añadido).

El error de este punto de partida para modelar la interacción entre jurisdicción y administración es que hace irreconocible la independencia judicial y su relevancia para el entendimiento del derecho moderno como expresión de la voluntad general (*vid.* Atria 2016). En definitiva, se pierde de vista el sentido de las reglas que la dimensión institucional del derecho rescata.

Una manera distinta de aproximarse a la administración consiste en ofrecer una explicación de su racionalidad a partir de una noción de eficiencia sustantiva, la cual va más allá del sentido técnico que predomina actualmente en la literatura. En efecto, como explican Rutgers y van der Meer (2010), existen dos sentidos bajo los cuales se habla de eficiencia que conviene diferenciar.

Uno de ellos, que tiene un marcado protagonismo en la literatura contemporánea, es el que expresa una medida respecto de la relación de medios y fines (eficiencia técnica). Su relevancia no debiese ser desestimada porque una acción eficiente, en un sentido técnico, permite hacer uso de los recursos disponibles para el máximo de actividades posibles. En este sentido, Vaquer Caballería (2011, 102) señala que

la eficacia de una organización puede juzgarse de forma particular respecto de cada uno de los fines perseguidos por ella (evitar o erradicar una epidemia, alcanzar un nivel de alfabetización de la población, extender una red de infraestructuras o de servicios a equis núcleos de población) o globalmente, cuando se refiere al conjunto de fines perseguidos por organizaciones tan complejas como la Administración pública. La eficacia global de la Administración aumenta según lo hace su eficiencia porque, siendo para ella indisponibles los recursos disponibles, los ahorros conseguidos en la gestión de un fin no sólo podrán, sino que deberán necesariamente destinarse al mismo o a otros de los que tiene atribuidos, mejorando sus resultados.

En estos términos, algunos autores cuestionan que la administración pública pueda ser eficiente porque está a cargo de la realización de diversos valores (Rutgers y van der Meer 2010, 757). Más importante aún, hay un aspecto no considerado en la noción de eficacia global: así como la eficiencia técnica en un sector de lo público permite ahorrar recursos para destinarlos en otros sectores, cada decisión implica un sacrificio a otros valores que serán desatendidos (Vaquer Caballería 2011, 102).

Este sentido técnico de eficiencia, explican Rutgers y van der Meer (2010), es más bien reciente y su protagonismo en la economía y en las ciencias de la administración oculta un sentido sustantivo del cual se origina. Este sentido originario consiste en la capacidad de producir un efecto que le atribuimos a una persona cuando decimos que es eficiente en lo que hace (2010, 772-73).

Estos autores trazan el sentido sustantivo de eficacia hasta Aristóteles, quien sostuvo que el conocimiento de aquello que existe solo se alcanza cuando comprendemos sus «factores explicativos» o «causas» (*aitía*), esto es, los factores que deben estar presentes para que algo pueda existir (*vid.* Guthrie 1981, VI:223-33; Mosterín 1996, 207-12). En libro II, capítulo 3, de su *Física*, Aristóteles distinguió cuatro tipos de factores explicativos del cambio: la materia (causa material), la forma (causa formal), el iniciador (causa eficiente) y el para qué (causa final).

La materia es aquello de lo que está hecha una cosa y que persiste en ella. La forma es la configuración de la materia, la estructura o patrón que sigue para ser como es. El iniciador es el antecedente que impulsa el cambio. Por último, el para qué es el fin, el propósito que orienta al cambio. Veamos como ejemplo una mesa. La materia podría ser madera, su forma una superficie plana que se erige sobre el suelo con cuatro patas, su iniciador la persona con la habilidad de construirla, y su fin es el de comer.

El sentido sustantivo de eficiencia, entonces, consistiría en la aptitud o capacidad de provocar un cambio en la realidad, transformar la materia en base a una estructura orientada a un fin o propósito determinado.

Rutgers y van der Meer (2010, 773) explican que la eficiencia sustantiva podría ser equivalente a «efectividad» o «costo-efectividad» pero que conviene no asimilar estos términos porque la efectividad está asociadas al sentido técnico y la importancia de la distinción es capturar el valor social de la administración pública, que se pierde en una lectura meramente económica.

A partir de esta comprensión sustantiva de la eficiencia es posible incorporar un nivel intermedio entre la categoría abstracta «acto administrativo» y la actividad administrativa: la estructura de la decisión en un sector de lo público determinado.

La dogmática tradicional nos ofrece una comprensión del acto administrativo basada en los elementos que debe satisfacer para ser válido con indiferencia de la técnica regulatoria y sector en el cual se dicta. Su importancia no debe ser desestimada porque un concepto relevante para la comprensión del derecho es el de validez. La incorporación de un nivel intermedio solo complementa a la dogmática tradicional con el propósito de transformar dicho acto administrativo en una actividad eficiente en sentido sustantivo. Se trata, en definitiva, de aquello que la nueva ciencia del derecho administrativo alemán propone como orientación de la dogmática.

Así como el acto administrativo exhibe una estructura que determina su validez, en un menor nivel de abstracción la estructura de la decisión determina la eficiencia sustantiva de la actividad administrativa en un sector determinado. En ambos casos es la forma la que hace posible alcanzar la finalidad que impulsa a la administración. En estos términos, desde la teoría del acto administrativo la finalidad consiste en dictar un acto válido y por eso se le acusa a la dogmática administrativa de un énfasis en el control. Desde la perspectiva de la actividad administrativa, la finalidad consiste

en realizar un cambio para realizar el interés público comprometido en el sector de lo público de que se trate.

La estructura de la decisión, entonces, constituye un estándar de eficiencia sustantiva en el contexto de un sector de lo público que determina el deber de motivación del acto administrativo. Se encuentra determinada por el fenómeno que motiva la actividad administrativa en tanto ésta consiste en un esfuerzo por intervenir en él. Esto último hace visible la relevancia del trabajo interdisciplinar: al jurista le corresponde estar familiarizado con el fenómeno a partir del conocimiento empírico de éste que ofrecen otras disciplinas, pero su lugar en este trabajo interdisciplinario consiste en proveer la estructura para que la decisión sea válida y eficiente en términos sustantivos.

La validez y la eficiencia sustantiva son valores que permiten explicar el para qué del procedimiento administrativo. Si el objetivo de la actividad administrativa consiste en intervenir en un sector de lo público que satisfaga estos valores se necesita de un mecanismo que lo haga posible. En estos términos, el procedimiento administrativo no es solo una garantía para la ciudadanía, sino que además es el medio por el cual se puede conseguir una actividad administrativa eficiente en términos sustantivos.

La recopilación, organización, sistematización y análisis de datos que se produce dentro de un procedimiento administrativo se encuentra orientada, entonces, a satisfacer no solo la validez del acto administrativo, sino que también a la eficiencia sustantiva de la actividad administrativa a la que dará lugar. El rol de quienes intervienen en el procedimiento, el tipo de datos pertinentes, las fases del procedimiento y sus formalidades pueden ser explicadas sobre la base de estos dos valores.

Nuestra comprensión del procedimiento administrativo, por tanto, se encuentra constreñida por la estructura del acto administrativo y la estructura de la decisión en el contexto de un sector de lo público. Las reglas del procedimiento administrativo, en tanto configuran a esta institución jurídica para que haga posible satisfacer los valores de la validez y la eficiencia sustantiva, tienen el propósito de hacer posible una actividad administrativa que pueda realizar el interés público comprometido.

El capítulo 4 se ocupa de desarrollar estas ideas en el contexto de la regulación ambiental directa. Allí se presentará la estructura de la decisión por medio de una anatomía de las normas de emisión y las normas de calidad ambiental. Sobre la base de ello, se mostrará en qué sentido esta estructura determina el estándar que debe satisfacer el deber de motivación del acto administrativo en el contexto de la regulación ambiental y cómo esto incide en la comprensión de los elementos que componen al procedimiento administrativo.

En forma previa a estas explicaciones, la próxima sección se ocupa de la forma jurídica de las decisiones políticas con el propósito de concluir la dilucidación acerca de la actividad administrativa ofrecida en este capítulo.

3.3 La discrecionalidad administrativa más allá del control judicial

Al tener a la vista una comprensión de la actividad administrativa basada en una noción de potestades fiduciarias y responsabilidad-rol se desdibuja la imagen corriente de la administración pública subordinada a la legislación. Al

encomendársele a un órgano administrativo la realización del interés general en un sector de lo público, se le pide que actúe políticamente. La práctica de crear órganos administrativos para que se hagan cargo de sectores de lo público cuestiona el énfasis en el control que exhibe la dogmática tradicional del derecho administrativo. O al menos sugiere que, antes de estudiar los mecanismos de control frente a los excesos en los que pueda incurrir, interesa conocer cuál es la racionalidad de la actividad administrativa.

Como fue expuesto en el capítulo 1, el derecho administrativo emerge originalmente como la juridificación de una actividad administrativa ya en marcha a la cual no se le había prestado suficiente atención porque se consideraba, por influencia del contractualismo, como un asunto secundario (*vid.* 1.3.1). La expresión de la voluntad general se producía en órganos de representación directa que se expresan por medio de leyes generales y lo que hacía la administración eran ecos de esta voluntad así manifestada. Actualmente no vemos a la administración como algo preexistente que necesita de una forma jurídica. Al contrario, abundan leyes que crean órganos administrativos con propósitos concretos, lo que a lo largo de este trabajo he caracterizado en términos abstractos como realizar el interés general en un sector de lo público.

El sentido primario de la discrecionalidad administrativa, según se argumenta en esta sección, es un sentido político. Pero la política ha sido considerada corrientemente como un dato externo a lo jurídico e incluso en ocasiones se prejuzga como un espacio de irracionalidad. Esta imagen ha sido impugnada recientemente por la corriente denominada *legisprudence* que intenta incorporar a la teoría jurídica el estudio de la racionalidad de la legislación y será objeto de atención en la primera subsección porque, a fin de cuentas, son leyes las que crean órganos administrativos.

Si tiene algún sentido la práctica legislativa en general, la práctica específica de crear órganos administrativos también puede tenerla. Complementariamente, al rescatar la racionalidad de la legislación se abre la pregunta acerca de la racionalidad de la administración más allá del control judicial. De ello me ocupo en la segunda subsección. Para cerrar este capítulo presento la tesis según la cual la discrecionalidad administrativa es contextual y solo emerge una vez que se cuenta con información suficiente para decidir.

3.3.1 La legislación frente al derecho

En la literatura jurídica conviven dos imágenes contrapuestas acerca de la legislación. Por una parte, se asume que la ley es el resultado de un esfuerzo significativo de racionalidad (legislador racional). Por otra, se mira el proceso legislativo con recelo por el potencial de las mayorías para oprimir a las minorías (legislador opresor). La imagen del legislador racional inspira en gran parte el trabajo de la dogmática jurídica, mientras que la imagen del legislador opresor motiva el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Se trata de dos caricaturas, representaciones exageradas de dos actitudes hacia la legislación, pero para los propósitos que interesan a esta investigación nos permiten examinar el modo en que se piensa el proceso político desde el derecho.

La imagen del legislador racional conduce a la dogmática jurídica a tomar a la ley como un dato externo a partir del cual realiza su trabajo (*vid.* Wintgens 2013). La

labor de los juristas se encuentra constreñida por la voluntad de una comunidad política que se expresa por medio del proceso legislativo, en el sentido de que no están habilitados para ir más allá del contenido que las leyes expresan. El proceso de formación de la ley es un asunto político y aquello que interesa es su resultado, que vincula a la ciudadanía en general y a los juristas en especial en tanto forman parte de ella.

Es importante diferenciar entre «dogmática» y «dogmatismo». La dogmática jurídica es una disciplina cuyo objeto de estudio es el derecho vigente, el cual es explicado de manera sistemática sobre la base de conceptos generales que facilitan su aplicación en la práctica (*vid.* Schmidt-Assmann 2021). El dogmatismo, al contrario, refiere a una práctica que carece de la reflexión necesaria para poder ofrecer resultados rigurosos, y se expresa en el uso de conceptos que, en apariencia, parecieran indicar que está diciendo algo relevante, pero el lenguaje técnico por medio del cual se expresa solo oculta sin sentidos. La diferencia entre dogmática y dogmatismo no es nueva y se encuentra ya presente en la *Crítica de la razón pura* de Kant (BXXXV, en 2009, 31), donde este autor la caracteriza como

la pretensión de progresar únicamente con un conocimiento puro por conceptos (el [conocimiento] filosófico), de acuerdo con principios como los que la razón tiene en uso desde hace tiempo, sin investigar la manera y el derecho con que ha llegado a ellos. El dogmatismo es, por tanto, el proceder dogmático de la razón pura, *sin previa crítica de la facultad propia de ella*.

La distinción entre dogmática y dogmatismo permite descartar que el trabajo de los juristas sea una aproximación irreflexiva hacia la ley, cuyo contenido se da meramente por supuesto. La dogmática descansa en el valor de la deliberación por medio de la cual se articulan la democracia. La actitud de la dogmática jurídica hacia la ley no es ciega y se encuentra justificada a partir de lo que significa institucionalmente una decisión legislativa. El espacio de reconocimiento recíproco que ofrece la deliberación entre iguales, en órganos compuestos por representantes directos de la ciudadanía, le otorga a las decisiones adoptadas en los procesos legislativos de cierta «dignidad», en el sentido de que constituye un espacio más próximo a la comunidad política respectiva. Si las reglas de representación son lo suficientemente incluyentes y el proceso lo suficientemente transparente, la decisión alcanzada por un gran número de personas frente al hecho de los desacuerdos políticos debiese ser visto como un logro que merece cierto respeto (*vid.* Waldron 1999a, 1999b). Y es esta la actitud que asume la dogmática jurídica hacia la ley, la que se puede observar en dos presupuestos de ella.

El primero de ellos es la distinción entre *lege lata* y *lege ferenda*. Como la labor de los juristas consiste en identificar, organizar, sistematizar y explicar el contenido del derecho vigente, su labor se entiende como de *lege lata*, es decir, como la formulación de enunciados acerca del derecho vigente. Nada impide a los juristas que, como parte de los resultados de la labor dogmática, formulen críticas al resultado del proceso legislativo, pero estas críticas se formulan de manera cuidadosa como de *lege ferenda*, cuestiones que constituyen «oportunidades de mejora» para la labor legislativa futura.

El segundo es la comprensión de la dogmática como una actividad interpretativa, la cual se encuentra sujeta a reglas que orientan la atribución de sentido a enunciados jurídicos (*vid.* Chiassoni 2011). La naturaleza de la interpretación jurídica es un asunto controvertido en la teoría del derecho (*vid.* Moreso y Vilajosana 2004, 158-63; Carbonell Bellolio 2017, 15-19; Canale 2019b; Moore 2000, 424-44), pero es

difícil comprender el fenómeno sin distinguir entre la identificación del objeto de interpretación y el resultado de ella (*vid.* Moore 2000, 431-52). Por una parte, la ley se identifica con el resultado del proceso legislativo en forma previa a la atribución de significado y se le reconoce cierto valor práctico en tanto provee razones para la acción. El texto legal es el material con el cual trabaja la dogmática jurídica y sus explicaciones son el resultado del análisis interpretativo que realizan a las fuentes jurídicas, que exponen de manera sistemática sobre la base de conceptos generales que contribuyen a conocer mejor al derecho vigente.

Si bien la dogmática tiene el propósito de presentar al derecho vigente, su trabajo no es el de ser un mero mensajero. Como explica Peña González (2021, 88-92), en un sentido relevante los juristas consiguen que las fuentes digan más que lo que, a simple vista, dicen los textos. Según este autor, la función de la dogmática es mediar entre los textos legales y los casos estableciendo un conjunto de criterios que contribuyen a estabilizar la práctica jurídica. De allí que, si bien la dogmática jurídica respeta la voluntad general expresada en la ley y asume como presupuesto de su actividad la sujeción a ella, su labor consista en una racionalización de la práctica jurídica en el marco del legalismo.

La imagen del «legislador opresor» es el opuesto a la del «legislador racional». A partir del constitucionalismo, el ejercicio del poder público se encuentra sujeto a reglas jurídicas que tienen el propósito de controlarlo, especialmente por medio de la célebre comprensión dworkiniana de los derechos fundamentales como «cartas de triunfo» (*vid.* Gargarella 2021). Pero el poder político no es fácilmente domesticable y las mayorías parlamentarias pueden transformarse en una amenaza para los derechos de las minorías. En este contexto, la labor de los jueces consistiría en hacer valer estos derechos frente al legislador, cuyo contenido y alcance es variable según las circunstancias del caso.

Gran parte del debate dentro del constitucionalismo dice relación con el control judicial de la actividad legislativa sobre la base de aquellas normas que establecen derechos fundamentales (*vid.* Ferreres Comella 2021).⁶¹ Dado el énfasis en el control de la actividad legislativa, subyace en el constitucionalismo una sospecha hacia el proceso legislativo. Como resultado, en algunos sistemas políticos las decisiones políticas pueden quedar entregadas, en último término, en manos de los jueces quienes determinan, caso a caso, el alcance de los derechos invocados por las partes e incluso los que ellos mismos consideren aplicables.⁶² Conforme a esta caricatura, el

⁶¹ En el debate sobre este asunto se ofrecen dos clases de argumentos en contra de una intervención judicial: la objeción contramayoritaria y la crítica de la independencia judicial. *vid.* Ferreres Comella (2021) y Atria (2016) respectivamente. Moreso (2009, 142), por su parte, sugiere distinguir tres cuestiones que ayudan a comprender los términos bajo los cuales se ha desarrollado este debate: la idea de excluir del debate democrático algunas cuestiones, la justificación del control judicial y la deferencia hacia el legislador de parte de los jueces.

⁶² El resultado del control jurisdiccional de la leyes consistiría, en principio, en la invalidación de la decisión legislativa manteniendo el estado de cosas previo a su formulación (y que posiblemente motivó a la actividad legislativa). Digo en principio porque la intervención de los jueces en la vida política ha sido más creativa. Un caso curioso es una sentencia del Tribunal Constitucional chileno que, en un control preventivo, declaró inconstitucional la frase «en ningún caso» y, al eliminarla del texto, la ley finalmente publicada en el Diario Oficial no solo cambió el estado de cosas previo a la ley en cuestión, sino que lo hizo en el sentido opuesto al decidido legislativamente (*vid.* Atria y Salgado 2018). Adicionalmente, dado que el control de constitucionalidad sobre la base de derechos

proceso legislativo sería irracional frente a una caracterización de la jurisdicción como paradigmática de lo racional, la cual se encontraría inmune a los vicios que afectan a la legislación. En suma, se mira con escepticismo a la política y se confía en que el método jurídico es garantía de alcanzar decisiones correctas frente a la irracionalidad propia de la vida política.

Tenemos, entonces, dos imágenes que desestiman la política, pero por diversas razones. Por un lado, para la dogmática es irrelevante el proceso legislativo porque lo que le interesa es explicar el contenido del derecho vigente y todo aquello que sea ajeno a esta tarea debe quedar fuera para asegurar la seriedad de sus explicaciones. Y por otro, el proceso político se concibe como irracional y la actitud frente a él es la de un atrincheramiento por medio del lenguaje de derechos, otorgando un mayor poder a la jurisdicción para la configuración de lo público.

Frente a estas dos imágenes, la corriente llamada «*legisprudence*» se propone rescatar al proceso legislativo como una actividad humana que se encuentra sujeta a ciertas reglas que hacen posible que la ley exhiba algún grado de racionalidad. Para ello, Wintgens (2013, 10-13) sugiere adoptar una actitud que asume *prima facie* la racionalidad del legislador pero que se interesa y es receptiva a evaluar el resultado del proceso legislativo conforme a estándares de racionalidad. La agenda de la *legisprudence* consiste en dilucidar estos estándares de racionalidad y expandir la teoría del derecho hacia el proceso legislativo (*vid.* Oliver-Lalana y Wintgens 2019; Wintgens 2012; Wintgens 2006).

Con ello, la ciencia jurídica puede superar el desinterés por el proceso legislativo de la dogmática y rechazar el escepticismo del constitucionalismo. Así como la interpretación jurídica se encuentra sujeta a ciertas reglas que permiten justificar la atribución de sentido a enunciados jurídicos, las decisiones políticas se encuentran también sometidas a ciertas reglas mínimas que hacen posible que el resultado del proceso legislativo exhiba cierto grado de racionalidad (nótese que se excluye aquí cuestiones de inconstitucionalidad porque representan compromisos más fuertes).

Para Wintgens (2012, 231-82), el proceso legislativo se encuentra constreñido por el valor de la libertad, lo que conduce a caracterizar la racionalidad allí presente por medio de cuatro principios de la *legisprudence*: el principio de la alternatividad, el principio de densidad normativa, el principio de temporalidad y el principio de coherencia. Conforme a ellos, la actividad legislativa se encuentra motivada por un problema que emerge de nuestra interacción social y, en estos términos, la limitación que establece a la libertad se encuentra así justificada (principio de la alternatividad). El contenido de las leyes refleja la complejidad del fenómeno del cual se hace cargo y constituye una respuesta proporcionada (principio de la densidad normativa). Toda actividad legislativa se encuentra sujeta a ser revisada en el futuro a la luz del grado de satisfacción que consigue para aquello que motivó el proceso legislativo (principio de la temporalidad) y se formula teniendo en consideración la compatibilidad de la

fundamentales se realiza no solo respecto de la actividad legislativa si no que, en general, a toda la actividad de todos los órganos del Estado e incluso frente a individuos como resultado del así llamado «efecto de irradiación» (*vid.* Aldunate 2008, 163-66), no es raro que se condene al Estado a realizar acciones específicas como realizar fiscalizaciones, financiar tratamientos médicos, poner término a investigaciones judiciales, no entregar información ambiental, etc.

ley con el resto del sistema jurídico, especialmente cómo se integra a éste (principio de la coherencia).

Al comprender el proceso legislativo en estos términos emergen dos elementos que caracterizan la racionalidad de la acción política. El primero consiste en la relevancia de la recopilación de datos para que la acción política sea eficaz. Gran parte de la solución a nuestros problemas sociales consiste en disponer de un buen diagnóstico. La calidad y cantidad de los datos de que disponemos sobre un fenómeno social que nos interesa inciden directamente en la eficacia de nuestras regulaciones. El segundo elemento consiste en el carácter cíclico de la actividad legislativa, según el cual la implementación de las leyes requiere ser monitoreada con el propósito de retroalimentar la decisión inicial y en base a ello evaluar los ajustes que sean necesarios.

La jurisprudencia se presenta como una expansión de la teoría del derecho hacia el proceso legislativo con el propósito de rescatar la racionalidad de las leyes. En este sentido, la práctica legislativa de crear órganos administrativos, orientada por medio de estos principios jurisprudenciales, muestra a la actividad administrativa como un arreglo social beneficioso. Pero más importante aún, si se tiene a la vista que el proceso legislativo es acción política, no hay razones para restringir estos principios solo a la actividad legislativa. En la siguiente subsección presentaré un modo de entender la racionalidad de la administración en tanto acción política.

3.3.2 La racionalidad de la administración

En la literatura administrativa la racionalidad es retratada, junto a la razonabilidad, como un estándar de control judicial de la actividad administrativa. La discusión resulta en ocasiones confusa porque no se apoya en una clarificación conceptual previa. Con todo, lo que parece ser una opción aceptada por la doctrina española es la distribución de criterios para evaluar la legalidad de un acto administrativo formulada por García de Enterría y Fernández (2020, I:524-26). El asunto lo plantean estos autores al delimitar el control de la arbitrariedad con el propósito de explicar que la revisión judicial no consiste en sustituir a la administración, sino que en

verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria la Administración ha observado o no los límites con los que el Derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse, en consecuencia, como una decisión racionalmente justificada o, por el contrario, como el simple fruto de la voluntad desnuda de quien la ha adoptado. (énfasis omitido)

Según estos autores, el control judicial de la administración se articularía por medio de dos test: el de la racionalidad y el de la razonabilidad. El test de racionalidad consistiría en un examen de las razones presentadas en favor de una decisión. Incluyen dentro de este estándar el control de los hechos y el peso de lo que llaman «otros factores jurídicamente relevantes». El control de los hechos consistiría en verificar si «la realidad de los hechos ha sido respetada o falseada», lo que a la luz de la teoría racional de la prueba se puede caracterizar más específicamente como una decisión acerca de los hechos que se compone de tres momentos: la conformación del conjunto de los elementos de juicio, la valoración del apoyo empírico que ofrecen para las hipótesis acerca de los hechos en disputa, y la decisión de los hechos probado (*vid.* Ferrer Beltrán 2007, segunda parte).

Lo que llaman «factores jurídicamente relevantes» consisten también en hechos (la distancia de una escuela infantil a una industria contaminante, existencia de antecedentes criminales, dimensiones de industrias), pero lo que se evalúa es la corrección en la asignación del peso que tiene en la determinación de la decisión. Por ejemplo, si está probado que se proyecta la construcción de una escuela infantil a pocos metros de una industria contaminante, esta circunstancia debería ser considerada como una razón en contra de la decisión.

En caso de que se supere el test de la racionalidad, que examina las razones presentadas en favor de una decisión (o la ausencia de ellas), la decisión administrativa quedaría inmune frente a las preferencias del juez. En estos términos, la función de este primer test consistiría en delimitar el control judicial de la administración con el propósito de mantener una idea mínima de separación de poderes. Con todo, estos autores agregan un último test, la razonabilidad, que permitiría invalidar la decisión administrativa cuando

adolezca de incoherencia por su notoria falta de adecuación al fin de la norma, es decir, de aptitud objetiva para satisfacer dicho fin, o que resulte claramente desproporcionada.

Cabe preguntarse si vale la pena introducir en la dogmática administrativa la racionalidad y la razonabilidad como estándares de control judicial de la administración, especialmente si con ello se reiteran estándares que ya se encuentran configurados en la teoría del acto administrativo. En efecto, la racionalidad y la razonabilidad como estándares de control no expresan algo diferente al control de los hechos, el deber de motivación del acto administrativo, la desviación de poder y el principio de proporcionalidad.⁶³

En el Reino Unido Craig (2013) vincula la noción de *reasonableness* con el control judicial de los factores determinantes de la decisión adoptada por la administración. Este autor (2013, 136) explica que

reasonableness review is concerned with the weight accorded by the primary decision-maker to factors that have been or can be deemed relevant. This is what reasonableness review is about. It is the courts' judgment as to whether the relative weight given by the primary decision-maker to considerations that are relevant is reasonable or not.

el examen de la razonabilidad se refiere al peso que el responsable de la decisión primaria otorga a los factores que han sido o pueden ser considerados relevantes. En esto consiste el control de la

⁶³ En términos ya más abstractos, Huepe Artigas (2018) afirma que la razonabilidad sería la traducción jurídica de la prudencia y se formularía como un principio general del derecho apto para el control de la actividad administrativa. Al margen de que es cuestionable la necesidad de elevar la abstracción de los estándares de control judicial porque hace difícil operativizarlo en la práctica, esta aproximación no es adecuada porque si la razonabilidad es un principio jurídico de todos modos encontraría una especificación en el deber de motivación del acto administrativo, de manera que su aptitud como estándar de control reiteraría una regla ya existente. Por otro lado, su vinculación con la prudencia también es problemática porque la prudencia es una virtud, que refleja la excelencia en la acción, y lo que interesa, para efectos del control de la actividad administrativa, es que las razones ofrecidas en favor de una decisión sean suficientes. En la filosofía jurídica, quien se ha ocupado de las virtudes en el razonamiento jurídico es Amaya (2013, 2016, 2020), quien defiende la relevancia de considerar a los sujetos que toman decisiones, y no solo qué cuenta como una buena decisión, en la teoría de la argumentación jurídica. Esta complementación sería posible por medio del estudio de las virtudes que ejemplifican quienes se destacan en la aplicación del derecho, lo que permite, en definitiva, mejorar la práctica jurídica.

razonabilidad. Es el juicio de los tribunales sobre si el peso relativo dado por el responsable de la decisión primaria a las consideraciones que son relevantes es razonable o no.

Para Endicott (2018, 48-52) los poderes públicos se deben respeto entre sí (*comity*) y por eso en el derecho británico la razonabilidad no es un estándar de control genérico de la administración. Explica que solo algunos defectos en el ejercicio de discrecionalidad administrativa autorizan una intervención judicial y que, en general, todos ellos son ejemplos de un actuar en base a consideraciones irrelevantes.

La racionalidad, por su parte, tampoco aparece mejor prospectada como estándar de control judicial. Como explica Endicott (2018, 245)

«irrationality» is a misleading term. To everyone except English public lawyers, an irrational decision is one that has no intelligible purpose. If a decision is *completely* unreasonable—so that there is no argument in favour of it at all— then it is irrational. Irrational action is inexplicable. Extremely unreasonable actions can be highly rational; irrational actions are just mad.

La “irracionalidad” es un término engañoso. Para todo el mundo, excepto para los abogados especialistas en derecho público ingleses, una decisión irracional es aquella que no tiene un propósito inteligible. Si una decisión es *completamente* no razonable –de modo que no hay ningún argumento a favor de ella– entonces es irracional. Una acción irracional es inexplicable. Las acciones extremadamente no razonables pueden ser muy racionales; las irracionales son simplemente una locura.

La razonabilidad y la racionalidad, entonces, no parecen aptas para cumplir un rol como estándares de control judicial porque disponemos de criterios más precisos que cumplen esa función. Con todo, es importante diferenciar aquí dos tipos de cuestiones. La más comentada en la literatura consiste en determinar en qué casos un juez se encuentra autorizado para revisar una decisión administrativa y especialmente dejarla sin efecto. Esto es consecuencia natural del énfasis en el control bajo el cual se ha articulado tradicionalmente el derecho administrativo. Pero una cuestión preliminar es por qué, en primer lugar, creamos órganos administrativos. Y es respecto a esta primera cuestión donde la racionalidad y razonabilidad pueden cumplir un rol, porque son los presupuestos que explican esta práctica. En especial, permiten entender el sentido de encomendarles que se hagan cargo de un sector de lo público. En lo que sigue intentaré depurar un poco más estas nociones.

Para Mosterín (2008, 19-38), la racionalidad es un método que consiste en una «estrategia de maximización de nuestros aciertos y minimización de nuestros errores a largo plazo». La racionalidad, agrega, es predicada respecto de las ideas que aceptamos (racionalidad teórica) y las cosas que hacemos (racionalidad práctica). Respecto de esta última, explica que un individuo x es racional en su conducta si:

1. x tiene clara conciencia de sus fines.
2. x conoce (en la medida de lo posible) los medios necesarios para conseguir esos fines.
3. En la medida en que puede, x pone en obra los medios adecuados para conseguir los fines perseguidos.
4. En caso de conflicto entre fines de la misma línea y de diverso grado de proximidad, x da preferencia a los fines posteriores.
5. Los fines últimos de x son compatibles entre sí.

Esta concepción de la racionalidad es apta para caracterizar a la actividad administrativa porque explicita la relación entre medios y fines que subyace a la racionalidad de la legislación cuando crea órganos administrativos. Como vimos en la subsección anterior, lo que motiva la creación de un órgano administrativo es un diagnóstico acerca de un problema que emerge de nuestra interacción con otros en una comunidad política. Hacerse cargo de este problema es el fin del órgano administrativo. La actividad administrativa puede ser explicada, entonces, como la articulación de los medios de que dispone un órgano administrativo para la realización del interés general en el sector de lo público que tiene a su cuidado.

Los medios también se encuentran establecidos legalmente y se agrupan en dos clases: medios materiales y medios jurídicos. Los medios materiales son los recursos de que dispone, los cuales se encuentran determinados por el presupuesto asignado. Y los medios jurídicos son los tipos de actos respecto de los cuales se encuentra habilitado un órgano administrativo a realizar.

En estos términos, la administración hereda parte de la racionalidad de la ley. Si la actividad administrativa se encuentra determinada por los fines establecidos por el legislador, los medios materiales asignados y las atribuciones legales otorgadas, la estrategia de maximización en la que consiste la racionalidad se encuentra constreñida por una decisión legislativa. Más allá de eso, la racionalidad de la administración dependerá del modo en que se articulan los medios de que dispone para cumplir sus funciones bajo la noción de eficiencia sustantiva (*vid.* 3.2.3)

La razonabilidad, por su parte, exige algo más. Mientras la racionalidad hace inteligible la actividad administrativa, en tanto articulación de medios para la realización del interés general en un sector de lo público, actuar razonablemente implica cierta sensibilidad hacia razones. Como explica Endicott (2018, 50)

To act reasonably is to be guided by reasons that ought to guide your action. Some of the reasons on which public decisions ought to be based can best be identified and assessed by the public authorities to whom a decision-making responsibility was assigned, rather than by the judges (who are responsible for the rule of law, and not for good government in general). An action is unreasonable in the special, restricted sense that provides a ground of judicial review if it is not guided by reasons *that the law authorizes judges to insist on.*

Actuar razonablemente es guiarse por las razones que deberían guiar una acción. Algunas de las razones en las que deberían basarse las decisiones públicas pueden ser identificadas y evaluadas mejor por las autoridades públicas a las que se asignó la responsabilidad de tomar la decisión, más que por los jueces (que son responsables del Estado de derecho, y no del buen gobierno en general). Una acción es irrazonable en el sentido especial y restringido que proporciona un motivo de revisión judicial si no está guiada por razones *que la ley autoriza a los jueces a insistir.*

La razonabilidad, entonces, consiste en la capacidad de orientar nuestra acción por medio de razones. En algunos casos estas razones se encuentran establecidas en el derecho positivo y, por ello, puede ser requerido por los jueces que éstas motiven a la actividad administrativa. Pero la actividad administrativa no se deja explicar en estos términos (*vid.* 1.2.2). La práctica de crear órganos administrativos asume que por medio de la articulación de medios que le otorga la ley éstos podrán hacerse cargo de asuntos públicos estableciendo las razones en favor de sus decisiones. Como explica Fisher (2010, 19-22) la administración pública, en comparación con el proceso legislativo y judicial, es la instancia donde se dispone del tiempo y el conocimiento experto (*expertise*) para recopilar, organizar, sistematizar y analizar los

datos a partir de los cuales se infiere la información que sirve de base a la decisión del órgano administrativo responsable.

Estas actividades dan forma al procedimiento administrativo cuya función es la de proveer de razones al órgano administrativo en términos tales que pueda satisfacer el estándar de motivación (*vid.* 4.2). La información que se obtiene del expediente administrativo determina el contexto de decisión que, de ser suficiente a la luz de la estructura de la decisión en el sector de lo público de que se trata, sitúa al órgano administrativo en la posición de ejercer discrecionalidad (*vid.* 4.3).

3.3.3 *El contexto de la discrecionalidad administrativa*

La práctica de crear órganos administrativos para que se hagan cargo de sectores de lo público, según se explicó en la subsección anterior, descansa en el supuesto de que estos órganos son racionales y tienen la capacidad de responder a razones. Que sean racionales significa que su actividad admite ser comprendida como la articulación de medios para conseguir sus fines, mientras que la capacidad de responder a razones significa que tienen la aptitud de motivar sus acciones por medio de razones justificadoras (*vid.* 4.2). Estas razones pueden estar establecidas en la ley como normas prescriptivas o pueden ser establecidas por el propio órgano administrativo por medio del ejercicio de potestades públicas. En este último caso decimos que actúa discrecionalmente.

La discrecionalidad, bajo este entendimiento de la actividad administrativa, no consiste en una libertad de actuar, sino que más bien en ser responsable por un sector de lo público (así Endicott 2018, 247). Éste es el sentido de la creación de un órgano público. Cuando a un órgano administrativo se le encomienda la elaboración y aprobación de la regulación ambiental, por ejemplo, se le asignan una serie de tareas que definen su actividad cotidiana. Ésta no consiste simplemente en aprobar normas ambientales, sino que detrás de ellas existe una intensa actividad administrativa que las hace posible.

Interesa por tanto determinar en qué casos un órgano administrativo queda a cargo de establecer las razones que justifican su actuar. Cuáles son las maneras en que el legislador atribuye discrecionalidad a un órgano administrativo. Siguiendo a Endicott (2018, 247-50) podemos identificar cinco de ellas.

- El legislador otorga discrecionalidad directamente cuando apela al buen juicio de quien toma la decisión.
- Otorga discrecionalidad implícita en aquellos casos en que se habilita a un órgano administrativo a realizar algo o que tiene la facultad de realizarlo, sin expresar de qué manera ni bajo qué circunstancias.
- Otorga discrecionalidad en términos subjetivos cuando establece que la decisión del órgano administrativo prevalecerá, lo que ocurre cuando se hace referencia en la ley a un desarrollo normativo infralegal posterior encomendándose a un órgano administrativo.
- Otorga discrecionalidad inherente en aquellos casos donde el ejercicio de una potestad es indispensable para que un órgano administrativo pueda cumplir sus funciones.

- Por último, un órgano administrativo puede tener discrecionalidad como resultado del uso de términos vagos.

Que un órgano administrativo tenga la responsabilidad de hacerse cargo de un sector de lo público significa fundamentalmente dos cosas: (i) que tiene la responsabilidad de establecer las razones en favor de sus acciones, y (ii) que institucionalmente tiene la última palabra. Es importante tener claro qué significa que la administración tenga la última palabra, porque la atribución de una potestad en último término protege una elección final que puede ser descrita como arbitraria en un sentido no peyorativo (Endicott 2011a, 187-88). En cierto modo, este tipo de habilitaciones descansan en la normatividad del lenguaje que nos constriñe en base a ciertas nociones básicas de la lógica, pero no determina sus múltiples usos en una comunidad los cuales responden en definitiva al contexto de la decisión (delimitado por la información que contiene el expediente administrativo). En estos términos, el problema de la discrecionalidad administrativa no consiste principalmente en el abuso de poder, sino que más bien en cómo se distribuyen responsabilidades y el ejercicio de potestades puede ser reconducido a la ciudadanía.

En lugar de un problema de legalidad, entonces, en último término se trata de un problema de legitimidad donde lo que interesa es determinar bajo qué condiciones la ciudadanía se encuentra en condiciones de percibir la decisión administrativa como propia. Desde este punto de vista, es posible reconocer que, para llegar a ese momento de elección final, donde se muestran las alternativas a elegir, éstas requieren ser descritas exhibiendo los rasgos que las muestran como alternativas que merecen ser consideradas. Y para ello es preciso levantar los datos necesarios para tener una comprensión suficientemente clara de ellas, que las muestre como de interés y relevancia (*vid.* 3.3.3). Es ilustrativo en este sentido que la administración pública se organice en función de sectores cuya atención se encomienda a órganos que se dediquen especialmente a ellos, lo que sugiere un compromiso a que, en la selección de profesionales, se privilegien aquellas personas que se encuentren familiarizadas con estos asuntos por su aptitud para encontrar razones en favor de una decisión que no ha sido determinada legalmente.

Endicott (2018, 238-41) identifica tres razones básicas que explican por qué la administración podría tener la última palabra y que por ello los jueces deben ser deferentes (*cf.* Fernández 2002). A partir de la premisa de que estamos frente a una técnica legislativa que atribuye un poder de decisión a la administración, las razones del legislador se vinculan a la familiaridad del órgano administrativo con la materia (*expertise*), la responsabilidad política frente a la comunidad en tanto representante de ella, y la capacidad de recolectar, organizar, sistematizar y analizar datos.

Los órganos administrativos tienen una competencia material acotada. Los asuntos que se les encomiendan se «burocratizan», en el sentido de que son atendidos por organizaciones que generan prácticas que se vuelven rutinarias. Dentro de cada organización existen cargos y funciones que se asignan a personas que se desempeñan profesionalmente en ella, quienes las realizan frecuentemente al punto que se vuelve algo cotidiano que facilita un mejor tratamiento del fenómeno que interesa. Esta familiaridad con la materia de la cual se ocupa un órgano administrativo, de las personas que se desempeñan profesionalmente allí,

corrientemente se convierte en un conocimiento especializado de ella que hace posible una acción más expedita.⁶⁴

Por otro lado, los órganos administrativos se vuelven caras reconocibles y tienen responsables con nombre y apellido. Las expectativas asociadas a un cargo público estructuran una relación de confianza débil (*reliance*) con la ciudadanía (*vid.* 3.2.1), quien en caso de no reconocerse en las decisiones adoptadas por quienes tienen la responsabilidad de hacerse cargo de un sector de lo público, reaccionarán de manera crítica a la gestión del órgano público respectivo.

Por último, la administración se encuentra llamada a actuar. Al encomendársele la realización del interés general en un sector de lo público se le exige que se organice con el propósito de intervenir en el ámbito de su competencia para atender el problema social que motiva su creación. Esta actividad no consiste solamente en tomar decisiones que contribuyen a configurar el sector de lo público a su cargo, sino que, además, y especialmente, a reunir la información necesaria para que su actividad sea sustantivamente eficiente (Schmidt-Assmann 2021, 54-66).

En lo que sigue haré una reconstrucción del contexto de la discrecionalidad administrativa a la luz de los contenidos de este capítulo. El propósito de esta reconstrucción es mostrar de qué manera una decisión final de un órgano administrativo, ya sea basada en razones legales (normas prescriptivas) o en razones establecidas por la propia administración (discrecionalidad administrativa), se encuentran influenciadas por una serie de decisiones previas que determinan su eficiencia sustantiva.

Esta reconstrucción inicia en un momento post legislativo, es decir, una vez que se ha creado un órgano administrativo y éste cuenta con determinados recursos (medios materiales) y atribuciones legales (medios jurídicos).⁶⁵ Una primera instancia de discrecionalidad consiste precisamente en la definición de la estructura organizacional interna: la definición de las unidades organizativas bajo las cuales se organizará y su dotación. Esta decisión responde a criterios extrajurídicos, en el sentido de que no se encuentra determinado por medio de normas prescriptivas, pero no por ello pierde significado jurídico. Bajo la comprensión de la actividad administrativa aquí favorecida (articulación de medios), la función de la estructura organizativa y la dotación de las unidades respectivas es maximizar el ejercicio de potestades públicas. En estos términos, quien tenga asignada la responsabilidad de dirigir a un órgano administrativo se encuentra sujeta a responder por la distribución que haga de presupuesto y funcionarios en las respectivas unidades administrativas a la luz de los resultados que con ello consiga.

⁶⁴ Esta razón por la cual se le confiere a la administración la última palabra difiere de aquello que se discute en la doctrina española bajo el término «discrecionalidad técnica» porque no se trata de un estándar técnico al cual referir en la decisión (un problema de autoridad epistémica) sino que más bien a la familiaridad que progresivamente van desarrollando quienes se ocupan regularmente de determinados asuntos (*cf.* Fernández 2015). Además de ello, no discute la extensión del control, sino que solo su alcance (*vid.* 1.3.3).

⁶⁵ Esto supone que ya se decidió acerca del modelo de organización que adoptará el órgano administrativo.

El asunto pareciera ser meramente doméstico, pero no lo es. No hace falta echar mano a estudios sobre cultura organizacional para advertir que, si la dotación de una unidad organizativa se encuentra sobrecargada de funcionarios, esto afectará el desempeño de otras unidades en especial y del órgano administrativo en general. En términos de eficiencia sustantiva, esta estructura organizacional interna debiese responder a un flujo de trabajo que conduce a una actividad administrativa que satisface sus fines legales. Como explica Schmidt-Assmann (2003, 260-61) las organizaciones no son solo una estructura jerárquica, sino que más aún sistemas de coordinación y procesamiento de información.

Por lo anterior, el fin del órgano administrativo no solo hace inteligible su actividad en conjunto, sino que también la actividad de cada unidad organizativa se explica por su orientación y en qué medida contribuye a ella.

La actividad administrativa en concreto que desarrolla un órgano administrativo en un periodo de tiempo determinado expresa una priorización. Esta priorización puede estar formulada de manera anticipada y formal (como ocurre con un programa de fiscalización) pero su ausencia no implica que no exista. Se puede inferir a partir de los casos a los cuales presta atención un órgano administrativo, es decir, qué es lo que realmente hace con los medios de que dispone.

Un órgano administrativo ya constituido, con una estructura orgánica y dotación determinada, necesita de información para actuar. Que uno de los supuestos para la práctica legislativa de crear órganos administrativos sea la aptitud de éstos para dar razones (razonabilidad) implica que parte importante de las responsabilidades de quienes ocupan cargos públicos consiste en recopilar, organizar, sistematizar y analizar los datos que servirá de base para la actividad del órgano administrativo respectivo. Existe así una importante relación entre datos, información y razones.

Los datos son registros de diversos acontecimientos, los cuales se obtienen por medio de la observación. La información es el resultado del procesamiento de datos. Nos ofrece una imagen del contexto de decisión, el entorno en el cual debemos actuar, los constreñimientos a los cuales estamos sometidos y las posibilidades de acción. Solo cuando los datos en su conjunto son relacionados entre sí permiten al agente disponer de una descripción de la situación que demanda su acción. La información que se infiere de los datos son razones para la acción. Las actividades de recopilación, organización, sistematización y análisis de información, entonces, son el medio por el cual un órgano público establece las razones justificadoras de su actividad (*vid* 4.2 y 4.3).

La enunciación de estos tres elementos (datos, información y razones) podría sugerir que existe una relación de precedencia entre éstos, pero no es el caso. En gran medida el registro de datos obedece a la búsqueda de razones para actuar, la cual se encuentra delimitada por la competencia material del órgano administrativo y por consideraciones de orden interno.

Las actividades de recopilación, organización, sistematización y análisis de datos tienen importancia no solo para configurar el contexto de decisión de quien es responsable por un sector de lo público. La discrecionalidad, entendida como un problema de razón práctica, emerge del contexto de decisión así determinado. Si el contexto de decisión que motiva la actividad administrativa no se encuentra suficientemente determinado, no se encuentra justificada la acción administrativa.

Este es el sentido del control de los hechos: se exige que la administración cuente con información suficiente para que sirva como razón para actuar. De lo contrario, en la medida en que se le exige ofrecer razones que justifiquen su acción, no está habilitada para actuar.

La consecuencia de lo anterior para el entendimiento de la discrecionalidad administrativa es fundamental. Solo cuando las tareas de recopilación, organización, sistematización y análisis de datos ofrecen información suficiente para actuar, un órgano administrativo se encuentra habilitado para ejercer discrecionalidad: adoptar una decisión que institucionalmente cuenta como la decisión final. Esta idea permite explicitar la relación entre el procedimiento administrativo y el deber de motivación (*vid.* 4.3).

El procedimiento administrativo, entonces, no es un asunto discrecional. Las distintas etapas que lo componen, y más importante aún, los métodos por medio de los cuales se recopilan datos para alcanzar el momento de decidir, no es un asunto que quede entregado al órgano administrativo. El procedimiento administrativo es una instancia formal de una actividad más general y esencial de la actividad administrativa, que se encuentra sometida a estándares difusos tales como buenas prácticas y normas técnicas.

Bajo esta reconstrucción es posible apreciar la función que cumple el así llamado principio de transparencia. En lo relevante, la transparencia consiste en poner a disposición de la ciudadanía el proceso de recopilación, organización, sistematización y análisis de datos realizada con el propósito de contar con información suficiente para actuar. El resultado de este proceso dibuja el contexto de decisión y, en estos términos, ofrece una imagen del problema de razón práctica que enfrenta un órgano administrativo en una situación concreta. En términos más generales, la transparencia contribuye a establecer una relación de confianza débil (*reliance*) que es la base de la responsabilidad-rol.

Una consecuencia importante de esta reconstrucción es el rol que cabe asignar a la noción de precedente administrativo en la comprensión de actividad administrativa que sirve de base para el trabajo dogmático de este sector del derecho (*vid.* Díez Sastre 2011, 2008). Dada la racionalidad y razonabilidad que se predica a los órganos administrativos, las razones que van estableciendo en el ejercicio de sus funciones requieren de cierta estabilidad en el tiempo. Este requerimiento, como vimos en el capítulo 1 (*vid.* 1.1), responde a un problema de razón práctica: la proyección en el tiempo de una decisión es aquello que la hace atribuible al agente en tanto ser racional.

Si se conceptualiza la idea de precedente administrativo desde este punto de vista es posible advertir la estrecha relación que tiene con los hechos. En estos términos, el precedente permite conectar racionalmente una decisión para casos semejantes en el futuro en el entendimiento de que todos se encuentran sujetos a la misma regla general establecida en un primer momento decisorio. Es importante destacar que la idea de precedente no puede capturarse exclusivamente por medio de la formulación de la regla. Es preciso entender las circunstancias del caso que motivaron la respuesta de la administración.

4 Las normas ambientales

En el capítulo anterior afirmé que, al comprender a la actividad administrativa como una articulación de medios orientada a un fin, caracterizado como la realización del interés general en un sector de lo público, se hace reconocible la necesidad de contar con un nivel intermedio entre la teoría del acto administrativo y la actividad administrativa: la estructura de la decisión en un sector de lo público.

En este capítulo se presenta el rendimiento explicativo de esta idea en un sector de lo público (el medioambiente), el cual es considerado por la dogmática alemana como un «sector de referencia», un área que presenta cierto interés por su aptitud para poner a prueba nuestras teorías y desarrollar otras nuevas. En estos términos, el contenido de este capítulo no solo interesa al derecho ambiental, sino que también a la teoría general del derecho administrativo.

El capítulo se compone de tres secciones. En la primera de ellas presento una anatomía de las normas ambientales, específicamente de las normas de emisión y las normas de calidad ambiental, que son ejemplo de regulación directa. Esta anatomía es la estructura de la decisión en este sector de lo público que determina el contenido del deber de motivación y orienta las actividades de recopilación, organización, sistematización y análisis de datos, que son objeto de las secciones posteriores.

4.1 La anatomía de las normas ambientales

4.1.1 La regulación directa

Actualmente, en la literatura y práctica regulatoria pareciera existir consenso sobre la importancia de definir una estrategia que consiga combinar eficientemente las diversas técnicas o instrumentos que han sido probadas en distintos países, con mayor o menor éxito, con el objeto de orientar la conducta de agentes hacia un objetivo social determinado (Gunningham y Sinclair 1999, 50-51; Bell et al. 2017, 223; Baldwin, Cave, y Lodge 2012, 132).

Estas técnicas regulatorias suelen ser clasificadas en categorías, definidas en base a algún rasgo compartido. Con ello se facilita el trabajo de evaluación de las ventajas y desventajas que presenta cada una de ellas y la identificación de posibles compatibilidades que refuercen la estrategia que se elija. Así, por ejemplo, Morgan y Yeung (2007, 80) distinguen entre impartir órdenes a los regulados, establecer incentivos financieros para que sean las fuerzas del mercado las que encuentren el modo de alcanzar el objetivo social deseado, conseguir el consenso entre los regulados, proveer de información a los agentes del mercado y el diseño de una arquitectura institucional. Baldwin, Cave, y Lodge (2012, 106), por su parte, y de un modo similar, distinguen entre dar órdenes a los regulados, emplear recursos públicos, dirigir el mercado, proveer información, actuar directamente y asignar derechos.

Las órdenes designan el establecimiento de normas prescriptivas por parte de la autoridad y ha sido el modo tradicional de orientar la conducta de las personas (Morgan y Yeung 2007, 80-81; Abbot 2006, 69). Algunos autores enfatizan en su conceptualización que estas órdenes se encuentran respaldadas por la amenaza de castigo por parte del Estado y este sería el rasgo característico de esta categoría (así

Baldwin, Cave, y Lodge 2012, 106; Bell et al. 2017, 233; Abbot 2006, 61, 63; 2009, 3-4; Black 1997, 5; Morgan y Yeung 2007, 80; Kingston, Heyvaert, y Čavoški 2017, 131; Fisher, Lange, y Scotford 2013, 491). Con todo, se trata de un asunto empírico que ha sido puesto en duda (*vid.* Hodges 2015, 107-37) y en realidad se trata de un problema de *enforcement* en aquellos casos donde no ocurre un cumplimiento espontáneo, que es un problema común a todas las técnicas regulatorias (Baldwin, Cave, y Lodge 2012, 131).

Por ello, el término con el cual se designa categoría (en inglés, *command and control*) no parece ser muy afortunado: no todas las técnicas regulatorias de este tipo parecen responder a órdenes respaldadas por amenazas (si no se cumple con los requisitos para obtener una autorización, por ejemplo, ésta simplemente no se otorga), ni tampoco es claro que sea dicha amenaza la variable más relevante que determina el cumplimiento (*vid.* Baldwin, Cave, y Lodge 2012, 236-38; Hodges 2015 *passim*).⁶⁶ Para Lübbe-Wolff (2001, 79) el rasgo más característico sería la manera en que se determina el comportamiento deseado, caracterizando a esta categoría como

an approach which consists in making the addressees of the law behave in the way you want them to behave by way of direct and detailed prescription of the desired behaviour

una aproximación que consiste en hacer que el destinatario del derecho se comporte del modo buscado por medio de la prescripción directa y detallada de la conducta deseada

Por estas consideraciones, una terminología más precisa, menos autoritaria y sin el dejo peyorativo heredado de los procesos desregulatorios, es la de «regulación directa» (así Macrory 2014, 135; Kingston, Heyvaert, y Čavoški 2017, 130; Abbot 2009, 3-4; Bell et al. 2017, 245). Esta es la terminología que usaré en adelante.

La regulación directa reúne, entonces, el conjunto de técnicas regulatorias que determinan por medio de mecanismos institucionales públicos la conducta compatible con el objetivo social buscado. En estos términos, contrasta con aquellas conductas que son el resultado del intercambio espontáneo en el mercado entre agentes autointeresados o la coordinación mediante acuerdos voluntarios entre los propios regulados.

Bajo esta comprensión de la regulación directa, la definición de la conducta compatible con el objetivo social deseado se muestra como una decisión externa al agente. Ahora bien, esta caracterización no debe ser tomada como un problema de legitimidad: que sea una decisión externa al agente solo quiere decir aquí que, habitualmente, los destinatarios de la norma no conocen su contenido y consultan por «la normativa aplicable» a su actividad (*cf.* Vedung 1998, 31). En este sentido básico, que una persona desconozca el marco regulatorio de una actividad riesgosa no implica necesariamente que la decisión propiamente tal contenida en la norma no pueda ser reconducida institucionalmente a la voluntad de una comunidad política.

Esta categoría reúne técnicas regulatorias diversas. Ogus (2004, 121-244) identifica las siguientes: deberes de proveer información, que pone atención en el flujo de información disponible para el intercambio que se produce en el mercado; sujetar la

⁶⁶ Como apunta Black (2001, 105), el término tiene, además, una fuerte carga peyorativa: «the term is used to denote all that can be bad about regulation: poorly targeted rules, rigidity, ossification, under- or overenforcement, unintended consequences».

actividad regulada al cumplimiento de ciertos estándares de calidad, ya sea estableciendo un deber de evitar consecuencias dañosas (*target standards*), requisitos para el desempeño o resultado de un proceso (*performance standards*), o fijando métodos o materiales de producción (*specifications*); y, por último, establecer la obligación de solicitar y obtener una autorización en forma previa al inicio de la actividad regulada.

Bajo esta clasificación, la regulación ambiental directa considera especificaciones técnicas (*specifications*), normas de emisión (*performance standards*) y normas de calidad (*target standards*).

Todas ellas presentan un grado diverso de constreñimiento para la organización de la actividad riesgosa regulada. Lübbe-Wolff (2001, 81-82) sitúa estas alternativas entre dos ejes: una aproximación instrumental donde la regulación es considerada como un medio apto para garantizar como resultado determinada reducción de emisiones y una aproximación orientada por objetivos (Fig. 6).

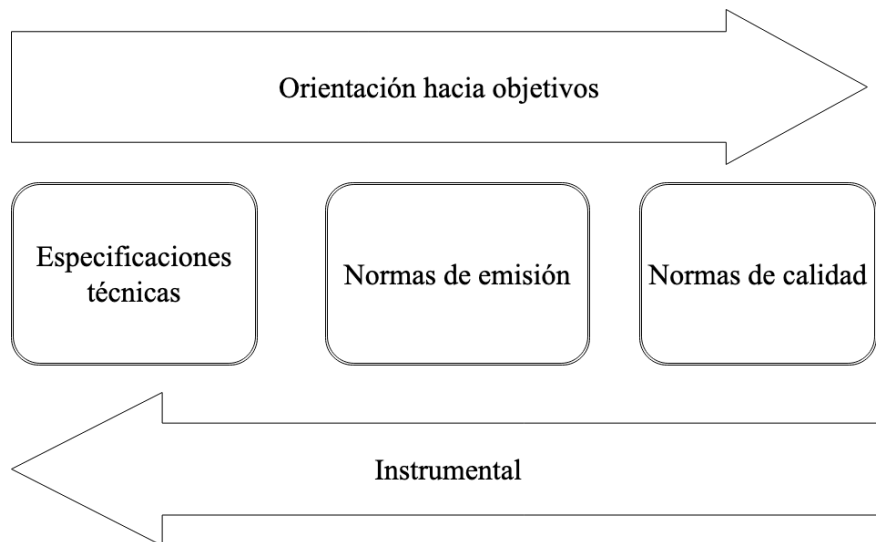


Figura 6. La relación entre técnicas de regulación ambiental directa.

En la figura 6 se grafica la relación entre estas técnicas regulatorias en materia ambiental. Las especificaciones técnicas, ubicadas a la izquierda, presentan el mayor grado de instrumentalidad, en el sentido de que su establecimiento fija una manera específica de reducir emisiones. Este es el caso de la regulación de combustibles, prohibiciones en el uso de determinadas materias primas, horarios de funcionamiento, el uso de determinados filtros, entre otros. Las normas de emisión se ubican en una posición intermedia y consisten básicamente en establecer límites para la descarga de contaminantes. En la medida en que se respete dicho límite, la actividad riesgosa podrá organizarse de la manera que le resulte más provechosa. Mientras este tipo de técnica regulatoria es instrumental con relación a una norma de calidad, que refleja el riesgo total aceptado respecto de la presencia de determinados contaminantes en el entorno, sirven de orientación para la organización de la actividad regulada. Finalmente, las normas de calidad, ubicadas a la derecha de la figura 6, orientan una política ambiental.

Las normas de emisión y las normas de calidad se formulan en términos bastante precisos, lo que constituye una decisión que distribuye los costos de la regulación radicando la mayor parte de ellos al momento de una primera formulación normativa. En este punto, existen dos problemas estrechamente vinculados entre sí que se encuentran asociados al grado de precisión óptimo de una norma y dónde se ubica el ejercicio de discreción. Pero antes de entrar a ello, conviene hacer una precisión terminológica. Al discutir estos temas, en la literatura regulatoria se utiliza frecuentemente la voz inglesa *standard* para referirse en general al establecimiento de normas. Sin embargo, también se distingue entre *rules* y *standards* al momento de discutir sobre el grado de precisión óptimo de normas. Para evitar eventuales confusiones, utilizaré «norma» como categoría que reúne dos tipos de enunciados: una formulación precisa que, en lo posible, se exprese por medio del uso de conceptos métricos (reglas) y el uso de conceptos generales y abiertos (estándares).

La distinción entre estándares y reglas expresa el diverso grado de sensibilidad hacia las circunstancias del caso concreto (discreción) que exhiben distintas formulaciones normativas bajo la idea de un continuo (Schauer 2009, 190; así también Parisi y Fon 2009, 10) que admite ser representado (conceptualmente) por una escala ordinal. Con ello, es posible entender gráficamente la relación interna de estos dos modos de formular una norma en el marco de un objetivo social común. Este continuo inicia con enunciados normativos que utilizan conceptos generales y abiertos que son muy sensibles a las circunstancias del caso concreto (estándares) y se mueve hacia un punto donde la norma se encuentra formulada con una precisión que su conocimiento se vuelve meramente informativo (regla). Entre ambos puntos se pueden situar sucesivamente distintas formulaciones normativas con un grado de precisión creciente, pero con una variedad de casos potencialmente subsumibles bajo la norma decreciente, como se muestra en la Fig. 7.

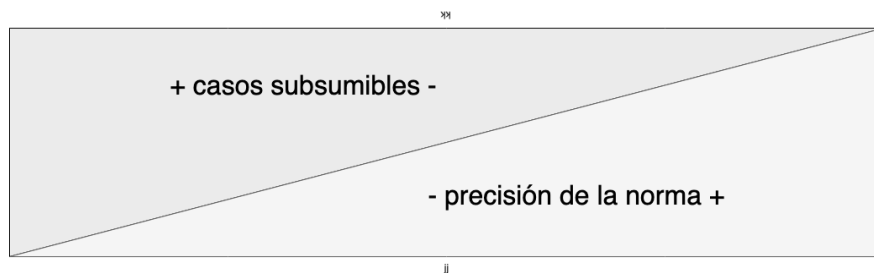


Figura 7. Relación entre casos subsumibles y precisión de la norma.

En base a esta idea de continuo, Parisi y Fon (2009, 9-21) elaboran un modelo matemático para determinar el grado óptimo de especificidad para maximizar el valor del derecho en términos de predictibilidad, considerando para ello los costos fijos de producir la norma y los costos variables de su aplicación, asimilando la creación de una norma a una inversión. En base a este modelo, el grado óptimo de especificidad dependerá de la frecuencia esperada de aplicación de la norma (a mayor frecuencia es preferible un mayor grado de precisión), su tasa de obsolescencia (a mayor obsolescencia menor precisión), los costos de coordinación y armonización de la norma en el sistema jurídico vigente (a mayor costo menor precisión), el grado

de especialización de los tribunales (a mayor especialización menor precisión) y la complejidad del sector regulado (a mayor complejidad menor precisión).

El modelo de Parisi y Fon (2009) muestra de un modo extraordinariamente preciso los aspectos clave para elegir el grado de precisión bajo el cual se formulará una norma. Sin embargo, creo conveniente hacer presente aquí una aguda observación de Ogus (2006, 286) que permite comprender la fuerza explicativa del modelo y moderar su utilidad práctica. Dice este autor que «adoptando un marco de razonamiento económico, incluso de forma implícita, quien toma las decisiones se encuentra sujeto a identificar y dar respuesta a los aspectos claves de una manera sistemática».⁶⁷ En este sentido, tomarse demasiado en serio el uso de modelos económicos podría tener como consecuencia encarecer el proceso de toma de decisión al requerir que se incurra en costos adicionales para conseguir la información suficiente para que sea posible usarlo. Y esto puede conducir a una paradoja: que resulte más caro utilizar el modelo que dictar la propia norma.

Es importante tener presente que al momento del cumplimiento de la norma esta siempre tendrá la precisión de una regla. La distinción entre estándares y reglas pone atención al momento de una primera formulación normativa que luego requiere ser obedecida. La diferencia fundamental entre ambos tipos de formulaciones normativas se encuentra en el grado de sensibilidad a las circunstancias del caso para determinar si resulta aplicable la norma o no, cuya contrapartida es la extensión del universo de casos que se encuentran regulados por ella. De allí que la otra cara del problema consiste en determinar dónde se ubica el ejercicio de discreción: al momento de una primera formulación normativa, en la cual se delimita el universo de casos potencialmente subsumibles bajo la norma; o al momento de su aplicación, donde progresivamente se irá delimitando dicho universo de casos por la práctica jurídica.

Schauer (2009, 14-16) y Ogus (2004, 169) proveen un ejemplo para comprender este punto. Un límite de velocidad para vehículos que transiten en zona urbana de 40 kilómetros por hora hace que sea irrelevante conocer las destrezas de quien conduce, sus motivos o las condiciones climáticas al momento de cumplir la norma. En este sentido, la norma así formulada se muestra insensible a las circunstancias específicas del caso. Distinto sería una formulación basada en la imagen de una conducción prudente. Allí sí será relevante conocer las distintas circunstancias que permitan evaluar la corrección de la conducción en el caso concreto. Y serán estas circunstancias las que hacen que la formulación de la norma se aproxime hacia una regla al momento de evaluar su cumplimiento.

Esta discusión permite caracterizar la producción de normas de emisión y normas de calidad ambiental como altamente costosa, porque para su formulación se requiere de muchísima información para que después puedan ser efectivamente implementadas en base a la estructura que se expone en las secciones siguientes.

Con todo, este tipo de normas ofrece dos ventajas importantes que permiten comprender en qué casos se presentan como una buena elección para el regulador.

⁶⁷ Traducción propia, en el original «In adopting an economic framework for reasoning, if only implicitly, the decision-maker is required to identify and address the key issues in a systematic way».

En primer lugar, su frecuencia de aplicación es altísima: son normas que regulan el permanente monitoreo de una fuente emisora o un componente ambiental. Y, en segundo lugar, consiguen simplificar la complejidad del sector regulado de manera muy efectiva.

Este tipo de normas descansan en la idea de gestión ambiental. Y aquello que se gestiona es una actividad riesgosa que se desarrolla indefinidamente en el tiempo. En este sentido, se trata de instrumentos que permiten evaluar el desempeño ambiental de este tipo de actividades durante su funcionamiento y para que esta tarea pueda ser cumplida se requiere de una frecuencia de mediciones y evaluaciones de cumplimiento más o menos alta. Al fijarse de antemano de qué manera se desarrollarán las tareas de recopilación, organización, sistematización y análisis de datos se reducen significativamente los costos de discutir el riesgo aceptable en cada evaluación normativa, lo que permite además que los datos puedan ser comparables en el tiempo.

Complementariamente, en muchos casos la diversidad de fuentes emisoras hace que sea muy difícil aproximarse a la gestión ambiental de todas ellas de manera uniforme, amenazando con ello una política ambiental efectiva. Cada una de las fuentes emisoras de interés, por ejemplo, podrían usar distintos procesos, tecnologías o insumos. En estas condiciones, las normas de emisión y las normas de calidad ambiental ofrecen un tratamiento similar a cada una de ellas al ser categorizadas desde un punto común: actividades que emiten en magnitudes relevantes el contaminante de interés.⁶⁸

Por estas consideraciones, se trata de técnicas regulatorias que resultan más idóneas para fuentes heterogéneas, ofreciendo un punto común desde el cual orientar su desempeño hacia un objetivo social deseado. Esta heterogeneidad de las fuentes emisoras permite justificar su elección frente a especificaciones técnicas, como, por ejemplo, regular la calidad del combustible o el diseño de artefactos, que son más apropiados para bienes de uso masivo como vehículos que usan derivados del petróleo o calefactores a leña.

Antes de continuar, es importante tener a la vista que cualquiera que sea la decisión que se adopte, esta responderá a una necesidad regulatoria: un diagnóstico que motiva una acción política y que provee el contexto para comprender la regulación vigente. Es muy corriente que esta necesidad regulatoria responda a algún problema puntual o catástrofe ambiental, aunque poco a poco, a medida que crezca una mayor

⁶⁸ Lo que aquí se muestra como una ventaja de las normas de emisión y normas de calidad ambiental se discute en la literatura regulatoria como una desventaja de la regulación directa (*vid.* Abbot 2006, 76-85), aunque para Lübke-Wolff (2001, 82) estas críticas se dirigen más bien a las especificaciones técnicas. Adicionalmente, en esta discusión se asume una oposición entre estado y regulados, sin prestar atención a que aquello que se tematiza en términos autoritarios como «*command and control*» es solo un modo bajo el cual, como sociedad, construimos nuestra matriz de riesgo. Además, se asume en esta literatura demasiado rápido que los agentes autointeresados que interactúan en el mercado tienen el interés y la capacidad de realizar análisis de riesgo ambiental, en circunstancias de que, si fuera cierto, parece menos costoso utilizar todo ese potencial de generación de conocimiento en un solo momento. Y la mejor alternativa para ello se llama administración pública. Por último, esta discusión ha perdido parte de su relevancia desde el momento en que se discute sobre estrategias regulatorias en lugar del uso exclusivo de alguna técnica regulatoria, para lo cual basta con conocer las limitaciones de cada una de ellas y en base a ello en qué situaciones resultan más apropiadas.

consciencia social sobre la relación con nuestro entorno, podrá responder a valores compartidos al interior de una comunidad política (*vid.* Bell et al. 2017, 229-30; Abbot 2006, 83).⁶⁹

La idea de necesidad regulatoria muestra un aspecto importante de esta discusión: cuando discutimos sobre regulación ambiental generalmente sometemos a análisis actividades existentes cuyos efectos en el entorno progresivamente se van valorando negativamente porque empezamos a conocerlas mejor, en ocasiones incluso trágicamente. Esto es importante porque las decisiones sobre el riesgo que se aceptará tendrán consecuencias económicas y sociales que complejizan el contexto de decisión. Esto explica, por ejemplo, que sea frecuente que se otorgue un plazo para la adecuación de los regulados a la nueva norma (*grandfather clause*), lo que puede ser visto como barrera de entrada para actividades nuevas que se deben ajustar desde el inicio a la nueva norma (*vid.* Ogus 2004, 169).

4.1.2 Las normas de emisión

La característica más sobresaliente de las normas de emisión es la precisión bajo la cual se encuentran formuladas. Como hemos visto en la sección anterior, este grado de precisión encuentra su justificación en la frecuencia de su aplicación, donde por consideraciones de economía de escala los costos de establecer reglas que sean fácilmente reconocibles y cumplidas son menores a los costos de su implementación (*vid.* Parisi y Fon 2009, 16).

Este grado de precisión se expresa en la estructura de las normas de emisión, que se compone de los siguientes elementos: los criterios para identificar a las fuentes emisoras reguladas, el límite de emisión, las mediciones requeridas para acreditar el cumplimiento del límite de emisión, y los criterios para evaluar el cumplimiento de la norma.

4.1.2.1 Los criterios para identificar a las fuentes emisoras reguladas

Las normas de emisión son especialmente idóneas para regular procesos que no son homogéneos.⁷⁰ Al fijar un límite de emisión en el punto de descarga permite al regulado que todo lo que ocurra antes de ella se encuentre bajo su control y, en la medida de que consiga cumplir con dicho límite, podrá organizar su proceso según le resulte más ventajoso (*vid.* Ogus 2004, 150-52; Lübke-Wolff 2001, 81).

⁶⁹ La regulación de la acuicultura en Chile provee un buen ejemplo, porque ha respondido a desastres que presuntamente han moderado el lobby de la industria. Luego de la masiva mortandad de peces como consecuencia del virus ISA se dictó la ley 20.434. El mensaje con el cual se inició la discusión legislativa señalaba expresamente entre los motivos de la reforma legal que «la situación de la industria se ha visto fuertemente impactada el último año debido a la aparición del virus Isa que genera grandes mortalidades a los ejemplares de salmónes en cultivo o, en el mejor de los casos, efectos indeseados como la pérdida de las condiciones de calidad del producto y baja de crecimiento de los ejemplares». Dicha ley y su desarrollo reglamentario impusieron mayores controles a los centros de cultivo.

⁷⁰ Si el proceso es homogéneo, como ocurre con vehículos o calefactores a leña, resulta muchísimo más eficiente establecer especificaciones técnicas y certificaciones previas al ingreso del producto al mercado.

Las fuentes emisoras son el origen de la descarga y los destinatarios de la norma de emisión. Sin embargo, su caracterización no es simple. Una norma que identifique a sus destinatarios como «toda fuente emisora del contaminante X» resultaría ineficaz por las dificultades para determinar con precisión el universo de regulados, haciendo difícil su cumplimiento por parte de la ciudadanía y el control de la autoridad. Por otro lado, no todas las emisiones provienen de un solo punto de descarga, sino que también existen emisiones difusas que no son atribuibles a una sola actividad o proceso y por ello difícilmente se podría fijar para ellas un límite específico. Un primer paso en la elaboración de una norma de emisión, entonces, será determinar los criterios bajo los cuales serán identificadas las fuentes emisoras reguladas. Esta tarea inicia con el conocimiento del contaminante a regular.

En términos generales, si se conoce el origen de un contaminante será posible controlarlo desde su fuente. Habitualmente, los contaminantes que se regulen serán parte del resultado de un proceso conocido. Con esta información se podrá aislar el conjunto de fuentes emisoras que interesa regular por medio de una norma de emisión y realizar estudios para conocer las características relevantes de cada una de ellas.

En base a estos estudios será posible definir bajo qué características se puede definir a la fuente emisora regulada. Para ello se pueden usar diversos criterios, siendo los más comunes el tipo de combustible que usan, el volumen de la descarga y el tamaño de la industria.

La definición de los criterios para identificar a las fuentes emisoras reguladas dependerá de la información que se tenga sobre ellas y para ello otras técnicas regulatorias pueden ser muy útiles. Por ejemplo, en base a avisos previos al inicio de una actividad es posible elaborar un catastro público en el cual se registren las características más relevantes de las fuentes emisoras instaladas en un área determinada. En base a dicha información, que puede ser complementada con estudios más precisos, será posible saber si es necesario fijar uno o más criterios para la identificación precisa de las fuentes emisoras reguladas. Con todo, en aquellos casos donde existan solo algunas industrias de interés porque son altamente contaminantes y que ya se encuentran identificadas en forma previa al inicio formal del proceso regulatorio, en la medida en que su existencia da lugar a la necesidad regulatoria, el establecimiento de criterios podría resultar superfluo.

4.1.2.2 *El límite de emisión*

El límite de emisión se expresa como un valor numérico que establece la magnitud de la presencia de contaminantes o el estado en que se encuentren otros parámetros regulados por la norma de emisión. En términos más precisos, el límite de emisión asigna un número a un objeto o propiedad y con ello nos ofrece información sobre el orden en que se encuentra respecto de una característica cualitativa o empírica que ha sido representada en un sistema numérico (*vid.* Mosterín 2000, 30-34).

La regulación de las emisiones no siempre ha tenido esta precisión, la cual responde en gran parte a lo imperceptible que se ha vuelto el fenómeno de la contaminación y, como consecuencia de ello, la necesidad de utilizar instrumentos que puedan registrar la presencia de contaminantes. Así, por ejemplo, en el derecho romano se concedió al propietario vecino de una fábrica de quesos la *actio negatoria* para impedir que produjera olores molestos bajo el entendimiento de que tolerar esos olores

suponía una servidumbre en favor de la fábrica (*vid.* Wacke 2002, 5-8). Más recientemente, las regulaciones más básicas para controlar la contaminación del aire en las ciudades contemplan una prohibición de emitir humos visibles, existiendo incluso métodos de medición cualitativos muy difundidos como es el caso de la escala de Ringelmann que se utiliza para medir la opacidad del humo (*vid.* Uekoetter 2005). Todo ello muestra un cambio regulatorio desde una evaluación cualitativa de la contaminación, basada en lo que percibimos directamente por medio de nuestros sentidos (olores molestos, humo negro), hacia el uso de conceptos métricos que hacen posible el uso de instrumentos para medir la concentración de contaminantes, lo que es un reflejo de la precisión a la cual aspiran las ciencias empíricas.

Al estar expresado en términos matemáticos, el límite de emisión pareciera ser un dato externo, una medida que tomamos del mundo empírico, similar al cálculo de la distancia que nos separa del sol. La diferencia en ambos casos se aprecia al distinguir entre los aspectos representacionales y los aspectos pragmáticos de las mediciones. Según Hand (2004, 25-60) en las mediciones existen aspectos representacionales donde los valores numéricos obtenidos y las relaciones entre ellos pretenden reflejar la relación entre los objetos sujetos a investigación. Los aspectos pragmáticos, por su parte, refieren a decisiones de quien observa y no tienen relación con el sistema empírico representado.

En base a esta distinción, es posible apreciar que mientras la distancia entre la tierra y la luna presenta una aproximación representacional de la medición donde la magnitud expresa la relación empírica entre dos objetos representada en un sistema numérico, en el caso del límite de emisión el proceso mismo de medición define la variable que es medida y en ello se adoptan decisiones externas al sistema que es representado (Hand 2004, 52-53). En este marco, como se explica a continuación, el límite de emisión puede ser definido como la medida del efecto de un contaminante en un conjunto de receptores en base a la relación dosis-respuesta.

La relación dosis-respuesta tiene orígenes remotos y su historia contiene algunos hechos muy polémicos, que incluye la posibilidad de que el incremento progresivo en el consumo de la dosis de una sustancia genere inmunidad a los efectos letales de ella (según se cuenta que habría hecho Mitrídates) y el descubrimiento realizado por Hugo Schulz de que en bajas dosis algunos agentes tóxicos acentúan el metabolismo de levadura, lo que habría ofrecido una explicación científica para la homeopatía (*vid.* Calabrese 2019). Actualmente, es un concepto fundamental en la (eco)toxicología y consiste en una inferencia estadística a partir una serie de datos sobre la respuesta a diversos grados de exposición de un receptor a un contaminante determinado (*vid.* Ishaque y Aighewi 2014).

La dosis está vinculada al grado de exposición al contaminante, que puede considerar la concentración de éste y la duración de ella. La respuesta se refiere a los efectos observables que, en términos generales, pueden ser de dos tipos: agudos, que miden la letalidad ante exposiciones durante un periodo breve de tiempo, y crónicos, que miden la letalidad en periodos largos de tiempo. También se estudian en la toxicología los efectos subletales de la exposición crónica, tales como malformaciones.

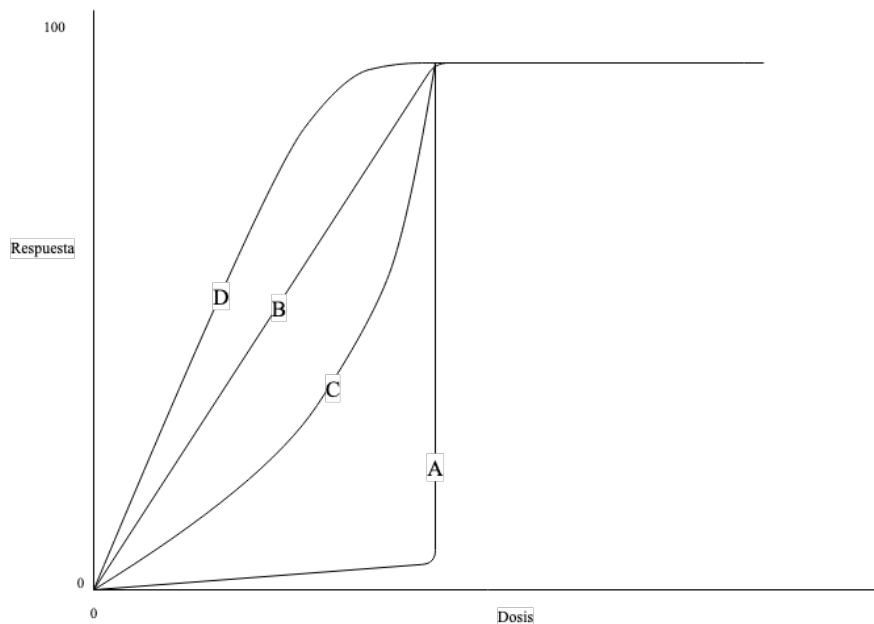


Figura 8. Curvas de relación dosis-respuesta (Weiner y Matthews 2003, 38).

La figura 8 muestra los modelos más comunes de la relación dosis-respuesta (*vid.* Ishaque y Aighewi 2014; Weiner y Matthews 2003, 38-40). Cada punto en una curva expresa la letalidad observada (respuesta) de un grupo de individuos (receptores) a una cantidad determinada de contaminante (dosis). Hasta aquí, se trata de una aproximación representacional de lo que se observa, donde cada curva grafica distintas relaciones que se han observado entre la dosis de un contaminante y la respuesta observable en los receptores de ella.

Existen dos elementos pragmáticos que complementan estos resultados para efectos de la evaluación del riesgo de un contaminante. El primer de ellos consiste en fijar un punto a partir del cual la cantidad de contaminante será considerada peligrosa. El segundo, quiénes son los receptores que están siendo evaluados para los propósitos de la evaluación del riesgo.

La decisión del punto de la curva que se usará como referencia para fijar el límite de emisión es una decisión que ya no se vincula con el sistema representado: convencionalmente se ha fijado la mediana, el punto donde el 50% de individuos muere como resultado de una exposición breve (dosis letal 50 - LD50). En la literatura revisada no son transparentes las razones que justifican fijar este punto para efectos de la evaluación del riesgo y aparentemente se trata de una decisión arbitraria respaldada por la práctica administrativa de la *Environmental Protection Agency* de los Estados Unidos (*vid.* Newman 2015, 282-83; Sparling 2018, 37-39). Con todo, una posible razón para fijar un punto de la curva desde el cual se considerará el contaminante peligroso podría ser la subsistencia del grupo de receptores, pero con ello se introducen complejidades que harían aún más difícil el proceso de evaluación de riesgos. En este sentido, fijar un punto arbitrariamente (sin razones aparentes) podría estar justificado para adoptar decisiones oportunas, lo que no exime que al menos se discuta teóricamente sobre la razonabilidad del umbral que se fije, cuestión que no pareciera estar cubierta suficientemente en la literatura.

Para llegar a este dato se realizan estudios con seres vivos que sirven como modelo para luego proyectar los efectos en la salud humana o en ecosistemas (*vid.* Cranor 1993, 12-48; Sparling 2018, 37-39). Cuán representativos sean estos modelos, por ejemplo, para evaluar los efectos en la salud humana es una pregunta que encuentra respuesta en consideraciones prácticas acerca de la posibilidad de llevar a cabo estos experimentos toxicológicos y plantea varios problemas éticos relacionados con la experimentación con animales.

En base a estas explicaciones, es posible ofrecer una definición del límite de emisión que sea más próxima a los principios que orientan a la ecotoxicología. Como se señaló al inicio de esta subsección, el límite de emisión es una medida de la relación dosis-respuesta del contaminante regulado.

Por último, los contaminantes se pueden regular directa o indirectamente lo que depende de consideraciones prácticas determinadas por el contexto de decisión. En efecto, es posible que la medición del contaminante de interés sea muy costosa o que no existan laboratorios que puedan llevarla a cabo. Frente a ello, es posible regular otros parámetros que sirvan como indicadores de la concentración del contaminante de interés.

4.1.2.3 *Las mediciones*

El límite de emisión sirve como un valor de referencia para evaluar el desempeño ambiental de una fuente emisora regulada. Para ello, se necesita realizar un determinado número de mediciones en el punto de descarga que nos informen sobre el comportamiento de ella durante el periodo de observación que se haya fijado en la norma, que realiza la propia fuente emisora contratando laboratorios y remitiendo luego los resultados a la autoridad fiscalizadora. Si el resultado de este proceso da cuenta de una superación del límite de emisión, se configura una infracción ambiental.

La medición de las emisiones es un proceso de observación mediado por la tecnología. Según fue expuesto en el capítulo 2, el proceso de observación y generación de conocimiento acerca de la naturaleza se realiza por medio de instrumentos técnicos que reciben estímulos del entorno que son procesados y traducidos en datos cuantificables que, en base a teorías ya desarrolladas, permiten determinar el valor numérico de aquello que estamos observando (*vid.* 2.3.1). En este sentido, por medio de mediciones se documentan los rasgos y atributos de las entidades y procesos objeto de investigación, lo que nos permite luego obtener información de ellos sin necesidad de tener que reproducirlos (Leonelli 2016, 192).

Este proceso se encuentra orientado por una interpretación del mundo que ofrece una disciplina científica. Esto significa que quienes registran los resultados de las mediciones son personas que han sido instruidas en algún campo de las ciencias empíricas y por ello su trabajo se encuentra sujeto a criterios de corrección en términos de su intersubjetividad. Esto exige que, tratándose de mediciones de las emisiones de fuentes reguladas, todo el proceso se encuentre sujeto a controles que aseguren su corrección técnica y fiabilidad pública.

Los resultados de las mediciones se denominan corrientemente «datos crudos» y están expuestos a revisión con el propósito de determinar que fueron obtenidos por medio de los métodos y protocolos establecidos. En este último caso, se habla

corrientemente de «datos validados». Esta práctica responde a dos características que tienen los datos. Como explica Leonelli (2016, 196-97), los datos tienen un soporte material y ello hace que puedan ser compartidos fácilmente con otras personas. Y esta característica hace posible que puedan cumplir la función de servir como evidencia para afirmaciones sobre la realidad. Respecto de esto último, para los propósitos de comprender la práctica de medir la concentración de contaminantes en el marco del cumplimiento de normas ambientales, es suficiente adoptar una aproximación contextual sobre la relación entre datos y verdad: solo aquellos datos obtenidos por medio de métodos y procedimientos reconocidos (los datos validados) tendrán valor de verdad. Para ello, como se dijo anteriormente, personas con conocimientos técnicos previos siguen un determinado procedimiento que asegura la intersubjetividad de los resultados de la medición bajo controles públicos. En este sentido, el método de medición de las normas de emisión responde al consenso de la comunidad científico-técnica y, usualmente, se encuentran normados técnicamente por organismos internacionales.

Esta característica tiene importantes consecuencias prácticas al momento de regular. Una de ellas es que esta dependencia de la observación a la tecnología establece una limitación al momento de regular a las emisiones de contaminantes: en la medida en que las mediciones descansan en el uso de instrumentos técnicos, que requieren de mantenciones, calibraciones y son operados por personas especializadas, el límite de emisión que se fije dependerá de la tecnología disponible en un país determinado, que a su vez responderá a la capacidad técnica de los laboratorios existentes. Si no existen laboratorios suficientes para realizar las mediciones requeridas por una norma de emisión, esta simplemente será letra muerta o provocará costos indirectos en el mercado, al enfrentarse los regulados a una oferta muy reducida que incluso puede comprometer el cumplimiento de los plazos para entregar los reportes de sus emisiones a la autoridad fiscalizadora.

Existe una gran diversidad de métodos de medición, los cuales varían según su propósito y costo (*vid.* Umweltbundesamt 2008). Sin perjuicio de lo anterior, es posible clasificar estos métodos en dos grandes grupos: mediciones continuas y mediciones discontinuas.

En las mediciones continuas, se utilizan técnicas de medición en forma permanente, registrándose los datos de las emisiones en periodos de tiempo muy breves (cada segundo o minuto) de manera automatizada. Con este tipo de mediciones se consigue una serie de datos significativa que permite inferir con precisión el comportamiento de la fuente emisora y por ello su costo es alto. En las mediciones discontinuas, se extrae una muestra por personas expertas que las analizan en un laboratorio conforme a los métodos reconocidos para ello. En comparación con las mediciones continuas, su costo es menor.

El periodo de observación o control fija un espacio temporal en el cual se tomarán las muestras que constituyen la serie de datos que serán analizados para evaluar el cumplimiento de la norma de emisión. Es importante tener presente que una norma de emisión es un instrumento para gestionar el riesgo de una actividad y dicho riesgo se determina en función de la exposición de los receptores a determinados contaminantes. Esto explica que en lugar de mediciones aleatorias realizadas por la autoridad fiscalizadora (que difícilmente podría llevarlas todas a cabo considerando el número total de todas ellas), el control se realice en base a un plan de mediciones

por parte de laboratorios contratados por la propia la propia fuente emisora, quien de este modo ofrece evidencia sobre el cumplimiento de la norma. Pero en la medida en que se sobrepase el riesgo y se provoquen daños, la norma de emisión dejará de ser un instrumento relevante porque no considera, por definición, la posibilidad de una exposición de altas concentraciones de contaminantes.

Complementariamente, toda norma de emisión requiere considerar deberes de reporte a la autoridad, que establezcan el contenido y su frecuencia. En base a ello, la autoridad fiscalizadora procederá a realizar la evaluación de cumplimiento.⁷¹

4.1.2.4 *La evaluación de cumplimiento de las normas de emisión*

La evaluación de cumplimiento consiste en una inferencia estadística sobre el comportamiento ambiental de la fuente emisora durante el periodo de observación.

⁷² Se trata de una actividad reglada donde la serie de datos registrados por medio de las mediciones son sometidas a un análisis estadístico, que como resultado nos informarán si la fuente emisora ha operado dentro del riesgo aceptado o ha cometido una infracción al superar el límite de emisión. El uso de estadísticas es parte del desarrollo de las ciencias ambientales. Como señalan Artiola, Brusseau, y Pepper (2004, 5)

Scientists have recognized the limits of their powers of observation. Essentially, it is impossible to be everywhere all the time, and it is impossible to see and observe everything. Statistics help environmental scientists interpolate and extrapolate information from a few sample observations [...] to an entire environment or population.

Los científicos han reconocido los límites a su capacidad de observación. Esencialmente, es imposible estar en todos lados al mismo tiempo, y es imposible ver y observarlo todo. La estadística ayuda a los científicos ambientales a interpolar y extrapolar información desde unas pocas muestras observadas [...] a un entorno o población entera.

Como fue señalado anteriormente, la relación entre datos y verdad es contextual. Solo aquellos datos que han sido obtenidos por medio de métodos y procedimientos reconocidos serán aptos para ser analizados y, a partir de ellos, realizar inferencias. La revisión del proceso de obtención de datos se conoce como «validación de datos» y su resultado son los «datos validados». El incumplimiento de las reglas técnicas para calibrar los instrumentos de medición, los métodos de medición o los procedimientos tienen como consecuencia que no tendremos información sobre el desempeño ambiental de la fuente emisora y, por tanto, pierde sentido el control por medio de una norma de emisión. Esto último permite apreciar que el control de la contaminación por medio de normas de emisión en realidad consiste en un control

⁷¹ En rigor, dado el carácter técnico de las mediciones, la evaluación de cumplimiento puede hacerla cualquier persona con conocimientos en la materia, ya sea que se desempeñe profesionalmente dentro de la empresa, en el laboratorio o la autoridad fiscalizadora. Con todo, la evaluación de cumplimiento se realiza por esta última como parte del control público de la contaminación que ejerce.

⁷² A pesar de la omnipresencia de la estadística en las sociedades modernas, la formación jurídica no considera, al menos en hispanoamérica, el estudio de ella (posiblemente porque cuando ésta surge los estudios de derecho se encontraban ya bien consolidados). Dos buena introducciones no formales que muestran de manera comprensible en qué consiste esta disciplina son Hand (2008) y Spiegelhalter (2019).

por medio de un monitoreo permanente de la fuente emisora y por esta razón se establece un periodo de observación en el cual se levantarán los datos respectivos.

Los criterios para evaluar el cumplimiento de la norma de emisión se encuentran estrechamente vinculados a las mediciones. Pero he distinguido analíticamente este momento porque los criterios que se utilizarán, si bien responden a las reglas de inferencia estadística, son una decisión práctica. Los resultados del proceso de validación nos entregan una serie de datos que requieren ser interpretados. Hay distintas maneras de resumir todos esos datos para que nos informen sobre el desempeño ambiental de una fuente emisora. Para efectos de evaluar el cumplimiento no es indiferente que se utilice la media aritmética, la mediana o el percentil 90. Esta decisión es importante y dependerá en gran parte de variables pragmáticas tales como el número de mediciones que se exige en la norma, la fiabilidad de los métodos de medición para los cuales se encuentran acreditados los laboratorios que existen y operan en un país determinado, etc.

Hasta ahora he descrito la estructura de las normas de emisión bajo la idea de la evaluación del desempeño ambiental de una fuente emisora durante un periodo de observación, lo que se realiza analizando estadísticamente una serie de datos que son el resultado de varias mediciones. En estos términos, la imputación de una infracción supone que hayan sido reunidos todos los datos necesarios para evaluar el cumplimiento de la norma o que la ausencia de dichos datos sea atribuible a la negligencia del regulado. Sin embargo, bien podría ocurrir que durante el periodo de observación se descarguen por una sola vez concentraciones tan altas que hagan innecesario esperar por más datos. Esto podría ocurrir en dos hipótesis. En la primera, aún si las emisiones de la fuente emisora durante el resto del periodo de observación fueran mínimas, el cálculo del valor de la concentración de contaminantes entregará como resultado una superación del límite de emisión. En la segunda, se ha constatado un daño a los receptores de interés.

En este último caso, aún si la inferencia estadística sobre el comportamiento ambiental de la fuente emisora fuera favorable al considerar el resto de las mediciones correspondientes al periodo de observación, no parece que existan razones para que la evaluación de la norma tenga algún valor epistémico para efectos de eximir de responsabilidad a la fuente emisora. Y, por otro lado, el incumplimiento de una norma de emisión sí tiene valor epistémico configurando una culpa infraccional de la fuente emisora que la hace responsable de reparar el daño causado. ¿Qué explica esta diferencia en el valor de la evaluación de cumplimiento de la norma de emisión en uno y en otro caso? Para comprenderlo, basta con tener en mente que el control de la contaminación por medio de una norma de emisión se basa en una inferencia estadística que intenta aproximarse a la realidad. Pero cuando esa realidad indica que se ha provocado un daño como consecuencia de la descarga de un contaminante, la inferencia estadística pierde su valor epistémico para dar cuenta del desempeño ambiental de la fuente emisora responsable. El límite de las normas de emisión como instrumento para la gestión ambiental, entonces, se encuentra en la ocurrencia de un daño.

4.1.3 Las normas de calidad ambiental

Las normas de calidad ambiental se ubican dentro de las técnicas regulatorias denominadas *target standards*. Fijan objetivos o metas en base a los cuales los agentes

toman decisiones teniendo a la vista no afectarlos. En el caso de las normas de calidad ambiental, esto se expresa fijando umbrales de riesgo para determinados contaminantes u otros parámetros medidos en el entorno, específicamente en un componente ambiental como el aire, agua o suelo.

De las tres alternativas de regulación directa, es la que ofrece mayor flexibilidad en el control de la contaminación, pero dicha flexibilidad dura en tanto se mantengan los valores de calidad ambiental dentro de cierto rango. Como señala Lübbe-Wolff (2001, 82), «las emisiones tendrán que ser controladas solo si, y hasta el punto donde, dicho control sea necesario para asegurar el cumplimiento con los estándares allí establecidos».⁷³

En la discusión europea sobre regulación ambiental se suelen presentar las normas de emisión como el «método alemán» del control de la contaminación. La alternativa frente a ello sería el «método británico» que privilegia fijar metas de concentraciones de contaminantes en el entorno, lo que ofrecería a los regulados un mayor grado de libertad para encontrar el modo que les resulte más conveniente en términos de costo-efectividad.

En gran medida se trata de un falso debate (*vid.* Lübbe-Wolff 2001, 84-87; Bell et al. 2017, 241-44). Tanto en la experiencia europea como la chilena se utilizan ambos instrumentos en forma complementaria. La complementariedad entre ambos es fácil de apreciar: al establecer una norma de calidad para el área de influencia de un conjunto de fuentes emisoras es posible fijar normas de emisión que aseguren que la actividad de todas ellas en conjunto no sobrepase el umbral de riesgo fijado en la primera. En otras palabras, fijar normas de emisión supone alguna noción básica sobre los efectos de las emisiones de contaminantes en el entorno inmediato.

Las normas de calidad exhiben una estructura muy similar a las de las normas de emisión. La principal diferencia es que, en lugar de prestar atención a un punto de descarga, sirven para observar los cambios de magnitudes de contaminantes u otros parámetros en determinados componentes ambientales. Bajo los términos del modelo conceptual de riesgo ambiental SPR (*vid.* 2.3.3), por medio de las normas de calidad ambiental se establecen umbrales de concentración para determinados contaminantes en algún componente ambiental que sirve de vía de exposición al riesgo para algún receptor.⁷⁴

Por esta razón, su estructura será analizada en forma separada, pero teniendo a la vista algunas ideas expuestas a propósito de las normas de emisión relacionadas con el tipo de observación en la que se basan este tipo de normas ambientales. Los elementos de las normas de calidad ambiental son los criterios para delimitar el área de observación, los límites establecidos para los contaminantes o parámetros de interés, los monitoreos de calidad ambiental y la evaluación de cumplimiento.

⁷³ Traducción propia. En el original «[...] emissions have to be controlled only if, and in so far as, such control is necessary to secure compliance with the given quality standards».

⁷⁴ En la legislación chilena, que sigue a la de Estados Unidos, se distingue entre norma primaria y secundaria según los receptores potencialmente afectados sean seres humanos (salud humana) o un ecosistema determinado.

4.1.3.1 *La delimitación del área de observación*

Para establecer normas de calidad ambiental se requiere identificar una necesidad regulatoria que haga relevante monitorear determinados contaminantes en un espacio y tiempo delimitado. Al fijar la atención en el entorno (un componente ambiental delimitado en términos espaciales), las normas de calidad permiten ser concebidas como un paso intermedio hacia otras técnicas regulatorias: fijan un objetivo que debe ser alcanzado por el conjunto de fuentes emisoras (fijas y difusas) que contribuyen a la calidad del componente ambiental sujeto a control.

En este sentido, las normas de calidad constituyen un modo preciso de levantar datos de manera sistemática sobre el estado en que se encuentra un componente ambiental, para lo cual resulta imprescindible delimitar el área sujeta a control. Esto dependerá de los receptores de interés, por ejemplo, el ecosistema de un cuerpo de agua o la salud de quienes habitan un centro poblado. La delimitación del área de control, entonces, dependerá de la determinación del punto desde el cual la exposición de los receptores de interés a determinadas actividades riesgosas se vuelve poco significativa.

La información que se obtenga en el marco del control de las normas de calidad habilitará para la adopción de medidas por parte de las fuentes emisoras que contribuyen en la calidad ambiental del componente objeto de observación. Por ejemplo, si los resultados de los monitoreos de la calidad del aire dan cuenta de la superación de ciertos valores, la autoridad podría decretar restricciones para el desarrollo de aquellas actividades contaminantes que influyen significativamente en la calidad del aire en base a una combinación de técnicas regulatorias.

Es importante tener a la vista por qué se trata de restricciones a dichas actividades contaminantes. En primer lugar, que se trate de actividades contaminantes solo significa que su presencia contribuye en la calidad ambiental pero que son toleradas mientras no superen cierto nivel de riesgo (que puede expresarse en normas particulares o generales). En segundo lugar, al tratarse de restricciones suponen un trato diferenciado respecto a quienes no se encuentren dentro del área de observación de la norma de calidad. Todo ello exige que las fuentes emisoras se encuentren razonablemente identificadas al menos por tipo de actividad: las emisiones de determinados gases es un rasgo característico del uso de vehículos que usan derivados del petróleo como combustible, las descargas de los residuos líquidos de la agroindustria incorporan ciertos contaminantes en los cursos de agua, etc.

En base a estas consideraciones, las normas de calidad ambiental son un instrumento que sirve para monitorear el riesgo de determinadas actividades que han sido identificadas, al menos por hipótesis, como contribuyentes en la calidad de un componente ambiental objeto de observación. La delimitación precisa del área de control responderá principalmente al área de influencia que dichas actividades tienen. Es en este sentido que las normas de calidad son una técnica de control de actividades contaminantes.

4.1.3.2 *Los límites establecidos en la norma de calidad ambiental*

Ya hemos visto, a propósito de las normas de emisión, que el valor numérico en que se expresa una norma ambiental es la medida de la relación dosis-respuesta entre un contaminante y un receptor. Interesa ahora revisar dos aspectos especiales que

presentan las normas de calidad: la distinción entre contaminantes primarios y secundarios, y los indicadores ambientales.

Son contaminantes primarios aquellos que se encuentran en nuestro entorno como consecuencia directa de las descargas de alguna fuente emisora. Los contaminantes secundarios son el resultado de la interacción que se produce en el ambiente entre contaminantes primarios (llamados precursores) y otros elementos o compuestos allí presentes (*vid.* Vallero 2008, 273-74).

Un ejemplo de contaminante primario es el monóxido de carbono que emiten los vehículos que usan combustibles derivados del petróleo. Un ejemplo de contaminante secundario es la formación de material particulado fino en la atmósfera y su composición química ofrecerá la clave para identificar el origen de los contaminantes primarios que participan como precursores (*vid.* Vallero 2008, 60; Smedley 2019, cap. 3 señala que cada ciudad tiene su «huella digital» de material particulado).

La distinción entre contaminantes primarios y secundarios es relevante porque permite comprender cuáles son las fuentes emisoras que será necesario regular cuando los resultados de los monitoreos ambientales den cuenta de la superación o próxima superación del umbral de riesgo establecido en la norma de calidad ambiental. En el caso de los contaminantes primarios no pareciera que existan mayores dificultades en su identificación, porque bastará con regular a las fuentes emisoras que descargan directamente los contaminantes de interés. Tratándose de contaminantes secundarios, el control se vuelve más complejo porque supone dirigir la regulación hacia las fuentes emisoras de los precursores. Qué tipo de técnicas regulatorias son más apropiadas dependerá de diversos factores, por ejemplo, las características de las fuentes emisoras relevantes: fuentes fijas o difusas, homogéneas o heterogéneas, etc.

Por otra parte, al momento de regular estos contaminantes existen dos alternativas. La primera de ellas es establecer directamente una magnitud sobre su presencia en el área objeto de observación. Con ello, los monitoreos levantarán datos sobre las variaciones en las concentraciones de contaminantes primarios o secundarios en el entorno, lo que permite conocer directamente el impacto de las fuentes emisoras. Pero también existen maneras de medir indirectamente la presencia de estos contaminantes en el entorno, fijando una magnitud para otros parámetros en base a las consecuencias conocidas del contaminante de interés en el entorno y que, de este modo, sirvan como indicadores de las concentraciones de ellos.

La opción por monitorear los valores de un contaminante directa o indirectamente en base a indicadores responderá a la tecnología disponible (laboratorios que se encuentren acreditados para realizar los monitoreos específicos pertinentes) y los costos asociados a ello, según fue expuesto a propósito de las normas de emisión.

4.1.3.3 *Los monitoreos de calidad ambiental*

En el capítulo 2 se expuso la manera en que conocemos nuestro entorno y en qué medida dicho conocimiento se basa en una simplificación de la compleja realidad a la que estamos expuestos y habitamos, facilitada por medio del uso de conceptos métricos en el marco más amplio del uso de modelos matemáticos (*vid.* 2.3.1). En gran medida lo que sabemos sobre nuestro entorno lo sabemos porque medimos y

establecemos relaciones entre aquellos objetos que observamos, con lo cual se formulan luego hipótesis y teorías científicas.

Si bien los monitoreos de calidad ambiental se realizan en el marco de una política ambiental, no están ajenos a estas ideas. Es por medio de la observación sistemática y permanente de nuestro entorno que obtenemos información sobre el estado en que este se encuentra y, en base a ello, es posible adoptar decisiones oportunas y eficientes sustantivamente para la protección ambiental.

Los monitoreos ambientales contribuyen a que la política ambiental se desenvuelva en base a evidencia sólida porque responde a un conocimiento preciso sobre el estado en que se encuentran los componentes ambientales de nuestro entorno. Para ello, es necesario que los resultados de los monitoreos sean representativos de aquello que se observa. Como el proceso de observación de nuestro entorno consiste en tomar una serie de muestras del componente ambiental objeto de investigación, cada muestra requiere reunir los elementos claves que permiten caracterizar aquello que representan (*vid.* Artiola, Brusseau, y Pepper 2004, 14). Para ello, será relevante definir el tamaño de la muestra, el número de ellas en total, cómo se distribuirán tanto en el área sujeta a observación como durante el periodo de observación, y la tecnología disponible en el país. Con estos elementos a la vista será posible diseñar un plan de monitoreo ambiental que haga posible obtener la información que luego sirva de sustento para decisiones de política pública.

Por último, es importante tener presente en qué medida los puntos de monitoreo que se establezcan contribuyen a dibujar el área sujeta a observación. Así como cada muestra requiere ser representativa del total, la distribución de los puntos de monitoreo también debe buscar dicha representatividad y mantenerse durante el tiempo para que los resultados futuros puedan ser comparables con los anteriores. Con ello, será posible luego analizar los cambios ocurridos en el área de observación respecto de las magnitudes de contaminantes o parámetros que fueron medidos en ella.

4.1.3.4 La evaluación de cumplimiento de las normas de calidad ambiental

Los monitoreos entregan una serie de datos numéricos que, validados y correctamente interpretados, nos informan sobre el estado en que se encuentra el componente ambiental objeto de observación en el marco de una norma de calidad. Esto último es importante: en muchas ocasiones, todo este proceso supone una decisión sobre un umbral de información suficiente para efectos de la gestión ambiental. En definitiva, si bien las decisiones asociadas al control de la contaminación descansan en el conocimiento científico que como sociedad generamos sobre nuestro entorno, los costos y tiempos asociados a la generación de información pueden frustrar una acción oportuna: *optima semper impediunt bona*.

Por esta razón, no tiene sentido evaluar el control y seguimiento de una norma de calidad en base a estudios científicos que dan cuenta de un mayor deterioro del componente ambiental objeto de observación. La discusión relevante se da al momento de dictar una norma de calidad porque lo que se decida en dicho proceso fija el umbral de suficiencia para adoptar decisiones a futuro (lo que no excluye, claro está, modificar la norma de calidad ambiental ni tampoco quiere decir que cualquier

dato sirve para estos propósitos. El punto relevante aquí es tener en cuenta que las normas de calidad constituyen una simplificación para los propósitos específicos de la gestión ambiental).

Los datos que ofrecen los resultados de los monitoreos requieren ser comprendidos por medio de métodos estadísticos. Lo que se evalúa no es un instante, sino que el desempeño durante el periodo de observación y para ello se toman una serie de muestras que nos permitan inferir estadísticamente el estado en que se encuentra el componente ambiental sujeto a observación para efectos de adoptar una decisión de política ambiental.

Es importante tener presente que la idea misma de riesgo supone ciertos márgenes en los cuales la gestión ambiental es posible y se basa en estudios toxicológicos. Tanto los límites establecidos en las normas de emisión como en las normas de calidad ambiental son la medida de la relación dosis-respuesta de los contaminantes regulados. En base a los estudios toxicológicos en los cuales se basan estos límites será posible saber hasta qué punto ya no habrá gestión ambiental posible, sino que solo un control de daños y, si es posible, su reparación.

La evaluación del cumplimiento contrasta la descripción del componente ambiental objeto de observación en base a un valor numérico que sintetiza una serie de datos obtenidos en los monitoreos y el valor de referencia expresado en la norma. En base a esta información, la autoridad podrá tomar decisiones de política ambiental ya sea para recuperar el componente ambiental que ha superado el valor de referencia o evitar su inminente superación. Esto último es importante para comprender la función de las normas de calidad ambiental en el sistema: como consecuencia jurídica de la superación de los límites fijados en ella, la autoridad se encontrará habilitada para regular especialmente a aquellas fuentes emisoras que contribuyan en la calidad ambiental del área objeto de observación. En estos términos, las normas de calidad contribuyen a la recopilación, organización, sistematización y análisis de los datos sobre nuestro entorno que servirá como fundamento de decisiones de política ambiental (en este sentido Bermúdez Soto 2014, 217-18; de la Fuente Castro 2016, 72-73).⁷⁵

4.2 El deber de motivación en la regulación ambiental

El deber de motivación no solo tiene importancia para la validez de un acto administrativo, sino que además es uno de los elementos más relevantes para la legitimidad de la actividad administrativa. En gran medida son las razones que sustentan una decisión determinada de un órgano administrativo las que hacen posible que la ciudadanía pueda reconocerse en ella, que perciba que se trata de una decisión que le pertenece.

Esta sección se dedica a examinar el deber de motivación teniendo a la vista la anatomía de las normas ambientales, que constituyen la estructura de la decisión regulatoria ambiental. Para ello inicio esta sección revisando la función del deber de

⁷⁵ Con todo, las normas de calidad ambiental también sirve de referencia para evaluar los impactos ambientales de proyectos específicos. La superación de los límites usados como referencia tendrá como consecuencia la modificación de los términos bajo los cuales fue autorizado.

motivación en el control del ejercicio de discrecionalidad administrativa. Dado que dicho control es negativo (*vid.* 1.3.3), ese punto de vista no resulta muy instructivo cuando lo que interesa es tomar buenas decisiones. Para ello se necesita entender mejor en qué consiste el ejercicio de discrecionalidad administrativa más allá del control jurisdiccional y con ese propósito presento el balance de razones como característico de la racionalidad de la administración. Por último, examino el análisis costo-beneficio por su protagonismo en las discusiones acerca de la regulación ambiental.

4.2.1 Su función de control del ejercicio de discrecionalidad

En términos generales, el deber de motivación explicita un razonamiento práctico. Exige que quien se desempeña profesionalmente en un órgano público indique las razones que sustentan su decisión, cuáles son las premisas a partir de las cuales se llega a la acción que realiza. En este sentido, el deber de motivación del acto administrativo racionaliza la actividad administrativa.

En la doctrina administrativa el énfasis se encuentra en su función de control del ejercicio de discrecionalidad (*vid.* Hofmann, Rowe, y Türk 2011, 199-202; Craig 2018, 369-72; García de Enterría y Fernández 2020, I:600-601). En estos términos, este deber puede ser examinado desde tres perspectivas (Craig 2018, 369-70).

Desde el punto de vista de la ciudadanía, el deber de motivación vuelve las decisiones de un órgano administrativo más transparentes. Con ello, se hace posible entender el por qué de una decisión, cuál fue el contexto que la motiva y comprender por qué se actuó en un sentido y no en otro. Desde el punto de vista de quien toma la decisión, este deber sirve como herramienta de apoyo ofreciendo una estructura por medio de la cual orientar el proceso de toma de decisión. Y desde el punto del juez, tener a la vista las razones que motivan a la decisión del órgano administrativo facilita su control judicial.

Todas estas perspectivas pueden ser reunidas bajo la idea de evitar la arbitrariedad de la administración (*vid.* Hofmann, Rowe, y Türk 2011, 200; García de Enterría y Fernández 2020, I:521-27; Fernández 2002). Como señalan García de Enterría y Fernández (2020, I:522-23)

el significado y el alcance precisos del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que la Constitución de 1978 ha hecho suyo [...] no puede ser otro que la proscripción formal de un tipo de mando, de poder, entendido como simple expresión de la voluntad y la fuerza de quien lo detenta, sea éste quien sea y por grande que sea también su legitimidad de origen, que en el contexto general del sistema se da por descontada. De lo que se sigue necesariamente la exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón para toda decisión en la que el poder se exprese. El único poder que la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas.

Como la actividad administrativa no puede ser comprendida adecuadamente bajo el modelo del silogismo jurídico, es decir, la racionalidad de la actividad administrativa no puede ser capturada en referencia a la aplicación de la ley que caracteriza a la jurisdicción, el deber de motivación requiere ser comprendido en el marco, más amplio, de la razón práctica. Para dilucidar lo anterior, interesa examinar qué rol pueden desempeñar las razones en el razonamiento práctico. En la siguiente

subsección la actividad administrativa será modelada como un problema de razón práctica en base al balance de razones.

Para Alvarez (2010, 32-39), una razón puede cumplir distintas funciones. Puede ser usada para justificar una acción, para motivar a alguien a actuar en un sentido determinado, o para hacer comprensible dicha acción. Por ejemplo, la mala calidad del aire en una ciudad cuenta como una razón en favor de la implementación de medidas para reducir la contaminación en ella (razón justificadora). Puede ser, además, la razón por la cual la autoridad competente dicta un plan de descontaminación que incluya estas medidas (razón motivadora). Y explica, en términos generales, por qué en esa ciudad existe un plan de descontaminación (razón explicativa).

De ello no se sigue, sin embargo, que una misma razón pueda cumplir todas estas funciones. Puede ocurrir que, a pesar de la mala calidad del aire, la autoridad competente no dicte un plan de descontaminación porque no cuenta con datos suficientes para identificar a las fuentes emisoras responsables. Es decir, la falta de información hace que la (acertada) percepción de la mala calidad del aire en una ciudad no sea motivación suficiente para llevar a la autoridad competente a dictar un plan de descontaminación, a pesar de que sea una razón que justifica hacerlo. Y podemos explicar la ausencia de un plan de descontaminación en una ciudad por la falta de colaboración o interés en obtener los datos sobre la calidad del aire en ella que permitan establecer medidas efectivas para reducirla.

Por otro lado, la mala calidad del aire puede justificar algunas medidas de descontaminación, pero no otras. Por ejemplo, puede justificar que se establezca una norma de emisión para las fuentes emisoras responsables, pero por consideraciones de proporcionalidad no podría justificar un cierre de éstas.

Lo importante de distinguir entre razones justificadoras, razones motivadoras y razones explicativas es que hace reconocible que muchas razones pueden estar presente al momento de tomar una decisión y que éstas pueden cumplir diversas funciones. Con ello, es posible entender de mejor manera lo que exige el deber de motivación: que sean buenas razones las que motivan a quien ocupa un cargo público a actuar en un sentido determinado.

La dictación de un plan de descontaminación, por ejemplo, puede estar motivada por las siguientes razones:

1. La búsqueda de prestigio por parte de quien lo dicta.
2. Conseguir la aceptación de la ciudadanía y gracias a ello mantener el cargo (y la remuneración en un mercado laboral muy competitivo).
3. Dar una señal de seriedad frente a los problemas ambientales.
4. Que los niveles de contaminación medidos regularmente por medio de estaciones de monitoreos debidamente calibradas dan cuenta de la superación de la norma de calidad ambiental.
5. La salud de las personas afectadas por la contaminación del aire.

De todas estas razones, las que interesan al derecho administrativo son solo algunas de ellas. El deber de motivación del acto administrativo exige que se expliciten aquellas que tengan la aptitud para justificar la decisión. Es posible que una autoridad pública, en realidad, solo quiera prestigio. Pero como elemento del acto administrativo no es aceptable esa razón para dictar un plan de descontaminación. El deber de motivación exige cierto esfuerzo argumentativo, pero no neutraliza completamente otros intereses que pueden estar involucrados. En otros términos, este deber no busca moralizar la práctica administrativa, sino que exige que, al menos externamente, se ofrezcan buenas razones que cuenten a favor de la decisión.

Para comprender de mejor manera cómo se relacionan las razones que pueden estar involucradas en una decisión, veamos con un poco más de detenimiento las distintas funciones que éstas pueden cumplir en la racionalización de una acción.

La noción más amplia es la de razones explicativas, las cuales racionalizan la acción de un agente por referencia a sus creencias o deseos. Para continuar con nuestro ejemplo, podemos decir que un plan de descontaminación fue dictado por una autoridad pública porque cree que con ello obtendrá popularidad entre la ciudadanía y eso le permitirá mantener el cargo por un mayor tiempo.

Como las razones explicativas miran a las creencias o deseos del agente, éstas racionalizan su acción desde su punto de vista particular. Es posible decir que «en realidad» a la autoridad solo le interesa mantener su cargo y que la dictación del plan de descontaminación obedece solo a ello. En estos términos, solo explican una acción sin juzgarla. Esta (aparente) neutralidad es la que permite el análisis de las instituciones como un «sistema de incentivos», según la cual los agentes intentan maximizar su beneficio individual. Y en un sentido más amplio, permite atribuir una acción al agente para luego enjuiciarla en base a algún patrón evaluativo.

Las razones explicativas no son el contenido proposicional de la creencia o deseo, sino que el hecho (psicológico) de que el agente cree en ello o lo desea (*vid.* Alvarez 2016). La explicación que ofrecen este tipo de razones es compatible con el error en que se puede encontrar el agente y, en estos términos, el hecho del error sirve también como explicación de la acción. Así, podemos decir que una autoridad pública dictó un plan de descontaminación porque creía que con ello obtendría popularidad entre la ciudadanía, pero como el plan fue ineficaz ocurrió todo lo contrario.

Al asignarle un rol explicativo a una razón lo que hacemos es describir la racionalidad de la acción de una agente a la luz de ella, la volvemos comprensible e imputable a éste. Las razones explicativas permiten entender el por qué de una acción, pero no prejuzga si la creencia es racional o se encuentra justificada. Por ello, no son relevantes para el derecho administrativo salvo, quizás, en casos de desviación de poder (*vid.* 1.3.2).

Las razones motivadoras juegan un rol distinto en la comprensión de una acción. Éstas son aquellas que el agente considera que cuentan a favor de su acción, lo que excluye la referencia a deseos o meras creencias. Este tipo de razones suponen algún tipo de deliberación por parte del agente y que en este proceso hayan sido determinantes para que el agente haya actuado como lo hizo. Su incidencia en la decisión significa que el agente las ha preferido excluyendo a otras consideraciones posibles. Es la razón, en definitiva, que hace que valga la pena para el agente actuar

en un determinado sentido. La diferencia entre las razones explicativas y las razones motivadores la presenta Alvarez (2016, 3298) en los siguientes términos

When we are interested in what reasons motivate an agent to act, we are interested in the reasons that the agent takes to favour her action, and in the light of which she acts. When we are interested in the reasons that explain an agent's action, we are interested in the reasons that enable us to understand her action, reasons that make her action intelligible.

Cuando nos interesamos por las razones que motivan a un agente a actuar, nos interesan las razones que el agente toma para favorecer su acción, y a la luz de las cuales actúa. Cuando nos interesamos por las razones que explican la acción de un agente, nos interesan las razones que nos permiten entender su acción, las razones que hacen que su acción sea inteligible.

Para el derecho administrativo las razones motivadoras tampoco satisfacen el deber de motivación. El asunto aquí es confuso porque el término usado por la dogmática administrativa induce a pensar que este deber podría satisfacerse con este tipo de razones. El modo en que se supera este problema en la dogmática española es vincular el deber de motivación del acto administrativo con la interdicción de la arbitrariedad. Así, Igartua Salaverria (1998, 77; *vid.* también Fernández 2002)

Si contra el riesgo de la arbitrariedad no se conoce otro antídoto que la *motivación*, a ésta habrá que considerarla como sinónima de *justificación* (aducir buenas razones en favor de una decisión) y no -por mucho que sea habitual- como si fuera la *descripción* de las razones/motivos que han inducido a un sujeto a decidir algo.

Las razones motivadoras no son suficientes para satisfacer el deber de motivación porque un agente puede tener en consideración muchas razones para actuar, pero lo que exige este deber es que exista cierta conexión con el interés público comprometido y las responsabilidades asociadas al cargo. Lo que exige el deber de motivación es que la actividad administrativa se encuentre motivada por buenas razones, las cuales operan como premisas en la deliberación que conduce a la decisión de actuar en un sentido determinado. No sería aceptable que una autoridad motive el acto administrativo en base a su deseo de mantenerse en el cargo. Al menos formalmente, el tipo de consideraciones aceptables para motivar su decisión excluye intereses personales, se exige que la motivación esté orientada a la realización del interés público comprometido.

Las razones justificativas son aquellas que cuentan en favor de una acción en términos interpersonales. Se trata de las razones que hacen que la acción satisfaga algún patrón normativo, que ésta sea una acción correcta, adecuada, legal.

En el ámbito jurídico, muchas veces basta con apelar a una norma prescriptiva para justificar una acción. El caso paradigmático es el cumplimiento de una obligación. Como la actividad administrativa consiste en una articulación de medios con el propósito de realizar el interés general en el ámbito del sector de lo público a cargo de un órgano administrativo, la apelación a una norma prescriptiva no es suficiente. ¿Podrían cumplir este rol otro tipo de normas que determinan su régimen jurídico?

El marco normativo general no es apto para cumplir un rol justificador. La enunciación de reglas constitucionales (tanto orgánicas como aquellas que establecen derechos), la competencia material del órgano administrativo, la narración del proceso de toma de decisión, son todos elementos imprescindibles para evaluar la legalidad del acto administrativo en un sentido amplio, pero la motivación tiene autonomía como elemento del acto administrativo (*vid.* García de Enterría y

Fernández 2020, I:601-13; Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach 2001, 200-209; Bocanegra Sierra 2006, 84-87; Valdivia Olivares 2018, 215-24). Como explican García de Enterría y Fernández (2020, I:612)

la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión [...] [n]o cabe sustituir un concepto jurídico indeterminado que esté en la base de la Ley de cuya aplicación se trata por otro igualmente indeterminado; habrá que justificar la aplicación de dicho concepto a las circunstancias de hecho singulares de que se trata; otra cosa no es expresar un motivo, es, más bien, formular una conclusión. Es lo que en Derecho francés suele llamarse la prohibición de fórmulas *passé-partout* o comodines, que valen para cualquier supuesto y no para el supuesto determinado que se está decidiendo.

En definitiva, lo que exige el deber de motivación es establecer una conexión entre la decisión y su contexto. Esto se explica porque aquello que opera como razón solo puede serlo en un contexto determinado en tanto se trata de un problema de razón práctica. En este sentido, Alvarez (2010, 22) señala

What reasons a person has for acting and wanting things depend partly on who that person is and on her circumstances and values, because, in general, things are not good or right *tout court* but in some respect; and that respect may be more or less relevant to different people depending precisely on what their circumstances and values are.

Las razones que tiene una persona para actuar y querer cosas dependen en parte de quién es esa persona y de sus circunstancias y valores, porque, en general, las cosas no son buenas o correctas *tout court* sino en algún aspecto; y ese aspecto puede ser más o menos relevante para diferentes personas dependiendo precisamente de cuáles sean sus circunstancias y valores.

Aquello que permite establecer esta conexión entre la decisión y su contexto es la estructura de la decisión en el sector de lo público respectivo. En efecto, el contexto de decisión no es algo que esté allí presente a la vista de todo el mundo. Es algo que se construye sobre la base de los datos recopilados por la administración y que eventualmente aporte la ciudadanía. En el caso de la regulación ambiental, qué tipo de datos son relevantes se encuentra determinado por la anatomía de las normas ambientales.

Para dictar una norma de emisión es necesario tener a la vista las particularidades de las fuentes emisoras responsables de la contaminación, los contaminantes que motivan la regulación, la capacidad de los laboratorios de realizar las mediciones que se necesiten para el control de las emisiones de las fuentes reguladas y la capacidad de los órganos administrativos que realizan actividades de control y seguimiento. Tratándose de las normas de calidad ambiental los datos relevantes dicen relación con la delimitación del área de control, los parámetros bajo los cuales será caracterizada, la capacidad de los laboratorios para los efectos de elaborar un plan de monitoreo que pueda ser realizado permanentemente y la capacidad de los órganos encargados de realizar actividades de control y seguimiento de procesar estos datos.

Todos estos elementos configuran el momento de la decisión. Este momento admite ser caracterizado como un balance de razones y es el objeto de la siguiente subsección.

4.2.2 El balance de razones

El deber de motivación del acto administrativo se satisface cuando una razón cumple un rol justificatorio, cuando justifica la acción de la persona que ocupa un cargo

público a actuar en un sentido determinado. Ahora bien, dilucidar en qué sentido la actividad administrativa debe estar respaldada por (buenas) razones es solo parte del problema, porque es posible que estas (buenas) razones sean varias e incompatibles entre sí. En estos casos, quien delibera realiza un balance de razones como parte el proceso que conduce a la acción.

La noción más elemental del balance de razones la presenta Cullity (2018, 423) en los siguientes términos

The weights of the reasons for and against an action can be summed, and this determines how strongly supported the action is, overall, by the reasons that bear on it, for and against.

El balance de las razones en favor y en contra de una acción puede ser sumado, y esto determina qué tan fuerte es el respaldo para ella, medido por las razones en que descansa ya sea en favor o en contra.

En este trabajo, Cullity (2018, 427-29) problematiza esta noción por el uso metafórico de magnitudes, la cual supone una relación transitiva que no se encuentra presente en muchas situaciones cotidianas.

La transitividad es un rasgo de la racionalidad. Si prefiero A antes que a B, y si prefiero a B antes que a C, entonces prefiero A antes que C. Ocurre, sin embargo, que la transitividad supone una escala común bajo la cual sea posible ordenar nuestras preferencias. Si esto no es posible, si no existe un parámetro común bajo el cual comparar varias opciones, el uso metafórico de «peso» para mostrar la relación entre razones, pierde sentido. En estos casos, nos enfrentamos a una relación que es inconmensurable (*cf.* Chang 2015).

Aquí es posible distinguir dos situaciones diferentes. La primera de ellas es una inconmensurabilidad de fines, donde cada opción constituye un curso de acción que consigue un estado de cosas valioso, pero cada una de ellas responde a fines diferentes. Si se discute, por ejemplo, entre la construcción de una carretera que permita dar conectividad a una ciudad y la declaración de un área protegida, se podrán ofrecer argumentos a favor y en contra de cada una de estas alternativas, pero no es nada sencillo fijar un parámetro bajo el cual optar por una de ellas. En la segunda, ambas alternativas se presentan bajo la pretensión de responder suficientemente a algún patrón evaluativo, sin embargo, dicho patrón exhibe una multidimensionalidad de propiedades inconmensurables. Moreso (2017, 51-52) da como ejemplo el término «elegancia»: no cabe duda de que una de las características sobresalientes del personaje James Bond es su elegancia, pero la elegancia que muestran Sean Connery y Daniel Craig son bien diferentes.

La idea de balance de razones sugiere, entonces, que disponemos de alguna medida común que nos permita compararlas y, en función de ello, decidirnos por aquella acción que cuente a su favor con razones que «suman» un mayor peso. En lo que sigue argumentaré que esta imagen no es apropiada para entender el problema de razón práctica que enfrenta la administración pública.

La racionalidad de la actividad administrativa es un problema de razón práctica que podemos caracterizar como la elección entre alternativas de acción. Esta es la diferencia fundamental con la jurisdicción (si se mantiene su significado original de aplicación de la ley *vid.* 1.3). Reconocer un caso como instancia del supuesto de hecho de una norma y resolverlo conforme a las consecuencias jurídicas allí previstas

no es una imagen apropiada de la actividad administrativa porque se trata fundamentalmente de una acción política que no se encuentra determinada por una regla previa.

Como fue expuesto en el capítulo 3, la actividad administrativa emerge de una decisión legislativa que crea un órgano público con el propósito de que se haga cargo de un sector de lo público, para lo cual se le otorgan medios materiales y jurídicos. Pero eso la legalidad de la actividad administrativa no se deja explicar del mismo modo en que se caracteriza a la jurisdicción.

El sentido político de la actividad administrativa consiste en la organización de medios establecidos en la ley que se racionaliza en función del interés general cuya realización se le encomienda a un órgano administrativo. Al comprender a la actividad administrativa en estos términos, se vuelve reconocible que ésta consiste en una elección. Con propósitos analíticos es posible identificar tres situaciones en las cuales puede encontrarse un órgano administrativo: elegir entre actuar o esperar, elegir entre opciones que no puede realizar al mismo tiempo, elegir entre opciones incompatibles en términos tales que la elección de una de ellas hace imposible realizar la otra en el futuro.

Veamos primero la situación donde la administración debe elegir entre actuar o esperar. En un contexto determinado es posible que no sea claro si es el momento apropiado para actuar. Puede que haya buenas razones para dictar un plan de descontaminación y también buenas razones para esperar hasta tener mejor información para poder establecer medidas de descontaminación que sean más efectivas. Nótese que en este caso no se trata de una mera inactividad: el órgano administrativo competente estará cumpliendo con sus responsabilidades en el sentido de que se prepara para estar en mejores condiciones de dictar un plan de descontaminación, pero la decisión de esperar a reunir mayores antecedentes implica la decisión de exponer por más tiempo a la contaminación a quienes habitan una zona contaminada.

En segundo lugar, un órgano administrativo puede encontrarse en la situación de elegir entre dos acciones que no puede realizar al mismo tiempo. Tomemos como ejemplo el monitoreo de calidad de aire en varias ciudades afectadas por contaminación atmosférica. Por razones presupuestarias es posible que un órgano administrativo deba decidir en qué ciudad comenzará el monitoreo de calidad del aire. En este caso no se trata de opciones que sean incompatibles entre sí, si hubiese dinero suficiente podría iniciarse el monitoreo en todas ellas. El problema consiste en determinar el orden bajo el cual se articulará una red de monitoreo que puede proyectarse a futuro en todas las ciudades. Se trata de casos donde la elección no excluye a futuro la alternativa, la cual sigue siendo posible de ser elegida si se dan las circunstancias necesarias para ello (presupuesto).

Por último, un órgano administrativo puede encontrarse en la situación de elegir entre opciones incompatibles entre sí. En este caso, la elección descarta que a futuro pueda realizarse aquella opción que no sea elegida. Este tipo de situaciones ocurren especialmente cuando cada opción satisface fines diferentes y, en este sentido, se puede plantear como un conflicto entre distintos sectores de lo público que pueden estar a cargo del mismo órgano administrativo o de órganos administrativos diferentes. Por ejemplo, una ciudad puede tener problemas de conectividad y se

discute la construcción de una carretera cuyo trazado se proyecta dentro de un bosque que se desea proteger. En este caso, la construcción de la carretera hace imposible alcanzar los objetivos de protección de la declaración de un área protegida porque el tránsito de vehículos afectará el ecosistema. Y la declaración del área protegida mantiene los problemas de conectividad de la ciudad con el resto del país.

El propósito de estos ejemplos es solo ilustrar el tipo de problemas de razonamiento práctico al cual se puede enfrentar la administración pública. Estos ejemplos podrían ser discutidos en el sentido de que las opciones no son tan radicales y encontrar una formulación de ellas que muestre más opciones o soluciones intermedias. Pero con ello solo estaríamos eludiendo el problema que aquí interesa: qué ocurre cuando ya no es posible reformular las opciones y solo nos queda elegir entre alguna de ellas. De acuerdo con la relación entre estas opciones podemos tener tres tipos de casos que podemos formular en términos abstractos del siguiente modo:

1. En t_0 debemos elegir si ϕ en t_1 ó en t_2 .
2. En t_0 debemos elegir entre ϕ ó ψ en t_1 , pero es posible que ϕ y ψ en t_2 .
3. En t_0 debemos elegir entre ϕ ó ψ en t_1 pero es imposible que ϕ y ψ en t_2 .

Que nos encontremos en alguna de estas situaciones, en las cuales debemos optar entre ϕ ó ψ , significa que existen buenas razones para cada alternativa en términos tales que no es sencillo preferir una por sobre la otra.

Vale la pena recordar que para la administración este tipo de situaciones en la cuales debe enfrentarse a alternativas que son incomparables entre sí no es algo sorprendente ni excepcional. No se trata de un problema al cual se enfrenta la administración como resultado de algún déficit de la ley, sino que, al contrario, es la ley la que le encarga a un órgano administrativo el hacerse cargo de un sector de lo público. Con todo, el problema de razón práctica aquí esbozado no ocurre de manera muy frecuente en nuestra experiencia cotidiana. En muchos casos la decisión no es tan compleja porque, en la práctica, solo una de las opciones es realmente viable. Por ejemplo, para reducir la contaminación que ocasiona el consumo de combustibles fósiles en la industria es posible exigirles que usen energía nuclear. En estos términos, al momento de decidir podrían presentarse dos opciones: exigir a la industria que reduzca sus emisiones hasta un umbral que no sea peligroso o exigirle que sustituya el uso de combustibles fósiles por la generación de energía nuclear, eliminando así el origen de la contaminación. Pero decidir entre ambas opciones no parece ser una decisión muy difícil. Al menos hasta ahora, considerando la tolerancia hacia el riesgo de la generación de energía nuclear, la opción más corriente ha sido establecer normas de emisión.

A pesar de ello, hay buenas razones para modelar la actividad administrativa en base a estos casos más difíciles (y por ello excepcionales). Aquellos casos donde la decisión no es sencilla porque al caracterizar las alternativas a elegir no es posible hallar una razón determinante que nos haga preferir a alguna de ellas. El interés que tienen este tipo de casos para comprender la racionalidad de la actividad administrativa se explica porque son este tipo de situaciones las que muestran de manera más clara el problema de razón práctica que enfrentan los órganos administrativos. Con ello, es posible apreciar de mejor manera la diferencia entre administración y jurisdicción.

La decisión de los jueces es modelada a partir del silogismo jurídico, donde la decisión consiste en atribuir las consecuencias jurídicas asignadas en una regla porque el caso es una instanciación del supuesto de hecho establecido en ella (*vid.* 1.1.3). La decisión de la administración es diferente y requiere ser modelada a partir del balance de razones (*vid.* Craig 2013).

Para dilucidar el problema de razonamiento práctico que enfrenta la administración es necesario analizar previamente las nociones de inconmensurabilidad, incomparabilidad y no-comparabilidad (*vid.* Chang 2015).

La idea de «inconmensurabilidad» emerge en la historia de las matemáticas, en especial, con el descubrimiento en la antigua Grecia de los números irracionales (*vid.* Heath 1921, 90-91). Posteriormente este término fue usado por Kuhn (1961) en su controvertida caracterización de la historia de la ciencia como una sucesión de «paradigmas» inconmensurables entre sí (*cf.* Davidson 1984a; Torretti 2012, 84-178). Pero el sentido que aquí interesa es otro: la inconmensurabilidad en la razón práctica. El problema ha sido planteado por Endicott (2000, 41) en los siguientes términos

Incommensurability is a relation that holds between X and Y, if and only if it is impossible to measure both X and Y on some common scale. Incommensurability is an important feature of practical decision-making, since options for action can be incommensurable with respect to the values that a choice can promote. Such incommensurabilities commonly arise from the fact that (i) options may have various attributes that contribute to their preferability, and (ii) option A may be preferable to option B in some respects, and option B may be preferable in others, and (iii) there may be no way of measuring options A and B on a single scale of preferability, because there is no way of commensurating the different attributes.

La inconmensurabilidad es una relación que se da entre X e Y, si y sólo si es imposible medir tanto X como Y en alguna escala común. La inconmensurabilidad es una característica importante de la toma de decisiones, ya que las acciones disponibles pueden ser inconmensurables con respecto a los valores que cada una de ellas puede promover. Estas inconmensurabilidades suelen surgir del hecho de que (i) las opciones pueden tener varios atributos que contribuyen a su preferibilidad, (ii) la opción A puede ser preferible a la opción B en algunos aspectos, y la opción B puede ser preferible en otros, y (iii) puede no haber forma de medir las opciones A y B en una única escala de preferibilidad, porque no hay forma de conmensurar los diferentes atributos.

Para Chang (2015, 206) la inconmensurabilidad no afecta especialmente a la razón práctica porque ella no implica necesariamente que ambas opciones no sean comparables entre sí (así también Endicott 2000, 42-43). El interés por esta noción, explica esta autora, emerge al comparar valores abstractos y especialmente como parte de la crítica a teorías éticas que descansan en estrategias maximizadoras. El problema para la razón práctica emerge al tener que elegir entre portadores de valores (individuos que representan a un valor por medio de una ejemplificación -instancia- de éste) y aquí la noción más relevante es la de comparabilidad.

La comparabilidad se expresa por medio de conceptos comparativos, en virtud de los cuales se definen dos relaciones (una de coincidencia y otra de precedencia) respecto de una característica que los individuos de un dominio poseen en mayor o menor grado (Mosterín 2000, 26-30). La comparabilidad en la razón práctica, entonces, se establece entre portadores de valores que se nos presentan como opciones a elegir. Para Chang (2015, 208-9) la incomparabilidad se produce cuando es falso que exista una relación de valor positiva, básica y binaria entre dos ítems respecto de alguna consideración *V* que las comprenda (*covering consideration*). La definición es bastante abstracta, pero con la ayuda de un ejemplo es posible entenderla mejor. Decir que

«es más conveniente lavar los platos en la noche después de la cena que dejarlo para la mañana del día siguiente» establece una relación positiva entre dos acciones posibles, en el sentido de que da cuenta de que dicha relación existe. También es básica porque agota el espacio conceptual de comparabilidad respecto del momento en que es más conveniente lavar los platos, no introduce ninguna variable adicional. Y es binaria porque establece una relación entre dos, y solo dos, acciones, las cuales se diferencian especialmente por el momento en que se proyecta su realización.

Chang (2015) distingue además entre una incomparabilidad sustantiva y una incomparabilidad formal. La sustantiva consiste en aquellos casos donde es falso que exista una relación positiva, básica y binaria entre dos opciones respecto de alguna consideración que las comprenda. La formal ocurre cuando la consideración bajo la cual se comparan no las cubre y en estos casos, explica esta autora, nos encontramos frente a individuos no comparables. En estos casos no se satisface una de las condiciones formales para establecer la comparación entre dos individuos, que una consideración V las cubra. En el ejemplo que da la autora, el número cuatro y la belleza no son comparables respecto a cuán sabrosos son.

La incomparabilidad entre alternativas de elección constituye un problema de razón práctica porque en una situación de este tipo no podría justificarse la decisión por alguna de ellas. Esto se explica por la relación entre valores, razones y acciones (Chang 2015, 217-19). En casos de comparabilidad, el hecho de que una alternativa exhiba un mayor grado de aquello por lo cual se compara con otra implica que tenemos más razón para elegirla. La acción que realizamos se encuentra apoyada en buenas razones cuando al comparar las alternativas constatamos que una de ellas es mejor que la otra respecto de la variable por la cual son comparadas. Si la relación es de coincidencia, tenemos suficientes razones para elegir cualquiera de ellas y en estos casos, explica Chang (2015, 218], seleccionamos arbitrariamente alguna de ellas.⁷⁶

Los casos de incomparabilidad se encuentra fuera de la razón práctica porque al no poder establecer una relación de comparabilidad no disponemos de razones para ninguna de las alternativas de elección. En estos casos, explica la autora, simplemente nos «dejamos caer» [*plump*] por alguna de ellas (Chang 2015, 218). Agrega que este problema se ve atenuado cuando se contextualiza en subdominios de la razón práctica como el fenómeno jurídico donde algunas acciones se encuentran justificadas «por defecto» porque no son relevantes dentro de dicho subdominio (2015, 2020).

La exigencia del deber de motivación muestra, sin embargo, que la actividad administrativa no se encuentra amparada por una justificación por defecto. De ello se sigue que el esfuerzo argumentativo que se le exige a la administración se orienta hacia hacer posible la comparación porque un órgano administrativo, al estar sujeto al deber de motivación, no puede simplemente dejarse caer en alguna de las opciones incomparables que se le presentan. El modo en que se ha intentado responder a este

⁷⁶ En el original en inglés la autora distingue entre *pick* y *choose* para diferenciar entre una selección arbitraria en aquellos casos donde existen razones suficientes en favor de ambas acciones y la elección basada en que una de ellas es mejor que la otra.

desafío en la regulación ambiental ha sido el análisis costo-beneficio que examino a continuación.

4.2.3 El análisis costo-beneficio

En la práctica regulatoria ambiental comparada, el problema de razonamiento práctico explicado en las subsecciones anteriores se tematiza bajo la noción de «análisis costo-beneficio», que busca asegurar que solo aquellas regulaciones que aumenten el bienestar social sean implementadas (Hindriks y Myles 2013, 847). En términos más generales, Adler (2015, 317-18) señala que es la metodología dominante para determinar cuál es la mejor opción de política pública.

En su origen, el análisis costo-beneficio fue usado para obras públicas. En un célebre artículo de 1844, Jules Dupuit (1969) cuestionaba que el criterio para elegir entre un proyecto u otro fuese el menor costo de su construcción, sugiriendo que el mayor beneficio que reporta una obra pública para sus usuarios es el criterio que realmente lo justifica. Décadas más tarde, en el contexto del proceso regulatorio ambiental en Estados Unidos, el término «proyecto» incluyó no sólo a obras públicas, sino que también regulaciones (*vid.* Arrow et al. 1996; Adler 2015; Revesz y Livermore 2008; Livermore y Revesz 2011; Smith 2011; *cf.* Pearce, Atkinson, y Mourato 2006). Revesz (2010, 88-89) sintetiza la idea básica del análisis costo-beneficio en los siguientes términos:

El objetivo del análisis costo-beneficio es claro: busca maximizar los beneficios netos de una regulación. Los beneficios netos se calculan restando los costos de la regulación —como el costo de cumplir con ella, los puestos de trabajo perdidos y la disminución en el bienestar de los consumidores como consecuencia del aumento de los precios de las mercaderías reguladas— de los beneficios netos —como las vidas salvadas o protegidas de la enfermedad o la invalidez, la preservación de la naturaleza, la creación de empleos o de oportunidades recreativas. En la práctica, por supuesto, la cuestión de contabilizar los costos y los beneficios enseguida se vuelve muy complicada. Pero la idea central es simple e intuitiva.

La función del análisis costo-beneficio dentro del proceso de toma de decisión es informativa y, en este sentido, enriquece el debate público (Revesz y Livermore 2008, 190; *cf.* Sunstein 2018). Usualmente es una etapa previa a la decisión final y, en tanto herramienta de apoyo para la decisión, permite excluir a aquellas opciones cuyos costos exceden los beneficios esperados. En un sentido negativo, entonces, ofrece razones para desfavorecer algunas opciones que podrían ser objeto de discusión debido a la magnitud de sus costos.⁷⁷

La idea básica es muy intuitiva y sencilla: si los costos superan el beneficio esperado, no pareciera razonable seguir adelante con la decisión. Como explican Hindriks y Myles (2013, 851-62), al identificar y cuantificar en una misma unidad el flujo de costos y beneficios de un proyecto dentro de un periodo determinado de tiempo, es posible determinar si vale la pena adoptar una decisión.

⁷⁷ Sunstein va más allá y postula una «concepción tecnocrática de la democracia» a cargo de expertos en análisis costo-beneficio a quienes la ciudadanía les delega autoridad por sus conocimientos en esta técnica porque es difícil conocer lo hechos en asuntos complejos. Esta posición niega la naturaleza política del riesgo ambiental asumiendo un «realismo ingenuo», *vid.* 2.3.

El análisis costo-beneficio es una herramienta que permiten comparar diversos escenarios (Hindriks y Myles 2013, 852), ya sea entre la situación actual y la situación proyectada una vez adoptada una decisión, o entre distintas acciones futuras alternativas. Pero en cierto modo opera de un modo más amplio: constituye un lenguaje por medio del cual deliberar. Por ejemplo, frente a un proyecto cuya estimación de costos es muy alta podría sostenerse por quienes lo favorecen que existen otro tipo de razones a su favor. Que, frente a estos costos, existen razones adicionales para mostrar que, no obstante, realiza valores importantes para una comunidad política. Sin embargo, en la lógica del análisis costo-beneficio es difícil encontrar alguna justificación que no sea reconducible a beneficios esperados. En este sentido, pareciera que este tipo de casos, hipotéticos, por cierto, serían indicativos de un déficit en la identificación preliminar de los beneficios.⁷⁸

Esto muestra la versatilidad de esta herramienta analítica porque, a pesar de su nombre, no se trata de un asunto meramente financiero. Lo que hace es explicitar la estructura del razonamiento práctico (*vid.* 4.2.2) caracterizando las razones en favor de cada opción en un lenguaje monetario que intenta facilitar la comparación. De allí que no sea extraño que se encuentre ampliamente difundida en el derecho comparado (*vid.* Livermore y Revesz 2013), a pesar de que su uso en el ámbito de la regulación ambiental sea reconocidamente problemático (*vid.* Revesz 2010).

Llevarla a la práctica es un asunto extremadamente complejo (*vid.* Pearce, Atkinson, y Mourato 2006), especialmente cuando se intenta que el análisis costo-beneficio cumpla un rol determinante en la decisión, más allá de descartar aquellos proyectos que son excesivamente costosos. A modo de ejemplo, para entender cómo opera esta herramienta, ofrezco en lo que sigue una recreación de qué elementos requieren ser tenidos en consideración al momento de dictar una norma de emisión (los cuales se encuentran determinados por los elementos que componen la estructura de este tipo de decisiones).

El propósito de este ejercicio es ilustrar las complejidades que emergen al intentar operativizar esta herramienta, especialmente la identificación de los costos y beneficios. No haré referencias a los fundamentos económicos de ésta (que se presentan corrientemente por medio de expresiones matemáticas ajenas a las ciencias jurídicas) porque interesa principalmente capturar la idea detrás de esta herramienta y en qué medida se conecta con la racionalización de la actividad administrativa como un balance de razones presentada en la subsección anterior. Como se verá, el análisis costo-beneficio requiere de mucha información para ser una herramienta útil, en el sentido de proveer razones en favor de una acción, pero al menos contribuye a tomar decisiones teniendo a la vista el impacto que puede tener una regulación en términos de bienestar social.

⁷⁸ Revesz y Livermore (2008) contrastan una deriva desregulatoria en la práctica administrativa de Estados Unidos (que rechaza regulaciones por sus costos) con una orientación que impulse una mayor y mejor regulación, invitando a escépticos de esta herramienta a participar más activamente en las discusiones que se dan, bajo los términos del análisis costo-beneficio, en los procesos regulatorios en dicho país. Parte importante de su estrategia consiste trabajar más activamente en el desarrollo de metodologías que permitan identificar de manera más precisa los beneficios de la regulación y evitar una sobre estimación de costos que motive su rechazo.

Asimismo, por medio de este ejercicio se podrá apreciar la relevancia de disponer de una anatomía de normas ambientales. Si el fundamento de toda regulación consiste en los beneficios sociales que ofrece, su eficiencia sustantiva es determinante para que dichos beneficios puedan ser alcanzados. Si esta eficiencia sustantiva se encuentra determinada por los elementos que estructuran las normas ambientales, son estos elementos los que deben ser cuantificados al momento de evaluar, en términos de costo-beneficio, una regulación determinada. En estos términos, la anatomía de las normas ambientales es imprescindible para poder llevar adelante un análisis costo-beneficio.

Como el análisis costo-beneficio compara alternativas que responden a un escenario base, para que pueda llegar a ser una herramienta realmente informativa un primer paso es la caracterización de este escenario. Un correcto diagnóstico de la situación inicial permite proyectar fundadamente el flujo de costos y beneficios de una regulación. La anatomía de las normas ambientales permite identificar aquellos costos que deben ser considerados porque los elementos que estructuran una norma ambiental son determinantes para que se consigan los beneficios esperados con la implementación de la regulación.

Tomemos como ejemplo el caso de las normas de emisión, donde los elementos relevantes para su eficacia son los criterios para identificar a las fuentes emisoras sujetas regulación, el límite de emisión, las mediciones y la evaluación de cumplimiento (*vid.* 4.2.1).

Al disponer de los criterios para identificar a las fuentes emisoras sujetas a regulación es posible realizar una estimación de sus emisiones y, en base a ello, cuantificar la reducción de emisiones que se requerirá a cada una de ellas para cumplir con la norma. Al conocer a las fuentes emisoras relevantes es posible determinar qué tipo de tecnología se encuentra (realmente) disponible en un país para que puedan cumplir con ella y realizar una estimación de los costos de inversión asociados. Esto es importante porque de nada sirve saber que existe tecnología en el mundo si ésta no es accesible, en el corto plazo, en el país donde se está regulando. La estimación de los costos requeridos para cumplir con la normativa hace reconocible la real capacidad de inversión en mejoras para controlar la contaminación y, en definitiva, que se alcance la reducción de emisiones que proyecta la regulación y de cual dependen los beneficios esperados.

Otro elemento importante es cómo se expresa y operativiza esta reducción de emisiones. A esto se refieren los límites de emisión y las mediciones, las cuales también se encuentran constreñidas por la tecnología disponible. Como fue explicado al inicio de este capítulo, las mediciones consisten en una observación mediada por la tecnología, que requiere de instrumentos técnicos que funcionan como receptores de estímulos del entorno que son registrados como datos a partir de los cuales se infiere la información que interesa a quienes observan. Esta práctica requiere de una institucionalidad destinada a operativizar las mediciones, típicamente una red de laboratorios y entidades técnicas que realizan las tareas asociadas a las labores de medición bajo reglas técnicas estandarizadas. La relevancia de conocer qué tipo de métodos de medición se encuentran disponibles en un país es fácil de apreciar: de nada sirve fijar un límite de emisión de un contaminante si no existe la capacidad técnica de medirlo. Y más específicamente, de nada sirve fijar un límite de emisión si el límite de detección de los métodos que utilizan los laboratorios

es superior. Por esta razón, no es extraño que el contaminante de interés en algunos casos sea observado indirectamente, por medio de otros parámetros que sí son posible de medir y cuya presencia permite inferir sus concentraciones.

Por otra parte, la capacidad de los laboratorios existentes para responder a la demanda de mediciones que requerirá la nueva regulación es relevante para definir su frecuencia lo que impacta en la evaluación del cumplimiento de la norma. Adicionalmente, será necesario conocer la capacidad operativa de los organismos públicos encargados del control y seguimiento de dichas fuente emisoras, a fin de diagnosticar si será necesario, para una adecuada implementación de la norma de emisión, entregar mayores recursos que satisfagan una mayor demanda de actividades de control y seguimiento.

Con relación a los beneficios, usualmente se traduce en pérdidas evitadas durante el progresivo mejoramiento ambiental que resulta del cumplimiento de la norma. Si bien es posible errar en la estimación de costos (el caso de la *Elbphilharmonie*, en Hamburgo, es un claro ejemplo), la estimación de los beneficios resulta especialmente problemática porque requiere traducir vidas salvadas y biodiversidad protegida a pesos, lo que da origen a diversos problemas metodológicos (*vid.* Revesz 2010; Smith 2011, cap. 4).

Para apreciar este punto conviene hacer un breve rodeo. Parte importante de la lógica del análisis costo-beneficio se basa en la noción de costo oportunidad (Smith 2011, loc. 1107-1126). Este término refiere a una medida que informa acerca de cuánto de la mejor alternativa posible abandonamos al tomar una decisión. En una economía de mercado, ese costo se obtiene del valor de mercado de aquello que dejamos a un lado. Con todo, muchas veces el valor de mercado no ofrece el valor real de algunos bienes y muchos otros no tienen un valor de mercado porque se encuentran fuera del comercio. El problema para el análisis costo-beneficio en la regulación ambiental, entonces, consiste en encontrar alguna manera de asignarle un valor a este tipo de bienes para que puedan ser comparados con aquellos que sí cuentan con un valor de mercado (cómo ocurre con los costos asociados a las inversiones que se requerirán para cumplir con la norma).

La resistencia a asignarle un valor monetario a bienes que se encuentran fuera del mercado es fuerte y por buenas razones. No es ese el modo en que nos relacionamos con las cosas que nos importan. Con todo, lo relevante para los efectos del análisis costo-beneficio es explicitar el costo oportunidad involucrado en una regulación ambiental: proteger un bosque implica dejar de hacer otras cosas que pueden ser socialmente valiosas. De allí que la intuición detrás de las estimaciones de los beneficios es correcta: ¿qué estamos dispuestos a sacrificar para proteger al medioambiente? Es importante tener presente que esta no es una pregunta acerca del estatus moral de la naturaleza. La respuesta a esta pregunta no determina el alcance del universo moral, si éste alcanza o no a la naturaleza o algunos de sus componentes. Lo que interesa es explicitar lo que se encuentra en juego y tomar mejores decisiones.

Al dedicarnos a definir una norma de emisión dejamos a un lado otras cosas que también pueden ser importantes. El análisis costo-beneficio explicita este tipo de decisiones políticas de un modo similar a lo que ocurre en las discusiones acerca de los estándares de prueba, que expresan la tolerancia al error en decisiones jurídicas (*vid* Ferrer Beltrán 2021). Pero más importante aún, al asumir una posición según la

cual la naturaleza es «inconmensurable» se corre el riesgo de que sea ignorada en este tipo de decisiones (Smith 2011, loc. 1129; *vid.* también Revesz y Livermore 2008; Livermore y Revesz 2011).

En general existen dos métodos para determinar los beneficios de la regulación ambiental (*vid.* Smith 2011, cap. 4; y en forma más técnica Pearce, Atkinson, y Mourato 2006). Uno de ellos consiste en observar el comportamiento de las personas en el mercado con el propósito de capturar el efecto que pueda tener en el precio de bienes comerciales el vínculo que éstos tengan con el medioambiente. Un caso sencillo es el valor de una vivienda en una zona muy congestionada de una ciudad y de otra más próxima a un gran parque. Es corriente que esta última tenga un mayor valor en el mercado, el cual se explicaría, entre otras razones, por su proximidad al parque. Conforme a este método, las personas estarían dispuestas a pagar más por una vivienda próxima a un parque y ese «pagar más» representaría el valor de ese parque, cuya estimación puede realizarse a partir de las transacciones de viviendas por un período de tiempo. Con todo, para que este método pueda ser usado se requiere de una cantidad de datos lo suficientemente amplia como para poder realizar inferencias estadísticas.

Otro método consiste en preguntarle directamente a las personas. Diseñar y realizar encuestas a una muestra de la población que posiblemente se verá beneficiada por la regulación. Lo que se intenta capturar con este método es la disposición a pagar de las personas por proteger el medioambiente, lo que permite cubrir casos respecto de los cuales no es posible realizar inferencias a partir del comportamiento de las personas en el mercado, ya sea porque los datos no son suficientes o no existen.

Como fácilmente puede ser observado, al margen de las complejidades de realizar estas inferencias para asignarle un valor a los beneficios de una regulación, el análisis costo-beneficio descansa en un número importante de datos. Más específicamente, en una actividad permanente de recopilación de datos. Con todo, el ejercicio no es del todo artificioso ni inútil porque al menos ofrece un modo sistemático para actuar (Ogus 2006, 286).

4.3 El procedimiento administrativo en la regulación ambiental

En el capítulo 3 afirmé que para dar contenido a la eficiencia sustantiva es preciso incorporar un nivel intermedio entre el acto administrativo y la actividad administrativa: la estructura de la decisión en un sector de lo público. En este capítulo he ejemplificado esta idea con la regulación ambiental directa, identificando los elementos que componen dicha estructura en las normas de emisión y las normas de calidad ambiental. Estos elementos, según fue analizado en la sección anterior, determinan el contenido del deber de motivación.

Estas ideas permiten delinear una comprensión del procedimiento administrativo que responde tanto a la estructura del acto administrativo como a la estructura de la decisión en el contexto de un sector de lo público. En estos términos, las reglas del procedimiento administrativo configuran a esta institución jurídica para que pueda satisfacer los valores de la validez (acto administrativo) y la eficiencia sustantiva (actividad administrativa en un sector de lo público), cumpliendo así una función racionalizadora de la actividad administrativa. Como consecuencia, las distintas

etapas del procedimiento administrativo se orientan hacia la satisfacción del deber de motivación.

Esta sección se organiza del siguiente modo. Inicio con una explicación de la función racionalizadora de la actividad administrativa que cumple el procedimiento administrativo en el sentido de que orienta el proceso de toma de razón hacia una decisión con pretensión de eficiencia sustantiva. El resultado de la instrucción de un procedimiento administrativo es un expediente que contiene el contexto de la decisión. Su importancia será examinada en la segunda subsección. Dada la relevancia que tiene la participación ciudadana en la regulación ambiental, examino finalmente qué rol cabe a la ciudadanía en el proceso regulatorio ambiental a la luz de la comprensión de lo público presentada en el capítulo 2.

4.3.1 Su función racionalizadora de la actividad administrativa

En un sentido amplio, el procedimiento administrativo denota las fases por la cuales transita un órgano administrativo durante el proceso de toma de decisión en aquellos asuntos que se le encomienda su cuidado. El interés por el procedimiento administrativo se sitúa, en el nivel más abstracto, en su función racionalizadora de la actividad administrativa. Como explica Schmidt-Assmann (2008, 77)

Con carácter general y en términos muy abstractos, puede decirse que la institución del procedimiento administrativo resulta útil para estructurar y garantizar la racionalidad de la acción estatal. En ese sentido, el procedimiento no es sino un diseño inteligente de reglas cuyo propósito reside en asegurar que las decisiones se adopten de forma transparente, que el producto final sea de calidad, y resulte efectiva la capacidad de aprendizaje y de acumulación de experiencia.

Esta función racionalizadora puede ser analizada a partir de dos ideas. La primera de ellas consiste en comprender al procedimiento administrativo en el marco de la juridificación de la administración. A partir de ello, es posible distinguir, siguiendo a Barnes (2011, 2020; *cf.* della Cananea 2016), tres «generaciones» o «modelos» de procedimiento administrativo que representan diversos grados de dicha juridificación. La segunda, es que esta función racionalizadora se explica por la relevancia que tienen, para comprender a la actividad administrativa, las tareas de recopilación, organización, sistematización y análisis de datos. Por medio de ellas se obtiene la información bajo la cual un órgano administrativo decide. En estos términos, el procedimiento administrativo sirve fundamentalmente para elaborar un expediente administrativo que da cuenta del contexto específico de la decisión administrativa. En lo que sigue examinaré estas dos ideas en el orden en que fueron enunciadas.

En el capítulo 1 vimos que el derecho administrativo moderno surge fundamentalmente como un proceso de juridificación de la actividad administrativa (*vid.* 1.3). Uno de los instrumentos por medio de los cuales se ha encauzado este proceso ha sido el establecimiento de reglas que conducen el proceso de decisión de la administración, las cuales han ido progresivamente en aumento y abarcando todo tipo de actividad administrativa (*vid.* Barnes 2011). La proliferación de leyes de procedimiento administrativo suele ser explicada a la luz de las razones que explican la creación de órganos administrativos dotados de potestades fiduciarias para que se hagan cargo de un sector de lo público (y no actúen meramente como gestores de asuntos ya resueltos legislativamente). Complementariamente, se enuncian diversas

funciones que cumple el procedimiento administrativo, entre las cuales se encuentran las siguientes (*vid.* Schmidt-Assmann 2008, 76; Mir Puigpelat 2008, 57-58)

- Garantizar la tutela de derechos e intereses individuales.
- Garantizar que la actividad administrativa satisfaga determinados valores (validez y eficacia sustantiva).
- Dotar de legitimidad a las decisiones de la administración.
- Incrementar la transparencia.

Para Barnes (2011, 2020), la mejor manera de comprender este proceso consiste en distinguir entre tres generaciones o modelos de procedimiento administrativo, que responden, según a este autor, a distintos modos en los que opera la administración. Explica este autor (2011, 79)

una cosa es la administración resolviendo como si de un juez se tratara (primera generación), otra es cuando ella dicta normas en modo análogo a como lo hace el legislador tradicional (segunda generación), y otra muy distinta hace referencia a cuando la administración y otros actores se sirven de elementos o principios de procedimiento en las nuevas formas de gobernanza, los cuales están marcados por la colaboración entre administraciones, tanto dentro de las propias fronteras como más allá del Estado.

La idea de clasificar tipos de procedimiento administrativo en estos términos permite advertir de qué manera la actividad administrativa se ha ido volviendo relevante ante los ojos del derecho. Por esta razón, si bien es correcto afirmar, como lo hace Barnes (2011), que se trata de modos de actuar diferentes, me parece que más importante aún es constatar que en cada una de estas generaciones se va incrementando el interés por abarcar más aspectos de la actividad administrativa. Uno de los ejemplos que usa este autor para diferenciar a los procedimientos de primera y segunda generación nos puede servir para explicar este punto. Dice Barnes (2011, 79-80) que no son comparables los procedimientos administrativos sancionadores con los de la evaluación ambiental estratégica porque se basan en modelos de administración diferentes donde el procedimiento cumple funciones cualitativamente distintas. Bajo la lectura que le daré a la tesis de este autor, efectivamente se trata de actuaciones diferentes, pero esta diferencia consiste en el grado de generalidad bajo la cual la administración actúa. A partir de esta observación es posible apreciar que mientras en un procedimiento administrativo sancionador lo que interesa fundamentalmente es garantizar la tutela de ciertos derechos, el equivalente a una evaluación ambiental estratégica es la determinación de la política sancionadora del órgano administrativo respectivo. Los criterios bajo los cuales prioriza la instrucción de procedimientos sancionadores y, más importante aún, los criterios que utiliza para determinar las sanciones a los infractores.

Esta función racionalizadora, operativizada por medio del derecho, ha ido cubriendo progresivamente más aspectos de la actividad administrativa, lo que puede ser comprendido como un tránsito desde el valor de la validez hacia el valor de la eficacia sustantiva. Ya no interesa solamente que el procedimiento administrativo sancionador respete algunas ideas básicas de debido proceso (*vid.* Duce 2018; Carbonell Belloio y Letelier Wartenberg 2020, 374-75) sino que además de qué manera un órgano administrativo se organiza para orientar el uso de su potestad sancionadora con el propósito de satisfacer ciertos umbrales de cumplimiento de la

regulación que da forma al sector de lo público en el cual actúa. Resulta revelador, en este sentido, observar que en la experiencia chilena la creación de órganos administrativos que cuenta con potestades sancionadoras ha mostrado progresivamente una mayor «densidad normativa». En las leyes más recientes se aprecia el establecimiento ya no solo de un procedimiento administrativo, sino que se establecen también criterios por medio de los cuales determinar la sanción específica a un infractor.⁷⁹

Veamos con un mayor grado de detalle en qué consisten estas tres generaciones de procedimiento administrativo que propone Barnes (2011).

Según este autor (Barnes 2011, 83-88), una primera generación se apoya en la estructura del proceso judicial con el propósito de establecer algunas garantías mínimas para proteger los derechos de quienes interactúan en la administración, las cuales actualmente se encuentran recogidas en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como «derecho a la buena administración» (Barnes 2019, 79-84).

La imagen de administración a la cual responde esta primera generación de procedimiento administrativo, por tanto, es similar a la de jurisdicción: aplicar el derecho. Nótese que esta primera generación no llega a decir que se trate de equivalentes funcionales, sino que más bien de lo que se trata es que, para propósitos legales, la actividad administrativa que interesa es aquella que asigna derechos, otorga prestaciones o impone sanciones en los términos establecidos en la ley. Se trata de una actividad que responde a un modelo subsuntivo donde la premisa normativa se encuentra determinada previamente y donde solo corresponde a la administración verificar que se satisfacen en el caso los presupuestos establecidos en la norma. El resultado del procedimiento administrativo es un acto administrativo donde se constata la satisfacción de los requerimientos legales y, en virtud de ello, da lugar a las consecuencias jurídicas establecidas en la norma.

De allí que el procedimiento administrativo sea comprendido, bajo este modelo, como un mecanismo para la correcta aplicación del derecho. Es representado bajo una imagen lineal (Barnes 2011, 82) compuesta por una serie de actos encadenados entre sí que conducen a un acto terminal dotado de autoridad. La administración, en estos términos, es una gestora de normas generales ya fijadas legislativamente y por eso se trata de una actividad que puede incluso llegar a ser automatizada (como ocurre con el otorgamiento de certificados).

Esta comprensión del procedimiento administrativo solo toca la superficie de la actividad administrativa. Incluso asumiendo que la administración sea una mera gestora de decisiones legislativas, bajo esta imagen el cómo se organiza la administración para dar respuesta al número de casos que debe satisfacer es un

⁷⁹ Es cierto que estas reglas tienen el propósito de garantizar que el ejercicio de potestades sancionadoras sea proporcional frente a quien a cometido una infracción y, en este sentido, admiten ser leídas como parte de la primera generación de procedimientos administrativos. Pero, además de ello, hacen transparente una decisión de política sancionadora: bajo qué circunstancias se decide iniciar un procedimiento sancionador y cuándo se impondrá la sanción más alta. Frente a la ausencia de una política sancionadora explícita es posible racionalizar, o criticar la ausencia de coherencia del órgano administrativo, a la luz de estas reglas.

asunto indiferente para el derecho. Nótese que esto no quiere de decir que sea indiferente para la ciudadanía. La demora excesiva en obtener un certificado o documento oficial provoca una reacción de reproche. Se trata de un asunto del cual se ocuparían otras disciplinas, lo que explica la irrupción de intentos de racionalización a partir de ideas de *management* donde los resultados del ejercicio de potestades públicas son el «negocio» que requiere de una optimización.

Sin perjuicio de que esta imagen de la administración sea incompleta, Barnes (2011, 85-86) destaca su relevancia para el desarrollo de un derecho administrativo robusto. En efecto, por medio de leyes de procedimiento administrativo se ha ido progresivamente gobernando a la actividad administrativa bajo el ideal del Estado de derecho, estableciendo no solo las etapas que dar forma al proceso de toma de decisión, sino que también el establecimiento de derechos para quienes actúan en dicho procedimiento como interesados.

Con todo, el procedimiento administrativo de primera generación no consigue dar cuenta de la compleja realidad administrativa. No considera, explica (Barnes 2011, 87-88) las «otras vidas» de la administración ni tampoco formas de actuación distintas a la tradicional.

La segunda generación de procedimientos administrativos amplía el alcance de esta institución (*vid.* Barnes 2011, 88-90; 2020, 846). Para ello, se aleja parcialmente del modelo jurisdiccional de decisión (aplicación del derecho) y abarca la creación de normas generales infralegales. El procedimiento se construye ahora bajo la imagen del proceso legislativo. Explica este autor que se trata de leyes rudimentarias, que responden a un modelo regulatorio de arriba hacia abajo, y no consideran todo el material normativo que produce la administración.

Ante la ausencia de una regulación robusta del proceso legislativo que pueda servir de modelo, esta segunda generación de procedimientos administrativos se mantiene anclada a la imagen del proceso judicial. Por esta razón, la actividad normativa de la administración presenta algunas características particulares tales como el carácter adversarial que modela la interacción entre eventuales intervinientes. En este tipo de procedimientos se admite la participación de posibles afectados por la regulación, pero lo hacen fundamentalmente en defensa de sus intereses (especialmente aquellos protegidos por normas de derechos fundamentales), los cuales usualmente serán contrapuestos. En estos términos, la función de la participación de eventuales afectados por la regulación consiste en asegurar que se cumplan los límites que establece el ordenamiento jurídico para la actividad administrativa.

El proceso regulatorio se estructura bajo un modelo de arriba hacia abajo que concibe a la administración como un ente autosuficiente para cumplir con sus responsabilidades.⁸⁰ Esto explicaría que el momento en el cual se abre la posibilidad de la participación de interesados es al momento en que se encuentra ya elaborado un borrador de la regulación, la cual se concibe como un acto definitivo y estable en el largo plazo.

⁸⁰ Esta autosuficiencia, habría que aclarar, solo puede provenir de una comprensión tecnocrática de lo público.

Por último, este tipo de procedimientos se ocupan típicamente de reglamentos y planificación territorial, dejando a un lado otros instrumentos normativos de diversa naturaleza, tales como circulares, instrucciones y el establecimiento de orientaciones generales de *soft law*.

La tercera generación se corresponde con modelos cooperativos donde la administración actúa de manera más abierta hacia la ciudadanía (*vid.* Barnes 2011, 90-97; 2020, 847-48). Ya no se concibe como autosuficiente para satisfacer el interés general en un sector de lo público, sino que se asume que la administración necesita de la colaboración de la ciudadanía más allá de una mera participación en defensa de intereses particulares. En estos términos, se exige de ésta un mayor compromiso con lo público, con comprender la racionalidad de la actividad administrativa y colaborar con su trabajo en lugar de mirar a la administración con recelo, como una amenaza a sus intereses particulares.

Asimismo, las decisiones se asumen como susceptibles de revisión con el propósito de evaluar su eficiencia sustantiva y, si corresponde, realizar los cambios que sean necesarios. De allí que ya no se conciba al procedimiento administrativo en términos lineales, sino que más bien cíclicos, incorporando una evaluación de los efectos que realmente produce que retroalimenta el diagnóstico inicial que motivó la actividad administrativa.

La diferencia más significativa entre estos tres modelos que propone Barnes (2011) parece ser el modo en que se concibe la legitimidad de la actividad administrativa. En la primera generación, dado que la administración solo gestiona decisiones legislativas no se presentan problemas de legitimidad porque la decisión, en último término, se atribuye directamente a la voluntad popular expresada en órganos compuestos por representantes directos de la ciudadanía (como ocurre con la jurisdicción, *vid.* Atria 2016, segunda parte). En el segundo modelo, la legitimidad de la decisión proviene del conocimiento experto de la administración, a quien se le delega la decisión en asuntos públicos con el propósito de que dedique a ellos evitando caer en los sesgos que afectan a la ciudadanía. Este conocimiento experto que posee la administración la inmuniza de errores en los que puede incurrir una discusión basada en la reacción emotiva frente a los riesgos de la ciudadanía. Por último, la tercera generación modera el rol de la administración en dos sentidos. Ya no la concibe como autosuficiente porque la información necesaria para decidir se encuentra dispersa. Pero más importante aún, reconoce que los asuntos públicos tienen una dimensión técnica (cómo es el mundo) y una dimensión política (cómo procesamos la realidad para los propósitos de tomar decisiones). Esto explica que la estrategia para dotar de legitimidad a sus decisiones se apoye en una cooperación técnica destinada a obtener información desde distintas fuentes y una cooperación política que se apoya en constituir una deliberación pública sobre la base de ella.

4.3.2 El expediente administrativo

Mientras el procedimiento administrativo es una abstracción, un «diseño inteligente» como lo llama Schmidt-Assmann (2008, 77), el expediente es el resultado de la instrucción de un procedimiento administrativo en concreto. El modo en que un procedimiento administrativo consigue satisfacer las diversas funciones que se atribuyen en la literatura consiste en la documentación que realiza el órgano responsable del seguimiento de las etapas que la componen, las actividades realizadas

y sus resultados. De allí que el procedimiento administrativo sea fundamentalmente un mecanismo para llevar a cabo las tareas de recopilación, organización, sistematización y análisis de datos, las cuales se reúnen en un expediente administrativo a partir del cual se infiere la información que servirá de contexto para la decisión final (*vid.* Schmidt-Assmann 2003, 358; Pastor Merchante 2021).⁸¹

Es importante notar, como hace Pastor Merchante (2021, 158-59), que el expediente no solo contiene datos fácticos, sino que también refleja los valores que se encuentran presente en la discusión. Es en este sentido que el expediente da cuenta del contexto de decisión al cual se enfrenta un órgano administrativo. El expediente muestra de qué manera se llegó al momento de la decisión, cuáles son las razones en favor de ella y que, en definitiva, racionalizan la acción realizada por un órgano administrativo en ejercicio de sus potestades legales.

A partir de esta idea básica, es posible identificar tres funciones del expediente administrativo.

La primera de ellas consiste en una función de control externo. Un expediente permite dar cuenta del cumplimiento de las reglas que configuran el procedimiento administrativo y es el principal elemento de juicio que tiene a su disposición quien se vea afectado para formular una acción judicial en contra de la administración. Esta función de control se encuentra en sintonía con la primera generación de procedimiento administrativo, según la cual esta institución se presenta como una garantía para la tutela de los derechos de quienes se vean potencialmente afectados por la decisión de un órgano administrativo. Es en el expediente administrativo donde quedan documentadas eventuales infracciones al procedimiento que tengan la aptitud para motivar una invalidación del acto administrativo. Especial relevancia tiene en este sentido el examen, al momento del control judicial, de la satisfacción del deber de motivación, especialmente porque es a partir de los elementos de juicio allí consignados que es posible apreciar la racionalidad de la decisión (Pastor Merchante 2021, 162).

Adicionalmente, el expediente también cumple una función de control interno, en el sentido de que permite a quien sea responsable de su instrucción dirigir el procedimiento administrativo sobre la base de los resultados de cada una de las actuaciones que lo comprenden y que constan en el expediente (*vid.* Pastor Merchante 2021, 159-63). Como señala Schmidt-Assmann (2003, 360)

Los procedimientos son procesos divididos en fases específicas, que señalan los distintos puntos clave en el procesamiento de la información, marcan los momentos de inflexión en los que se decide la trayectoria de todo el proceso, y evidencian la necesidad de reglas que garanticen la neutralidad, la eficacia y la regularidad de la actividad administrativa.

En estos términos, en el expediente se encuentran los elementos de juicio que determinan el curso que toma la tramitación del procedimiento, los cuales quedan a la vista de quienes tengan interés en conocer el cómo se llegó a la decisión final. Es

⁸¹ Cabe señalar que para estos autores el expediente contiene la información que sirve de base para adoptar la decisión, mientras que en este trabajo distingo entre los datos (que se encuentra en el expediente) y la información (las inferencias a partir de los datos reunidos en el expediente). Con todo, no me parece que esta distinción que formulo afecte una comprensión compartida del expediente administrativo.

el contenido del expediente aquello que permite, a quienes tengan a su cargo la instrucción del procedimiento, decidir en qué momento pasar a la fase siguiente del procedimiento, recopilar nuevos antecedentes en forma previa a ello o ponerle término anticipadamente.

Las funciones de control interno y externo son posible en virtud de la función epistémica del expediente. Conforme a ella, la documentación de un procedimiento nos permite conocer el proceso de toma de decisión, acceder a los elementos de juicio que van dando forma a la decisión final. Como decía al inicio de esta subsección, estos elementos de juicio no son solamente datos empíricos: el expediente administrativo da cuenta de la deliberación que precede a la toma de decisión y nos permite evaluar en qué medida ésta es fiel a ella. Es a partir de esta función epistémica que es posible comprender al procedimiento administrativo como el conjunto de tareas de recopilación, organización, sistematización y análisis de datos.

Para Pastor Merchante (2021, 168-75) esto evidencia que la estrategia de encomendarle a la administración que se haga cargo de lo público, por medio del establecimiento de normas de organización y procedimiento, siempre queda sujeta al control en base a estándares normativos sustantivos. Son estos últimos los que permiten evaluar la suficiencia de la información en términos de que ésta autoriza a quien decide a seguir un curso de acción determinado. Explica este autor (2021, 173)

las normas de procedimiento no operan nunca en el vacío. Primero, porque la diferencia entre los distintos tipos de programación normativa es de grado y no de cualidad. Por mucho protagonismo que tengan las disposiciones procedimentales en un determinado sector normativo, estas siempre van acompañadas de algún tipo de programación material, por muy general o abstracta que sea. Segundo, porque la actuación de la Administración siempre está sometida a algunos principios transversales, incluidos los que emanan de la vertiente objetiva de los derechos fundamentales y del resto de principios y valores consagrados en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico.

El punto es importante porque la satisfacción de las reglas procedimentales no tiene como propósito el respeto de la ritualidad establecida en la ley para la toma de decisión, sino que existen para satisfacer la función epistémica del expediente: disponer de información suficiente para adoptar una decisión. Lo que ocurre es que la referencia a estándares normativos vagos no permite calificar de un modo transparente cuándo esta información es suficiente. Pastor Merchante (2021) identifica correctamente el problema y evidencia también las dificultades de encontrar una solución en la teoría general del derecho administrativo. A mi juicio es posible tomar una estrategia más directa: lo que determina la suficiencia de la información es la eficiencia sustantiva de la actividad administrativa. En qué medida la información obtenida nos permite calificar la actividad administrativa como la realización del interés general en un sector de lo público. Y para ello es imprescindible contar con la estructura de la decisión en un sector de lo público.

Es el expediente administrativo el lugar donde es posible apreciar la satisfacción del valor de la validez (que no existan vicios significativos) y el valor de la eficiencia sustantiva (que la acción pueda ser considerada como una realización del interés general en un sector de lo público). La estructura de la decisión en un sector de lo público ayuda a concretizar a este último en el procedimiento administrativo en términos de que la información a disposición del responsable de la decisión sea suficiente. Esto ocurre porque esta estructura da contenido a las tareas de recopilación, organización, sistematización y análisis de datos.

En lo que sigue ilustraré de qué manera esta estructura la estructura de las normas de emisión y las normas de calidad ambiental da contenido a estas tareas tomando como caso de estudio la elaboración de una norma de emisión para contaminantes atmosféricos provenientes de procesos industriales.

La recopilación de datos consiste en la recolección y reunión de aquellos datos relevantes para la toma de decisión. Dada la conexión que existe entre la estructura de la decisión en un sector de lo público, el deber de motivación y el procedimiento administrativo, esta relevancia se encuentra determinada por la estructura de las normas ambientales (*vid.* 3.2.3). Vimos al inicio de este capítulo (*vid.* 4.1.1) que el impulso regulatorio proviene de algún problema que emerge en la interacción social. En el caso de la contaminación, típicamente se trata de agentes que emiten elementos o compuestos que afectan un estado de cosa que una comunidad política estima como valiosa. La caracterización del fenómeno contaminante da lugar a la necesidad regulatoria a la cual se intenta responder. De allí que, en primer lugar, sea necesario conocer a las fuentes emisoras responsables de la contaminación, la magnitud de su contribución a ella, su localización, etc. Asimismo, las alternativas de control de la contaminación accesibles en ese momento, que permiten apreciar la conveniencia de usar una norma de emisión en lugar de otros instrumentos. Es también relevante conocer la capacidad técnica y operativa de los laboratorios que podrían asumir las tareas de medición de emisiones, indispensables para la implementación del control de la contaminación por medio de normas de emisión. Por último, interesa conocer la capacidad de los órganos fiscalizadores para procesar los resultados de las mediciones y evaluar en forma periódica el cumplimiento de la norma al final del periodo de control en ella establecido.

Los elementos que componen la estructura de las normas ambientales permiten organizar la información recopilada durante la instrucción del procedimiento administrativo respectivo. Tener claridad respecto a qué se refiere cada elemento aportado al expediente ayuda a reunir de manera organizada los datos relevantes, agrupándolos según se trate de la caracterización de las fuentes emisoras, los límites de emisión, las mediciones o la evaluación de cumplimiento. Con ello, es posible discutir cada uno de estos elementos de manera ordenada, sin que queden olvidados dentro de un flujo desarticulado de datos al interior del procedimiento.

La estructura de las normas ambientales permite además la sistematización de los datos, que consiste en relacionar los elementos de las normas ambientales entre sí. Por ejemplo, la ausencia de laboratorios para llevar a cabo las mediciones que exige una norma obliga a revisar los parámetros que serán regulados y, en último término, la conveniencia de usar una norma de emisión para controlar la contaminación. La capacidad de estos laboratorios puede incidir, además, en el número de mediciones durante el periodo de control que establece la norma. Adicionalmente, permite advertir la necesidad de decisiones futuras, como es el caso de dotar de más presupuesto a los órganos fiscalizadores para que puedan hacerse cargo de la mayor demanda de actividades de control y seguimiento como consecuencia de la nueva regulación.

Por último, el análisis de los datos consiste en el conjunto de inferencias que es posible formular a partir de los datos reunidos en el expediente administrativo. Estas inferencias, vale la pena señalarlo, solo serán posible si se cuenta con información suficiente para cada uno de los elementos de las normas ambientales. Por ejemplo,

si no se conoce la realidad de los laboratorios existentes, no tiene mucho sentido establecer un límite de emisión para parámetros que, en definitiva, no se sabe si podrán ser medidos. Algo similar ocurre si se establecen límites de emisión para establecimientos que no contribuyen significativamente en la contaminación que se intenta controlar o que se caracterizan de manera imprecisa dificultando la estimación de mediciones necesarias para verificar el cumplimiento de la norma. Y más importante aún, no tendría mucho sentido establecer normas de emisión que obligue a los órganos fiscalizadores a realizar tareas de control y seguimiento respecto de las cuales no tienen cobertura legal o capacidad operativa para realizarlas.

El resultado de estas inferencias es la información que sirve de base para la decisión del órgano administrativo responsable y configura las razones en favor de su decisión: regular, reunir más información o desistir de la regulación prevista inicialmente.

La estructura de la decisión, entonces, media entre la abstracción del procedimiento administrativo y la necesidad regulatoria que motiva su inicio por parte de un órgano administrativo. Esta mediación se establece en términos de identificar qué datos son relevantes para la toma de decisión en términos de eficiencia sustantiva. Son los elementos de las normas ambientales los que nos indican qué necesitamos buscar en el mundo para que la actividad administrativa pueda ser considerada como la realización del interés general en un sector de lo público.

4.3.3 La participación ciudadana

Hasta ahora me he ocupado de dilucidar la función de la administración en el derecho moderno a partir de una comprensión de lo público como el tránsito de la primera persona singular a la primera persona plural. La imagen de la administración que he ofrecido la muestra como responsable por diversos sectores de lo público, que se encuentran determinados por la competencia material asignada por la ley al momento de la creación de órganos administrativos que se ocupan de estos sectores, y cuya configuración específica responde al resultado del ejercicio de potestades públicas fiduciarias.

En el derecho ambiental esta imagen es incompleta. Es frecuente que en diversos instrumentos internacionales y en el derecho interno se haga referencia a la participación ciudadana como elemento relevante para lo que aquí he denominado la configuración de lo público.⁸² ¿Qué rol cabe, bajo la comprensión de la administración aquí ofrecida, a la participación ciudadana?

Como una primera aproximación, la participación ciudadana consiste en un involucramiento de la ciudadanía en la política que admite diversos grados (*vid.* Arnstein 1969). Con el propósito de dilucidar el rol de la participación ciudadana en la regulación ambiental, estipulativamente distinguiré tres clases de participación:

⁸² *vid.* el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, y Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

- La participación formal básica, que consiste en el ejercicio de derechos políticos clásicos como es el caso del derecho a ser elegido en una elección popular y el derecho a sufragio.
- La participación formal robusta, que consiste en una participación activa en instancias formales de decisión durante la vida política ordinaria y más allá del periodo de elecciones.
- La participación informal, por medio del ejercicio, entre otros, de la libertad de expresión y el derecho a protesta.

La participación ciudadana en la regulación ambiental se ubica dentro de lo que he llamado participación formal robusta. Se trata de una instancia formal porque se encuentra considerada expresamente en la reglamentación del procedimiento administrativo asociado a decisiones de contenido ambiental. Y la he llamado robusta porque va más allá del ejercicio del derecho a sufragio.

Más allá de la referencia a la participación ciudadana en instrumentos internacionales y normas de derecho interno, en la literatura existe cierto consenso respecto a que la participación ciudadana es valiosa por sus beneficios (Holder y Lee 2007, 87; Richardson y Razzaque 2006, 165-67; Bell et al. 2017, 306-7; Lee y Abbot 2003; Peters 2015). Desde un punto de vista instrumental, la participación ciudadana forma parte de una comprensión deliberativa de la democracia y, en este sentido, es un elemento de un sistema político que contribuye en dotar de legitimidad a las actuaciones del gobierno. El problema al cual responde esta comprensión de la participación ciudadana consiste en la opacidad de las decisiones adoptadas por agencias técnicas independientes en asuntos que trascienden al conocimiento que se obtiene a partir de la observación empírica de nuestro entorno. Como explican Lee y Abbot (2003, 84)

There is a real tension between, on the one hand, a genuine need for the independent exercise of expert judgment by agencies in very technical areas of environmental protection and, on the other, the recognition that controversial decisions cannot be made solely by the exercise of such expertise. Environmental problems and solutions are complex, and must frequently be mediated by scientific and technical expertise. But there is also necessarily a value judgment to be made in individual decisions. That value judgment may fill gaps in knowledge; determine appropriate levels of safety; distribute the costs and benefits of pollution; decide between fundamentally divided interests. The political nature of environmental decisions, together with their frequent delegation to unelected experts, requires public participation to enhance the procedural legitimacy of decisions, since electoral legitimacy is weak.

Existe una tensión real entre, por un lado, la necesidad genuina de que las agencias realicen un juicio experto independiente en ámbitos muy técnicos de la protección del medioambiente y, por otro, el reconocimiento de que las decisiones controvertidas no pueden tomarse únicamente mediante el ejercicio de esos conocimientos. Los problemas y las soluciones medioambientales son complejos y, con frecuencia, deben estar mediados por conocimientos científicos y técnicos. Pero también hay que hacer necesariamente un juicio de valor en las decisiones individuales. Ese juicio de valor puede llenar lagunas en el conocimiento; determinar los niveles adecuados de seguridad; distribuir los costes y beneficios de la contaminación; decidir entre intereses fundamentalmente divididos. La naturaleza política de las decisiones medioambientales, junto con su frecuente delegación en expertos no elegidos, requiere de la participación ciudadana para aumentar la legitimidad procedimental de las decisiones, ya que la legitimidad electoral es débil.

En estos términos, la justificación de la participación ciudadana se presenta como una reacción a la tendencia a desconocer la dimensión política de la regulación ambiental propia del legalicismo tecnocrático. Pero si estos asuntos son

encomendados a un órgano administrativo que responde por la configuración de un sector de lo público, y no solo al mero estado del arte en disciplinas técnicas, la participación ciudadana en la regulación ambiental requiere de otro tipo de justificación. Admitiendo la dimensión política de la regulación ambiental es posible concebir a la participación ciudadana como una instancia formal del procedimiento administrativo en la cual se abre el proceso de toma de decisión a la ciudadanía para dar lugar a un diálogo abierto respecto de la aceptación del riesgo.

Es importante destacar que no se trata aquí de un mero juego estratégico entre intereses particulares, sino que de contribuir en el pensamiento representativo que fundamenta a la deliberación democrática (*vid.* 2.2.2). La participación ciudadana en la regulación ambiental ofrecería, entonces, un espacio en el cual se produce un encuentro entre personas que se reconocen recíprocamente como iguales. Con todo, esto supone que en cada proceso regulatorio exista interés de la ciudadanía por participar y que ésta tenga los medios para hacerlo. A diferencia de lo que ocurre con órganos compuestos por representantes directos de la ciudadanía, cuyo cargo consiste en deliberar acerca de asuntos de interés general de manera permanente, no es claro que la ciudadanía tenga el tiempo y los recursos para participar durante los procesos regulatorios. Por otra parte, no es poco frecuente que en los procesos de participación ciudadana se expresen solo intereses particulares y que no exista, realmente, un diálogo entre iguales. En parte, esto se explica porque no existe una relación horizontal entre quienes participan y quien tiene la responsabilidad de tomar la decisión, lo que puede transformar la discusión dentro del procedimiento administrativo en intentos de persuadir a quien decide de favorecer alguno de los intereses particulares en juego (que usualmente se presentan como derechos cuyo desconocimiento invalidaría la decisión). De allí que la justificación de la participación ciudadana en la regulación ambiental como instancia deliberativa pueda ser cuestionada como un eufemismo que oculta la captura regulatoria.

Desde un punto de vista sustantivo, que presta atención a los resultados del proceso de toma de decisión, se considera que un mayor involucramiento de la ciudadanía contribuye a mejorar la calidad de las decisiones que dan forma a la práctica ambiental en un sentido amplio (*vid.* Holder y Lee 2007, 93-96). En estos términos, la participación ciudadana sería, en primer lugar, un medio para reunir información relevante para la decisión, asumiendo que esta información se encuentra dispersa y no responde meramente al estado del arte de alguna disciplina empírica en particular. A diferencia de la comprensión instrumental de la participación ciudadana, bajo esta perspectiva el impulso se ubica en la propia administración, quien tiene la responsabilidad de fomentar la participación ciudadana con el propósito de contar con la mejor información posible para decidir.

Si la participación ciudadana se concibe como un medio para reunir información y alcanzar el punto a partir del cual un órgano administrativo puede ejercer discrecionalidad (*vid.* 3.3.3), se favorece la idea de que éste ejerce potestades fiduciarias y que es responsable de realizar el interés general en un sector de lo público. Con ello, se asume la insuficiencia de una comprensión de la administración como órgano técnico porque su *expertise* no sería suficiente para constituir una práctica ambiental de calidad. Existen otros elementos involucrados. Como fue explicado en el capítulo 2, el riesgo ambiental descansa en el conocimiento de nuestro entorno que obtenemos de las ciencias empíricas, pero al mismo tiempo es independiente de éste (*vid.* 2.3.2). Esta independencia del riesgo se aprecia en la

valoración y la distribución que expresa la aceptación de un riesgo, las cuales responden a criterios de priorización política.

Con todo, esta comprensión de la participación ciudadana podría ser cuestionada por ser innecesaria porque el órgano administrativo podría conseguir la información por su cuenta, sin necesidad de una instancia formal de participación de la ciudadanía. En gran medida de esto se trata, en el marco del análisis costo-beneficio, la cuantificación del beneficio de la regulación por medio de la observación del mercado con el propósito de capturar estadísticamente el «mayor valor» de bienes vinculados a un entorno que se estima valioso o la realización de encuestas (*vid.* 4.2.3). ¿Para qué sería necesaria, entonces, la participación ciudadana?

Más allá de su valor en el proceso de toma de decisión mismo, la participación ciudadana contribuye a tomar conciencia de los problemas ambientales y, más importante aún, familiarizarse con la racionalidad de la actividad administrativa. En estos términos, la participación ciudadana formaría parte de una política de educación cívico-ambiental. Junto a ello, el fuerte vínculo entre el derecho de acceso a información y la participación ciudadana impulsaría el desarrollo de una administración más transparente (Lee y Abbot 2003, 83). Con ello, la participación ciudadana contribuye a una cultura política más abierta al dialogo en un sentido amplio.

En materia ambiental, la participación ciudadana se encuentra configurada como un derecho y por ello su desconocimiento podría motivar la invalidación del acto administrativo por medio del cual se expresa la decisión de la administración.⁸³ El contenido de este derecho no es uniforme en los sistemas jurídicos y admite diversos grados (*vid.* Richardson y Razzaque 2006, 167).

En lo que parece ser la opción más común, la participación ciudadana consiste en una consulta a la ciudadanía con el propósito de recopilar datos que sean relevantes para la decisión. Como el conocimiento experto de quienes integran un órgano administrativo no es suficiente para decidir, por medio de una consulta sería posible obtener lo que Steele (2001, 437) denomina «conocimiento situado». Éste consiste en el conocimiento que tienen quienes se encuentran próximos a y perciben los efectos de aquello que se regulará (las personas afectadas). Complementariamente, explica esta autora que existen además «partes interesadas», personas que se ocupan de manera más o menos regular de alguna clase de problemas ambientales, tales como conservación ambiental, y que pueden aportar información a partir de su experiencia en esas materias.

Con todo, las consultas ciudadanas no tienen buena fama. Una crítica muy difundida hasta el día de hoy se encuentra en Arnstein (1969, 219; *vid.* además Barnes 2019, 102-4), según la cual en estos procesos

⁸³ Integra los así llamados «derechos procedimentales», que reúnen el acceso a información, participación y acceso a la justicia. *vid.* el Convenio sobre acceso a la información, participación del público en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente, y Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe.

People are primarily perceived as statistical abstractions, and participation is measured by how many come to meetings, take brochures home, or answer a questionnaire. What citizens achieve in all this activity is that they have «participated in participation». And what powerholders achieve is the evidence that they have gone through the required motions of involving «those people».

Las personas son percibidas principalmente como abstracciones estadísticas, y la participación se mide por el número de personas que acuden a las reuniones, se llevan folletos a casa o responden a un cuestionario. Lo que los ciudadanos consiguen en toda esta actividad es que han «participado en la participación». Y lo que consiguen los que ostentan el poder es la evidencia de que han pasado por los trámites necesarios para involucrar a «esas personas».

Lo que pone en evidencia esta crítica es la necesidad de que la participación ciudadana tenga una influencia efectiva en la decisión. Esta idea permite conectar los tres derechos procedimentales entre sí. Por una parte, para que la participación ciudadana sea significativa debe ocurrir con posterioridad al levantamiento de información que realiza el propio órgano administrativo (*vid.* Stender-Vorwachs 2015). En otros términos, la participación requiere estar motivada por la información de que dispone la administración para los propósitos de un proceso regulatorio y no un borrador de regulación ya establecido. Como la información reunida por la administración y la aportada por la ciudadanía durante el proceso de participación determina las razones de que dispone quienes responsable institucionalmente por la decisión, el acceso a la justicia requiere ser comprendido principalmente como una impugnación del acto administrativo basada en el control de los hechos y el deber de motivación.

5 Conclusiones generales de la investigación

Al inicio de esta investigación presenté como ejemplo de regulación ambiental el siguiente: plan de descontaminación atmosférica de las comunas de Temuco y Padre Las Casas que, entre otras medidas, establece para las calderas cuya potencia térmica nominal sea mayor o igual a 20 MW un límite de emisión para material particulado de 30 mg/Nm₃, lo que debe ser acreditado anualmente por medio de un monitoreo continuo. A la luz de este ejemplo, formulé la siguiente pregunta ¿cómo dar cuenta en términos jurídicos de esta regulación administrativa? Su respuesta motivó una reflexión hacia la teoría general del derecho administrativo a partir de un sector de referencia: la regulación ambiental. Como resultado de esta reflexión es posible formular las siguientes conclusiones generales.

Sobre los orígenes del derecho administrativo. La dogmática administrativa requiere ser mirada en su contexto. Si el derecho administrativo surge como un modo de juridificar a una administración ya consolidada, que por razones históricas quedó al margen de teorización contractualista, no resulta nada de extraño que se hubiese desarrollado con un énfasis en el control al exceso en el ejercicio del poder.

Este desarrollo fue articulado al amparo de la noción de Estado de derecho con la pretensión de que toda actividad administrativa responda, en alguna medida, a una norma positiva. El problema emerge cuando no se dispone de una teoría de las normas que responda a la variada normatividad del derecho.

El paradigma de la norma prescriptiva imperfecta. El desarrollo de la dogmática administrativa bajo la idea de que toda actividad administrativa debe responder a un solo tipo de norma (normas prescriptivas) lo he llamado el paradigma de la norma prescriptiva imperfecta.

Este paradigma reúne dos tipos de tesis, que he llamado la tesis de la simetría y la tesis de la asimetría. Según la tesis de la simetría una misma norma se muestra como norma de conducta para la administración y como norma de control para el juez. La ausencia de una especificación con algún grado de detalle (la densidad normativa) es un déficit que dificulta el control judicial de la administración y afecta el derecho al acceso a la justicia. La tesis de la asimetría distingue entre norma de conducta y norma de control según su función. La norma de conducta tiene el propósito de dirigir eficazmente a la administración, mientras que la norma de control establece los criterios jurídicos bajo los cuales se examinará la legalidad de la actividad administrativa.

El problema de ambas tesis es compartido: no consiguen dar cuenta de un aspecto relevante de la administración que va más allá del cumplimiento de una norma de conducta. Los órganos administrativos son creados con un propósito, se les encomienda hacerse cargo de un sector de lo público. Y aquello que se les encomienda es un estado de cosas: la salud pública, el medioambiente, los bienes públicos, la economía.

Esta actividad se presenta como un poder para transformar nuestro entorno social. Aquello que hace falta en el esquema de la norma prescriptiva imperfecta, entonces, es una comprensión de las potestades públicas que enfatice su función creadora antes que su carácter intrusivo respecto de la esfera individual que, por muy importante

que sea para reaccionar en contra del exceso en el ejercicio del poder, es secundario en el sentido de que supone una dimensión constitutiva de la administración.

El sentido de la práctica legislativa de crear órganos administrativos. Sin dejar a un lado el problema del exceso del poder (la práctica migratoria nos lo recuerda a diario), es posible articular un derecho administrativo desde un punto de vista más amplio. Mientras en sus orígenes modernos esta disciplina se ocupó de desarrollar técnicas de juridificación de un poder ya consolidado, es importante tener presente que ese desarrollo no ha tenido como propósito poner término a la administración ni tampoco reducirla. Al contrario, en nuestra vida política contemporánea observamos con cierta frecuencia la creación de órganos administrativos para que se ocupen de sectores de lo público. Esto invita a reflexionar sobre el sentido de esta práctica legislativa, la cual se funda en la racionalidad y la razonabilidad que es posible atribuir a la administración.

La práctica de crear órganos administrativos para que se hagan cargo de un sector de lo público descansa en el supuesto de que estos órganos son racionales y tienen la capacidad de responder a razones. Que sean racionales significa que su actividad admite ser comprendida como una articulación de medios para conseguir sus fines, lo que permite ofrecer una comprensión de las potestades administrativas bajo su carácter fiduciario y la noción de responsabilidad-rol.

La capacidad de responder a razones significa que tienen la aptitud de motivar sus acciones por medio de razones justificadoras. Estas razones pueden estar establecidas en la ley como normas prescriptivas o pueden ser establecidas por el propio órgano administrativo por medio del ejercicio de sus potestades. Solo en este último caso decimos que dicho órgano actúa discrecionalmente. Con todo, la discrecionalidad administrativa es contextual y solo emerge una vez que se cuenta con información suficiente para decidir.

La estructura de la decisión en un sector de lo público. La actividad administrativa se encuentra sujeta a la realización de dos valores: validez y eficiencia sustantiva. El valor de la validez se realiza una vez que un acto administrativo cumple con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico para que se integre a este y es la teoría del acto administrativo la doctrina que se ocupa de ello. Pero como no es suficiente para dar cuenta de la racionalidad de la administración recurrir a la teoría general del acto administrativo, para mediar entre esta institución jurídica y la actividad administrativa se necesita lo que he llamado la estructura de la decisión en un sector de lo público. Esta última tiene como propósito realizar el valor de la eficiencia sustantiva.

La eficiencia sustantiva permite apreciar una importante relación entre datos, información y razones. Los datos son registros de diversos acontecimientos, los cuales se obtienen por medio de la observación. La información es el resultado del procesamiento de datos. Nos ofrece una imagen del contexto de decisión, el entorno en el cual debemos actuar, los constreñimientos a los cuales estamos sometidos y las posibilidades de acción. Solo cuando los datos en su conjunto son relacionados entre sí permiten al agente disponer de una descripción de la situación que demanda su acción. La información que se infiere de los datos son razones para la acción. Las actividades de recopilación, organización, sistematización y análisis de información,

entonces, son el medio por el cual un órgano público establece las razones justificadoras de su actividad.

Para ello es determinante disponer de la estructura de la decisión en un sector de lo público porque es ella la que le da contenido al contenido del deber de motivación y orienta las actividades de recopilación, organización, sistematización y análisis de datos en que consiste el procedimiento administrativo.

Interdisciplinarietà e intradisciplinarietà. Al incorporar a la dogmática administrativa la noción de estructura de la decisión en un sector de lo público ésta se abre de un modo sistemático hacia el trabajo interdisciplinar. Con ello es posible comprender cómo se encuentra caracterizado aquel sector de lo público que se le encomienda a un órgano administrativo, el cual se encuentra configurado fundamentalmente por medio del conocimiento que proviene de otras disciplinas ajenas a la ciencia jurídica.

Pero no solo interesa la interdisciplinarietà. Al presentar el mapa de la institucionalización del riesgo se hizo reconocible la importancia de disponer una visión panorámica del modo en que se traducen los problemas sociales en términos jurídicos. No basta solamente estar familiarizados con los conocimientos de otras disciplinas, sino que, más importante aún, conocer la sistematización que ofrece la dogmática en otras áreas del derecho.

6 Bibliografía

Abbey, Ruth, y Jeff Spinner-Halev. 2013. «Rawls, Mill, and the Puzzle of Political Liberalism». *The Journal of Politics* 75 (1): 124-36. <https://doi.org/10.1017/s0022381612000916>.

Abbot, Carolyn. 2006. «Environmental command regulation». En *Environmental law for sustainability*, editado por Benjamin Richardson y Stepan Wood. Oxford, Portland (Oregon): Hart Publishing.

———. 2009. *Enforcing Pollution Control Regulation: Strengthening Sanctions and Improving Deterrence*. Oxford, Portland: Hart Publishing.

Adams, N. P. 2021. «In defense of exclusionary reasons». *Philosophical Studies* 178 (1): 235-53. <https://doi.org/10.1007/s11098-020-01429-8>.

Adler, Jonathan E. 2002. *Belief's own ethics*. Cambridge (Mass.): MIT Press.

Adler, Matthew D. 2015. «Value and cost-benefit analysis». En *The Oxford handbook of value theory*. Oxford: Oxford University Press.

Aguayo Westwood, Pablo. 2018. *Reconocimiento, justicia y democracia: ensayos sobre John Rawls*. Viña del Mar: Cenaltes Ediciones.

Aldunate, Eduardo. 2008. *Derechos fundamentales*. Santiago de Chile: LegalPublishing.

Allison, Henry E. 1990. *Kant's theory of freedom*. Cambridge: Cambridge University Press.

Alvarez, Maria. 2016. «Reasons for action, acting for reasons, and rationality». *Synthese* 195 (8): 3293-3310.

Alvarez, María. 2010. *Kinds of reasons. An essay in the philosophy of action*. Oxford: Oxford University Press.

Amaya, Amalia. 2013. «The role of virtue in legal justification». En *Law, virtue and justice*, editado por Amalia Amaya y Ho Hock Lai, 51-66. Oxford, Portland (Oregon): Hart Publishing.

———. 2016. «Jueces ejemplares». En *A medio camino. Intertextos entre la literatura y el derecho*, editado por Diego Falconí Trávez. Valencia: Tirant Lo Blanch.

———. 2020. «Admiration, exemplarity and judicial virtue». En *Virtue, emotion and imagination in law and legal reasoning*, editado por Amalia Amaya y Maksymilian del Mar. Oxford: Hart Publishing.

Ankeny, Rachel A, y Sabina Leonelli. 2020. *Model organisms*. Cambridge: Cambridge University Press.

Arai-Takahashi, Yutaka. 2000. «Discretion in German Administrative Law». *European Public Law* 6 (1): 69-80.

- Arendt, Hannah. 1979. *The origins of totalitarianism*. San Diego, New York, London: Harcourt Brace.
- . 2015. *La promesa de la política*. Traducido por Fina Birulés y Eduardo Cañas. Barcelona: Austral.
- . 2017. *Verdad y mentira en la política*. Traducido por Roberto Ramos Fontecoba. Barcelona: Página Indómita.
- Aristóteles. 1985. *Ética Nicomáquea*. Traducido por Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos.
- . 2003. *Retórica*. Traducido por Antonio Tovar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arnstein, Sherry R. 1969. «A ladder of citizen participation». *Journal of the American Institute of Planners* 35 (4): 216-24.
- Arriagada Cáceres, María Beatriz. 2018. «Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad: Tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión». *Revus* 35.
- Arrow, Kenneth J., Maureen L. Cropper, Georg C. Eads, Robert W. Hahn, Lester B. Lave, Roger G. Noll, Paul R. Portney, et al. 1996. *Benefit-cost analysis in environmental, health, and safety regulation: a statement of principles*. Washington, D.C: AEI.
- Arroyo Jiménez, Luis. 2021. «Las bases constitucionales del derecho administrativo». En *Tratado de derecho administrativo*, editado por José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual, y Luis Arroyo Jiménez. Vol. I. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- Artiola, Janick F, Mark L Brusseau, y Ian L Pepper. 2004. *Environmental monitoring and characterization*. Amsterdam: Elsevier.
- Asgeirsson, Hrafn. 2020. *The nature and value of vagueness in the law*. Oxford: Hart Publishing.
- Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero. 2007. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Fourth. Barcelona: Ariel.
- Atria, Fernando. 2002. «The Powers of Application». *Ratio Juris* 15 (4): 347-76.
- . 2014. *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago de Chile: LOM.
- . 2016. *La forma del derecho*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- . 2020. «Una réplica para seguir conversando». En *El derecho y sus construcciones. Diálogos con La forma del derecho de Fernando Atria*, editado por Javier Gallego, epub. Lima: Palestra.

- Atria, Fernando, y Constanza Salgado. 2018. «El tribunal constitucional desatado». En *Jurisprudencia crítica. Comentarios fallos 2015-2017*, editado por Hugo Cárdenas. Santiago de Chile: Rubicon.
- Bächtiger, André, John S Dryzek, Jane Mansbridge, y Mark E Warren, eds. 2018. *The Oxford handbook of deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press.
- Bacigalupo, Mariano. 1997. *La Discrecionalidad administrativa: (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons.
- Backes, Chris, y Mariolina Eliantonio. 2019. *Cases, materials and text on judicial review of administrative action*. Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney: Hart Publishing.
- Bagnoli, Carla. 2017. «Kant in metaethics: the paradox of autonomy, solved by publicity». En *The Palgrave Kant handbook*, editado por Matthew C. Altman. London: Palgrave Macmillan.
- Baier, Annette. 1986. «Trust and distrust». *Ethics* 96 (2): 231-60.
- Baier, Kurt. 1970. «Responsibility and action». En *The nature of human action*, editado por Myles Brand. Glenview (Ill): Scott, Foresman and Company.
- Baldwin, Robert, Martin Cave, y Martin Lodge. 2012. *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Barnes, Javier. 2011. «Tres generaciones del procedimiento administrativo». *Derecho PUCP* 67: 77-108.
- . 2019. «Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 21: 77-123. <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.06>.
- . 2020. «Administrative procedure». En *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, editado por Peter Cane, Herwig C. H. Hofmann, Eric C. Ip, y Peter L. Lindseth, 829-55. Oxford: Oxford University Press.
- Barragüé Calvo, Borja, y Gabriel Doménech Pascual. 2021. «El análisis interdisciplinar del derecho público». En *Tratado de derecho administrativo*, editado por José María Rodríguez de Santiago, Gabriel Doménech Pascual, y Luis Arroyo Jiménez. Vol. 1. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- Bayón, Juan Carlos. 2000. «Derechos, democracia y constitución». *Discusiones* 1: 65-94. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2000.2378>.
- . 2010. «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo». En *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bayón Mohino, Juan Carlos. 1991. *La Normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Beck, Ulrich. 2009. *La sociedad del riesgo global*. Traducido por Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo Veintiuno.

Beladiez Rojo, Margarita. 2000. «La vinculación de la administración al derecho». *Revista de Administración Pública* 153: 315-49.

Bell, Stuart, Donald McGillivray, Ole W Pedersen, Emma Lees, y Elen Stokes. 2017. *Environmental Law*. Ninth. Oxford: Oxford University Press.

Berlin, Isaiah. 2002. *Liberty*. Editado por Henry Hardy. Oxford: Oxford University Press.

———. 2013. *Against the current: essays in the history of ideas*. Editado por Henry Hardy. Princeton, Oxford: Princeton University Press.

Bermúdez Soto, Jorge. 2014. *Fundamentos de derecho ambiental*. Segunda edición. Valparaíso: Ediciones Universitarias Valparaíso.

Betancor Rodríguez, Andrés 2001. *Instituciones de derecho ambiental*. Madrid: La Ley.

Black, Julia. 1997. *Rules and regulators*. Oxford: Oxford University Press.

———. 2001. «Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a «post-regulatory» world». *Current Legal Problems* 54 (1): 103-46. <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>.

Bocanegra Sierra, Raúl. 2006. *Lecciones sobre el acto administrativo*. Third. Navarra: Civitas.

Bonazzi, Giuseppe. 2014. *Geschichte des organisatorischen Denkens*. Second. Wiesbaden: Springer.

Bousta, Rhita. 2013. «Who said there is a right to good administration? A critical analysis of article 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union». *European Public Law* 19 (3): 481-88.

Brandt, Robert. 2019. *A spirit of trust. A reading of Hegel's Phenomenology*. Cambridge (Mass.), London: Harvard University Press.

Bratman, Michael E. 2014. *Shared agency: a planning theory of acting together*. Oxford: Oxford University Press.

Breuer, Stefan. 1996. *Burocracia y carisma la sociología política de Max Weber*. Traducido por Jorge Navarro Pérez. Valencia: Alfons el Magnànim.

Brown, Lionel N, y John S Bell. 1993. *French administrative law*. Oxford: Clarendon Press.

Brunschwig, Jacques. 1996. «Rule and exception: on the aristotelean theory of equity». En *Rationality in greek thought*, editado por Michael Frede y Gisela Striker. Oxford: Oxford University Press.

Budnik, Christian. 2018. «Trust, reliance, and democracy». *International Journal of Philosophical Studies* 26 (2): 221-39.

Bulygin, Eugenio. 2015. «On norms of competence». En *Essays in legal philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

- Bulygin, Eugenio, y Daniel Mendonca. 2005. *Normas y sistemas normativos*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- Bunge, Mario. 2011. *Ontología I: el moblaje del mundo*. Traducido por Rafael González del Solar. Barcelona: Gedisa.
- Button, Mark. 2005. «Arendt, Rawls, and public reason». *Social Theory and Practice* 31 (2): 257-80.
- Byrd, B. Sharon, y Joachim Hruschka. 2010. *Kant's doctrine of right: a commentary*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Calabrese, Edward. 2019. «History of the dose response». En *Encyclopedia of environmental health*, editado por Jerome Nriagu, Second, 3:491-93. Oxford: Elsevier.
- Calsamiglia, Albert. 1988. «Justicia, eficiencia y derecho». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1: 305-35.
- Canale, Damiano. 2019a. «En busca de la naturaleza del derecho: acerca del desafío de Shapiro». En *En busca de lo implícito. Ensayos sobre razonamiento e interpretación en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- . 2019b. «Teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado». En *En busca de lo implícito. Ensayos sobre razonamiento e interpretación en el derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell Bellolio, Flavia. 2015. «Sobre la idea de decisión judicial correcta». *Analisi e Diritto*, 11-46.
- . 2016. «Análisis argumentativo del fallo Leopoldo López». *Anuario Derecho Público UDP*, 591-616.
- . 2017. «Elementos para un modelo de decisión judicial correcta». *Revista de Estudios de la Justicia* 27: 1-35. <https://doi.org/10.5354/0718-4735.2017.47956>.
- Carbonell Bellolio, Flavia, y Raúl Letelier Wartenberg. 2020. «Debido proceso y garantías jurisdiccionales». En *Curso de derechos fundamentales*, editado por Pablo Contreras y Constanza Salgado. Santiago de Chile: Tirant Lo Blanch.
- Carbonell Porras, Eloísa. 2015. «La organización administrativa. Conceptos, principios y reglas generales». En *Derecho administrativo*, editado por Manuel Rebollo Puig, Fourth. Vol. 1. Madrid: Tecnos.
- Cassini, Alejandro, y Juan Redmond. 2021. «Introduction: Theories, Models, and Scientific Representations». En *Models and Idealizations in Science*, editado por Alejandro Cassini y Juan Redmond, 50:1-50. Cham: Springer International Publishing.
- Celano, Bruno. 2015. «Rule of law y particularismo ético». En *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, editado por Pau Luque. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.

Chang, Ruth. 2015. «Value incomparability and incommensurability». En *The Oxford handbook of value theory*, editado por Iwao Hirose y Jonas Olson. Oxford: Oxford University Press.

Chiassoni, Pierluigi. 2011. *Técnicas de interpretación jurídica: breviario para juristas*. Madrid: Marcial Pons.

Colomer, Josep Maria. 2015. *El gobierno mundial de los expertos*. Barcelona: Anagrama.

Contessa, Gabriele. 2007. «Scientific Representation, Interpretation, and Surrogate Reasoning». *Philosophy of Science* 74 (1): 48-68. <https://doi.org/10.1086/519478>.

Corbí, Josep E. 2015. «Principios, atención y carácter: una defensa del particularismo moral». En *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, editado por Pau Luque. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.

Corbin, Arthur L. 1919. «Legal analysis and terminology». *The Yale Law Journal* 29 (2): 163-73. <https://doi.org/10.2307/786105>.

Cordero Vega, Luis. 2015. *Lecciones de derecho administrativo*. 2a. ed. corregida. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Cordua, Carla. 2015. «Nota sobre lo público». *Anales de la Universidad de Chile* 7 (9): 103-8. <https://doi.org/10.5354/anuc.v0i9.38705>.

Craig, Paul. 2013. «The nature of reasonableness review». *Current Legal Problems* 66 (1): 131-67. <https://doi.org/10.1093/clp/cut010>.

———. 2018. *EU administrative law*. Third. Oxford: Oxford University Press.

Cranor, Carl F. 1993. *Regulating toxic substances: a philosophy of science and the law*. New York, Oxford: Oxford University Press.

Cullity, Garrett. 2018. «Weighing reasons». En *The Oxford handbook of reasons and normativity*, editado por Daniel Star. Oxford: Oxford University Press.

Curry, Oliver Scott, Daniel Austin Mullins y Harvey Whitehouse. 2019. «Is it good to cooperate? Testing the theory of morality-as-cooperation in 60 societies». *Current Anthropology* 60 (1): 47-69

Dancy, Jonathan. 2004. *Ethics without principles*. Oxford: Oxford University Press.

———. 2015. «¿Qué es el particularismo en ética?». En *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, editado por Pau Luque. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.

———. 2017. «Moral particularism». En *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, editado por Edward N. Zalta, Winter 2017 Edition.

Davidson, Donald. 1984a. «On the very idea of a conceptual scheme». En *Inquiries into truth and interpretation*. New York: Clarendon Press.

———. 1984b. «Radical interpretation». En *Inquiries into truth and interpretation*. New York: Oxford University Press.

———. 1984c. «Thought and talk». En *Inquiries into truth and interpretation*. New York: Oxford University Press.

———. 2001. *Essays on actions and events*. Oxford: Oxford University Press.

———. 2004. *Problems of rationality*. Oxford; New York: Clarendon Press; Oxford University Press.

de la Cuétara, Juan Miguel. 1986. *Las potestades administrativas*. Madrid: Tecnos.

de la Fuente Castro, Osvaldo. 2012. *Control judicial de la resolución de calificación ambiental*. Santiago de Chile: LegalPublishing.

———. 2016. «El control judicial de las normas de calidad ambiental (comentario a la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental de 16 de diciembre de 2014, Rol 22-2014)». *Revista de Derecho Público*, 84: 71-83. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2016.43060>.

———. 2019. «La relación entre el plan de cierre de faenas mineras y la resolución de calificación ambiental». En *Actas de las VII, XIII y XV Jornadas de Derecho de Minería*, editado por Quinzio, Olivares, y Vergara. Santiago: Thomson Reuters.

de la Morena, Luis. 1992. «La potestad administrativa. Concepto, trascendencia, análisis». En *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX: Homenaje al profesor Garrido Falla*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

della Cananea, Giacinto. 2016. *Due process of law beyond the state: requirements of administrative procedure*. Oxford: Oxford University Press.

Díaz-Leon, Esa. 2015. «What is social construction? ». *European Journal of Philosophy* 23 (4): 1137-52. <https://doi.org/10.1111/ejop.12033>.

Díez Sastre, Silvia. 2008. *El precedente administrativo. Precedente y eficacia vinculante*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.

———. 2011. «Derecho administrativo, método y precedente». *Teoría & Derecho* 10: 150-69.

Doménech Pascual, Gabriel. 2014. «Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho». *Revista de Administración Pública* 195: 99-133.

———. 2017. «¿Mejor antes o después? Controles públicos previos versus controles públicos posteriores». *Papeles de Economía Española* 151: 1-16.

———. 2018. «Una teoría económica del control judicial de la discrecionalidad administrativa». *Revista Andaluza de Administración Pública* 100: 131-64.

———. 2019. «Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho». *InDret* 2: 1-39.

Doménech Pascual, Gabriel, y Juan S. Mora-Sanguinetti. 2015. «El mito de la especialización judicial». *InDret* 2015 (1).

Douglas, Mary. 1966. *Purity and danger: an analysis of concept of pollution and taboo*. London, New York: Routledge.

———. 1992. *Risk and blame: essays in cultural theory*. London, New York: Routledge.

Douglas, Mary, y Aaron B Wildavsky. 1983. *Risk and culture: an essay on the selection of technological and environmental dangers*. Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press.

Dreben, Burton. 2002. «On Rawls and Political Liberalism». En *The Cambridge Companion to Rawls*, editado por Samuel Freeman, 316-46. Cambridge: Cambridge University Press.

Duarte d'Almeida, Luís. 2016. «Fundamental legal concepts: The Hohfeldian framework». *Philosophy Compass* 11 (10): 554-69. <https://doi.org/10.1111/phc3.12342>.

Duce, Mauricio. 2018. «Reflexiones sobre el proceso sancionatorio administrativo chileno: debido proceso, estándar de convicción (prueba) y el alcance del sistema recursivo». *Diritto Penale Contemporaneo* 2: 83-101.

Dupuit, Jules. 1969. «On the measurement of the utility of public works». En *Readings in welfare economics*, editado por Kenneth J. Arrow y Tibor Scitovsky, 255-83. Homewood (IL): Richard D. Irwin.

Endicott, Timothy. 2000. *Vagueness in law*. Oxford, New York: Oxford University Press.

———. 2002. «Questions of law». En *Administrative law*, editado por Peter Cane. Oxford: Routledge.

———. 2011a. «The value of vagueness». En *Philosophical foundations of language in the law*, editado por Andrei Marmor y Scott Soames. Oxford: Oxford University Press.

———. 2011b. «Vagueness and law». En *Vagueness: a guide*, editado por Giuseppina Ronzitti. Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer.

———. 2018. *Administrative law*. 4a ed. Oxford: Oxford University Press.

Enoch, David. 2015. «Against Public Reason». En *Oxford Studies in Political Philosophy*, editado por David Sobel, Peter Vallentyne, y Steven Wall, 1:112-42. Oxford: Oxford University Press.

Esteve Pardo, José. 2021. *Principios de derecho regulatorio. Servicios económicos de interés general y regulación de riesgos*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.

Estlund, David y Hélène Landemore. 2018. «The epistemic value of democratic deliberation». En *The Oxford handbook of deliberative democracy*, editado por A. Bächtiger, J. S. Dryzek, J. Mansbridge y M. Warren. Oxford: Oxford University Press.

- Feinberg, Joel. 1988. «Responsibility for the future». *Philosophy Research Archives* 14: 93-113. <https://doi.org/10.5840/pral1988/19891427>.
- Fernández, Tomás R. 2002. *De la arbitrariedad de la administración*. Madrid: Civitas.
- . «La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece». *Revista de Administración Pública* 196: 211-227.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos. 2007. «Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno». *Revista de derecho (Valdivia)* 20 (2): 69-94.
- . 2020. «La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: una revisión panorámica después de casi 20 años de jurisprudencia de la Corte Suprema». *Revista de Administración Pública* 211: 351-92. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.211.15>.
- Ferrer Beltrán, Jordi. 2000. *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . 2007. *La valoración racional de la prueba*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- . 2013. «La prueba es libertad, pero no tanto: una teoría de la prueba cuasibenthamiana». En *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- . 2021. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- Ferreres Comella, Víctor. 2021. *Justicia constitucional y democracia*. Third. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Figuroa Rubio, Sebastián. 2019. *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- Fisher, Elizabeth. 2010. *Risk regulation and administrative constitutionalism*. Hart Publishing.
- Fisher, Elizabeth, Bettina Lange, y Eloise Scotford. 2013. *Environmental law: text, cases, & materials*. Oxford: Oxford University Press.
- Frances, Bryan. 2014. *Disagreement*. Cambridge: Polity Press.
- Frances, Bryan, y Jonathan Matheson. 2019. «Disagreement». Editado por Edward N. Zalta. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Freeman, Samuel. 2002a. «Congruence and the good of justice». En *The Cambridge Companion to Rawls*, editado por Samuel Freeman, 277-315. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CCOL0521651670.008>.
- . 2002b. «Introduction: John Rawls – An Overview». En *The Cambridge Companion to Rawls*, editado por Samuel Freeman, 1-61. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CCOL0521651670.001>.

Frigg, Roman, y James Nguyen. 2020. *Modelling nature: an opinionated introduction to scientific representation*. Cham: Springer.

———. 2021. «Seven myths about the fiction view of models». En *Models and Idealizations in Science*, editado por Alejandro Cassini y Juan Redmond, 50:133-57. Cham: Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-030-65802-1_6.

Frost, Kim. 2014. «On the very idea of direction of fit». *Philosophical Review* 123 (4): 429-84. <https://doi.org/10.1215/00318108-2749720>.

Fuller, Lon L. 1978. «The forms and limits of adjudication». *Harvard Law Review* 92 (2): 353-409.

Gallego Anabitarte, Alfredo, y Ángel Menéndez Rexach. 2001. *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.

Gamero Casado, Eduardo. 2021. «Delimitación conceptual de la potestad administrativa». En *La potestad administrativa: concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, editado por Eduardo Gamero Casado. Valencia: Tirant Lo Blanch.

García Amado, Juan Antonio. 2018. «El daño en la responsabilidad civil». En *Filosofía del derecho privado*, editado por Diego Papayannis y Esteban Pereira Fredes. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Mar.

García de Enterría, Eduardo. 1975. «El control de los poderes discrecionales de la administración». *Revista de Derecho Público* 17: 81-96.

———. 1983. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3ra ed. Madrid: Civitas.

———. 1994. *Revolución francesa y administración contemporánea*. Fourth. Madrid: Civitas.

———. 2000. *Democracia, jueces y control de la administración*. Fifth. Madrid: Civitas.

———. 2007. *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional*. Madrid: Thomson Civitas.

García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández. 2020. *Curso de derecho administrativo*. Nineteenth. Vol. I. Madrid: Civitas.

Gargarella, Roberto. 2015. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz.

———. 2021. «Constitucionalismo». En *Razones públicas. Una introducción a la filosofía política*, editado por Jahel Queralt y Íñigo González. Barcelona: Ariel.

Garzón Valdés, Ernesto. 2003. «Acerca del concepto de corrupción». En *Poder, derecho y corrupción*, editado por Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez. México D.F.: Siglo Veintiuno.

Gaus, Gerald F. 2011. *The order of public reason: a theory of freedom and morality in a diverse and bounded world*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Gauthier, David Peter. 1969. *The logic of Leviathan. The moral and political theory of Thomas Hobbes*. Oxford: Clarendon Press.
- Gilbert, Margaret. 2006. *A theory of political obligation*. Oxford: Oxford University Press.
- . 2014. *Joint commitment. How we make the social world*. New York: Oxford University Press.
- . 2015. «Joint commitment: What it is and why it matters». *Phenomenology and Mind* 9: 18-26. https://doi.org/10.13128/PHE_MI-18148.
- . 2018a. «Joint commitment». En *The Routledge handbook of collective intentionality*, editado por Marija Jankovic y Kirk Ludwig. New York, Oxford: Routledge.
- . 2018b. «Remarks on joint commitment and its relation to moral thinking». *Philosophical Psychology* 31 (5): 755-66.
- Gillies, Douglas Angus. 2000. *Philosophical theories of probability*. London; New York: Routledge.
- Glüer, Kathrin. 2011. *Donald Davidson: a short introduction*. New York: Oxford University Press.
- González Lagier, Daniel. 2014. «Presunción de inocencia, verdad y objetividad». En *Prueba y razonamiento probatorio en derecho. Debates sobre abducción*, editado por Juan Antonio García Amado y Pablo Raúl Bonorino. Granada: Comares.
- . 2020. «¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba». *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 23: 79-97.
- Graeber, David. 2015. *The utopia of rules: on technology, stupidity, and the secret joys of bureaucracy*. Brooklyn (N.Y), London: Melville House.
- Graeber, David, y David Wengrow. 2021. *The dawn of everything. A new history of humanity*. Toronto: Signal.
- Gunningham, Neil, y Darren Sinclair. 1999. «Regulatory pluralism: designing policy mixes for environmental protection». *Law & Policy* 21 (1): 49-76. <https://doi.org/10.1111/1467-9930.00065>.
- Guthrie, W. K. C. 1981. *A history of greek philosophy*. Vol. VI. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gutmann, Amy, y Dennis Frank Thompson. 2004. *Why deliberative democracy?* Princeton; Oxford: Princeton University Press.
- Guyer, Paul. 2014. *Kant*. Second. Oxford: Routledge.
- Haack, Susan. 2013. «El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica». En *Estándares de prueba y prueba científica*, editado por Carmen Vásquez. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.

- Hand, David J. 2008. *Statistics. A brief insight*. New York; London: Sterling.
- Hand, David J. 2004. *Measurement theory and practice. The world through quantification*. London: Wiley.
- Hart, H. L. A. 2008. *Punishment and responsibility*. Editado por John Gardner. Oxford: Oxford University Press.
- . 2012. *The concept of law*. Third. Oxford: Oxford University Press.
- Heath, Thomas. 1921. *A history of Greek mathematics*. Oxford: Clarendon.
- Hefendehl, Roland. 2007. «El bien jurídico como eje material de la norma penal». En *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, editado por Roland Hefendehl. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- Herranz Herrer, Adrián. 2020. «Democracia republicana y autoridad política fiduciaria». *Daimon. Revista Internacional de Filosofía* 81: 179-95. <https://doi.org/10.6018/daimon.430271>.
- Hindriks, Jean, y Gareth D. Myles. 2013. *Intermediate public economics*. Segunda edición. Cambridge (Mass.), London: MIT Press.
- Hobbes, Thomas. 1996. *Leviathan*. Editado por Richard Tuck. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hodges, Christopher. 2015. *Law and corporate behaviour: integrating theories of regulation, enforcement, compliance, and ethics*. Oxford: Hart Publishing.
- Hofmann, Herwig C. H, Gerard C Rowe, y Alexander H Türk. 2011. *Administrative law and policy of the European Union*. Oxford: Oxford University Press.
- Hohfeld, Wesley Newcomb. 1923. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays*. Editado por Walter Cook. New Haven: Yale University Press.
- Holder, Jane, y Maria Lee. 2007. *Environmental protection, law and policy: text and materials*. Second. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo: Cambridge University Press.
- Holdgate, Martin Wyatt. 1979. *A perspective of environmental pollution*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Honoré, A. M. 1977. «Real laws». En *Law, morality, and society: essays in honour of H.L.A. Hart*. Oxford: Clarendon.
- Horn, Christoph. 2017. «¿Qué es erróneo en una interpretación moral de la filosofía política de Kant?». En *Forzados a ser libres. Kant y la teoría republicana del derecho*, traducido por Juan Ormeño Karzulovic. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- Huepe Artigas, Fabián Andrés. 2018. *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

- Igartua Salaverria, Juan. 1998. *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Innerarity, Daniel. 2011. *La democracia del conocimiento: por una sociedad inteligente*. Barcelona: Paidós.
- Irarrázaval Gomién, Andrés. 2014. «Los inicios del registro civil en Chile: ¿ruptura o continuidad con las antiguas partidas eclesiásticas?». *Revista de Estudios Histórico-jurídicos* 36: 315-41.
- Ishaque, A. B., y I. T. Aighewi. 2014. «Dose–Response». En *Reference module in earth systems and environmental sciences*. Elsevier.
- Justus, James. 2021. *The Philosophy of Ecology: An Introduction*. Cambridge Introductions to Philosophy y Biology. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781139626941>.
- Kahl, Wolfgang. 2010. «What is 'new' about the 'new administrative law science' in Germany? ». *European Public Law* 16 (1): 105-22.
- Kant, Immanuel. 2005. *La metafísica de las costumbres*. Traducido por Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos.
- . 2008. *Crítica de la razón práctica*. Traducido por Dulce María Granja Castro. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- . 2009. *Crítica de la razón pura*. Traducido por Mario Caimi. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Kant, M. 1921. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducido por Manuel García Morente. Madrid: Calpe.
- Kelsen, Hans. 1982. *Teoría pura del derecho*. Traducido por Roberto José Vernengo. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- . 2011. *Teoría pura del derecho: introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Traducido por Gregorio Robles Morchón y Felix Sánchez. Madrid: Trotta.
- . 2018. *Teoría general de las normas*. Traducido por Miguel Ángel Rodilla. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- Kingston, Suzanne, Veerle Heyvaert, y Aleksandra Čavoški. 2017. *European environmental law*. Cambridge, New York, Melbourne, Delhi: Cambridge University Press.
- Kölbel, Max. 2004. «Faultless disagreement». *Proceedings of the Aristotelian Society* 104 (1): 53-73.
- Kornhauser, Lewis. 2022. «The economic analysis of law». En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, editado por Edward N. Zalta, Spring 2022. Metaphysics Research Lab, Stanford University.

Korsgaard, Christine M. 1996. *The sources of normativity*. Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town, Singapore, São Paulo, Delhi, Dubai, Tokyo: Cambridge University Press.

———. 2009. *Self-constitution: agency, identity, and integrity*. Oxford: Oxford University Press.

Kramer, Matthew H. 1998. «Rights without trimmings». En *A debate over rights. Philosophical enquiries*. Oxford: Clarendon Press.

———. 2018. *H.L.A. Hart: the nature of law*. Cambridge: Polity.

Kuhn, Thomas. 1961. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press.

Kurki, Visa. 2017. «Legal Competence and Legal Power». En *New Essays on the Nature of Rights*, editado por Mark McBride. Oxford: Hart Publishing. <https://doi.org/10.5040/9781509910175>.

Kusch, Martin. 2007. «Towards a political philosophy of risk: experts and publics in deliberative democracy». En *Risk: Philosophical perspectives*, editado por Tim Lewens. London, New York: Routledge.

Lagerspetz, Eerik. 2017. «Institutional Facts». Editado por Mortimer Sellers y Stephan Kirste. *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, 1-7. https://doi.org/10.1007/978-94-007-6730-0_103-1.

Laguna de Paz, José Carlos. 2006. *La autorización administrativa*. Navarra: Thomson Civitas.

Lance, Mark, y Margaret Little. 2006. «Moral particularism and antitheory». En *The Oxford handbook of ethical theory*, editado por David Copp. Oxford: Oxford University Press.

Lee, Maria, y Carolyn Abbot. 2003. «The usual suspects? Public participation under the Aarhus Convention». *Modern Law Review* 66 (1): 80-108. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.6601004>.

Leonelli, Sabina. 2016. «The philosophy of data». En *The Routledge handbook of philosophy of information*, editado por Luciano Floridi. Oxford: Routledge.

Lifante Vidal, Isabel. 2017. «Responsabilidad en el desempeño de funciones públicas». *Anuario de Filosofía del Derecho* 33: 99-124.

———. 2020. «¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la administración pública?». *Documentación Administrativa* 7: 33-48.

Livermore, Michael A., y Richard L. Revesz. 2011. «Retaking rationality. Two years later». *Houston Law Review* 48 (1): 1-41.

———, eds. 2013. *The globalization of cost-benefit analysis in environmental policy*. Oxford; New York: Oxford University Press.

Loughlin, Martin. 2010. *Foundations of public law*. Oxford: Oxford University Press.

- Lovett, Frank. 2016. *A republic of law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lübbe-Wolff, Gertrude. 2001. «Efficient environmental legislation - on different philosophies of pollution control in Europe». *Journal of Environmental Law* 13 (1): 79-87. <https://doi.org/10.1093/jel/13.1.79>.
- Luhmann, Niklas. 2014. *A sociological theory of law*. Traducido por Elizabeth King-Utz y Martin Albrow. Second. London: Routledge.
- Lupton, Deborah. 2013. *Risk*. Second. London: Routledge.
- Luque, Pau, ed. 2015. *Particularismo: ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*. Madrid: Marcial Pons.
- MacCormick, Neil. 1986. «Law as institutional fact». En *An institutional theory of law: New approaches to legal positivism*, editado por Ota Weinberger y Neil MacCormick. Dordrecht: Reidel.
- . 1989. «The ethics of legalism». *Ratio Juris* 2 (2): 184-93.
- . 1998. «Powers and power conferring norms». En *Normativity and norms. Critical perspectives on kelsenian themes*, editado por Stanley L Paulson y Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- . 2007. *Institutions of law. An essay in legal theory*. Oxford; New York; Auckland: Oxford University Press.
- Macrory, Richard. 2014. *Regulation, enforcement and governance in environmental law*. Second. Oxford, Portland (Oregon): Hart Publishing.
- Mannori, Luca, y Bernardo Sordi. 2009. «Science of administration and administrative law». En *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*, editado por Damiano Canale, Paolo Grossi, y Hasso Hofmann. A Treatise of Legal Philosophy y General Jurisprudence 9. Springer, Dordrecht, Heidelberg, London, New York: Springer.
- Mansbridge, Jane, James Bohman, Simone Chambers, David Estlund, Andreas Føllesdal, Archon Fung, Cristina Lafont, Bernard Manin, y José Luis Martí. 2010. «The Place of Self-Interest and the Role of Power in Deliberative Democracy». *Journal of Political Philosophy* 18 (1): 64-100. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9760.2009.00344.x>.
- Mañalich, Juan Pablo. 2019. «The grammar of imputation». *Jahrbuch für Recht und Ethik* 27: 411-28.
- . 2021a. «La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas». *Revus*, 44. <https://doi.org/10.4000/revus.7473>.
- . 2021b. «Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal». En *Los delitos contra la salud pública durante la pandemia: teoría y praxis*, editado por Fernando Londoño, Francisco Maldonado, y Juan Pablo Mañalich. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

———. 2021c. «Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal». *Revista Chilena de Derecho* 48 (2): 79-100.

Martí, José Luis. 2006. «The epistemic Conception of deliberative democracy defended. Reasons, rightness and equal political autonomy». En *Deliberative democracy and its discontents*, editado por Samantha Besson y José Luis Martí. Aldershot: Ashgate.

———. 2017. «Democratic legitimacy and the sources of international law». En *The Oxford handbook on the sources of international law*, editado por Samantha Besson y Jean d'Aspremont. Oxford: Oxford University Press.

Mayer, Otto. 1924. *Deutsches Verwaltungsrecht*. Third. Vol. 1. München: Duncker & Humblot.

McLeod, Carolyn. 2021. «Trust». En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, editado por Edward N. Zalta, Fall 2021. Metaphysics Research Lab, Stanford University.

Medel, Catalina. 2017. «¿Dónde están los límites de la revisión judicial? El caso de la norma secundaria de calidad ambiental del río Valdivia y los tribunales ambientales como entidad de control». *Anuario Derecho Público UDP*.

Medina Alcoz, Luis. 2016. «Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación». *Revista Española de Derecho Administrativo* 177: 103-58.

Merkel, Adolf. 2004. «Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento(I)». *Revista de derecho constitucional europeo* 2: 235-62.

———. 2005. «Prolegómenos a una teoría de la estructura jurídica escalonada del ordenamiento (II)». *235-262* 3: 301-26.

———. 2014. *Teoría general del derecho administrativo*. Traducido por Revista del Derecho Privado-Madrid. México D.F.: Coayacán.

Mill, John Stuart. 2015. *On Liberty, Utilitarianism and Other Essays*. Editado por Mark Philp y Frederick Rosen. Oxford: Oxford University Press.

Mir Puigpelat, Oriol. 2008. «La codificación del procedimiento administrativo en la Unión Administrativa Europea». En *La Unión Administrativa Europea*, editado por Francisco Velasco Caballero y Jens-Peter Schneider. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.

———. 2012. *La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema*. Madrid: Edisofer.

———. 2020. «La garantía constitucional de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración». *Revista de Administración Pública*, 213: 29-47. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.02>.

Moore, George Edward. 1983. *Defensa del sentido común y otros ensayo*. Traducido por Carlos Solís. Barcelona: Orbis.

Moore, Michael S. 1988. «Authority, law, and Razian reasons». *Southern California Law Review* 62 (3-4): 827-96.

———. 2000. *Educating oneself in public: critical essays in jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.

Moreso, José Juan. 2009. *La Constitución: modelo para armar*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons.

———. 2012. «Legal defeasibility and the connection between law and morality». En *The logic of legal requirements: essays on defeasibility*, 225-37. Oxford: Oxford University Press.

———. 2015. «Virtudes, particularismo y aplicación del derecho». En *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, editado por Pau Luque. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.

———. 2016. «The untouchables of law». *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 19 (4): 496-503.

———. 2017. «Sobre la generalidad de las leyes: Liborio Hierro y Francisco Laporta». *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* edición especial: 179-85. <https://doi.org/10.14198/doxa2017.esp.27>.

———. 2020. *Lo normativo: variedades y variaciones*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Moreso, José Juan, y Josep Maria Vilajosana. 2004. *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Morgan, Bronwen, y Karen Yeung. 2007. *An introduction to law and regulation: text and materials*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.

Mosterín, Jesús. 1996. *Aristóteles*. Madrid: Alianza.

———. 2000. *Conceptos y teorías en la ciencia*. Madrid: Alianza.

———. 2008. *Lo mejor posible: racionalidad y acción humana*. Madrid: Alianza.

———. 2013. *Ciencia, filosofía y racionalidad*. Barcelona: Gedisa.

Mosterín, Jesús, y Roberto Torretti. 2010. *Diccionario de lógica y filosofía de la ciencia*. Second. Madrid: Alianza.

Newman, Michael C. 2015. *Fundamentals of ecotoxicology: the science of pollution*. Fourth. Boca Raton (Florida): CRC Press.

O'Neill, Onora. 2002. «Constructivism in Rawls and Kant». En *The Cambridge Companion to Rawls*, editado por Samuel Freeman, 347-67. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CCOL0521651670.010>.

OECD. 2018. *Integridad para el buen gobierno en América Latina y el Caribe: De los compromisos a la acción*. Paris: OECD Publishing.

Ogus, Anthony. 2004. *Regulation. Legal form and economic theory*. Oxford, Portland (Oregon): Hart Publishing.

Ogus, Anthony I. 2006. *Costs and cautionary tales: economic insights for the law*. Oxford; Portland (Oregon): Hart Publishing.

Oliver-Lalana, A. Daniel, y Luc J. Wintgens. 2019. «Legisprudence». En *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, editado por Mortimer Sellers y Stephan Kirste, 1-9. Dordrecht: Springer Netherlands. https://doi.org/10.1007/978-94-007-6730-0_81-1.

Orellana Benado, Miguel. 2011. *Prójimos lejanos: ensayos de filosofía en la tradición analítica*. Santiago de Chile: UDP.

Ortega y Gasset, José. 2015. *Meditación de la técnica. Ensimismamiento y alteración*. Editado por Antonio Diéguez Lucena y Javier Zamora Bonilla. Madrid: Biblioteca Nueva.

———. 2019. «Ideas y creencias». En *Ideas y creencias y otros ensayos*. Madrid: Alianza.

Orunesu, Claudina, y Jorge L. Rodríguez. 2018. «Una revisión de la teoría de los conceptos jurídicos básicos». *Revus*, 36: 81-110. <https://doi.org/10.4000/revus.4481>.

Papineau, David. 2012. *Philosophical devices: Proofs, probabilities, possibilities, and sets*. Oxford: Oxford University Press.

Parisi, Francesco, y Vincy Fon. 2009. *The economics of lawmaking*. Oxford, New York: Oxford University Press.

Pastor Merchante, Fernando. 2021. «¿Por qué lo llaman procedimiento cuando quieren decir expediente? Sobre las funciones dogmáticas del expediente administrativo». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 4: 153-80. https://doi.org/10.37417/RPD/vol_4_2021_661.

Paulson, Stanley L. 2013. «How Merkl's Stufenbaulehre informs Kelsen's concept of law». *Revus*, 21: 29-45.

Pearce, David W., Giles Atkinson, y Susana Mourato. 2006. *Cost-benefit analysis and the environment: recent developments*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development.

Peña González, Carlos. 2018. «Kant: de la propiedad al contrato social». En *Filosofía del derecho privado*, editado por Diego Papayannis y Esteban Pereira Fredes. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.

Peña González, Carlos. 2021. «Independencia judicial e interpretación de la ley». En *Judicatura y nueva constitución*, editado por Flavia Carbonell Belloio y Francisca Zapata García. Santiago de Chile: Tirant Lo Blanch.

Peter, Fabienne. 2013. «Epistemic foundations of political liberalism». *Journal of Moral Philosophy* 10: 598-620. <https://doi.org/10.1163/17455243-4681033>.

Peters, Birgit. 2015. «Towards the europeanization of participation? Reflecting on the functions and beneficiaries of participation in EU environmental law». En *Citizen participation in multi-level democracies*, editado por Cristina Fraenkel-Haeberle, Sabine Kropp, Francesco Palermo, y Karl-Peter Sommermann, 309-33. Leiden: Brill. https://doi.org/10.1163/9789004287945_019.

Pirie, Fernanda. 2013. *The anthropology of law*. Oxford: Oxford University Press.

———. 2018. «Legalism». Editado por Hilary Callan. *The International Encyclopedia of Anthropology*.

Plunkett, David. 2019. «Robust normativity, morality, and legal positivism». En *Dimensions of normativity: new essays on metaethics and jurisprudence*, editado por David Plunkett, Scott Shapiro, y Kevin Toh. Oxford: Oxford University Press.

Ponce Solé, Julio. 2019. *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*. Alcalá de Henares: Universidad Alcalá de Henares.

Putnam, Hilary. 2002. *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*. Cambridge (Mass.), London: Harvard University Press.

Rawls, John. 1971. *A theory of justice*. Cambridge (Mass.): Belknap Press of Harvard University Press.

———. 1985. «Justice as fairness: political not metaphysical». *Philosophy and Public Affairs* 14 (3): 223-51.

———. 1987. «The idea of an overlapping consensus». *Oxford Journal of Legal Studies* 7 (1): 1-26.

———. 1993. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press.

———. 1997. «The idea of public reason revisited». *The University of Chicago Law Review* 64 (3): 765-807.

———. 2000. *Lectures on the history of moral philosophy*. Editado por Barbara Herman. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

———. 2001. *Justice as fairness: a restatement*. Editado por Erin Kelly. Cambridge (Mass.): Belknap Press of Harvard University Press.

Raz, Joseph. 1979. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford: Clarendon press.

———. 1988. *The Morality of Freedom*. New York: Oxford University Press.

———. 1999. *Practical Reason and Norms*. Second. Oxford: Oxford University Press.

———. 2022. *The roots of normativity*. Oxford: Oxford University Press.

Rebollo Puig, Manuel, y Mariano López Benítez. 2015. «El principio de legalidad administrativa». En *Derecho administrativo*, editado por Manuel Rebollo Puig, Fourth. Vol. 1. Madrid: Tecnos.

- Revesz, Richard L. 2010. «Análisis costo-beneficio en el derecho ambiental de los Estados Unidos». *Estudios Públicos* 117: 87-123.
- Revesz, Richard L, y Michael A Livermore. 2008. *Retaking rationality. How cost-benefit analysis can better protect the environment and our health*. New York: Oxford University Press.
- Richardson, Benjamin J, y Jona Razzaque. 2006. «Public participation in environmental decision-making». En *Environmental law for sustainability: A reader*, editado por Benjamin J Richardson y Stepan Wood. Oxford, Portland (Oregon): Hart Publishing.
- Riley, Patrick. 2015. «The general will before Rousseau: the contributions of Arnauld, Pascal, Malebranche, Bayle, and Bossuet». En *The general will. The evolution of a concept*, editado por James Farr y David Lay Williams. New York: Cambridge University Press.
- Rodríguez de Santiago, José María. 2015. *Metodología del derecho administrativo: reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Romano, Santi. 1964. *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Rommen, Heinrich Albert. 1998. *The natural law: a study in legal and social history and philosophy*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Rosanvallon, Pierre. 2018. *Good government: democracy beyond elections*. Traducido por Malcolm B DeBevoise. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Ross, Alf. 1961. «On the concepts "state" and "state organs" in constitutional law». *Scandinavian Studies in Law* 5: 111-29.
- . 1968. *Directives and norms*. London: Routledge.
- Rousseau, Jean-Jacques. 1997. *The social contract and other later political writings*. Traducido por Victor Gourevitch. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2012. *El contrato social*. Traducido por Mauro Armiño. Madrid: Alianza.
- . 2017. *El contrato social o principios de derecho político*. Traducido por María José Villaverde. Madrid: Tecnos.
- Rutgers, Mark R, y Hendriekje van der Meer. 2010. «The origins and restriction of efficiency in public administration». *Administration & Society* 42 (7): 755-79.
- Ryle, Gilbert. 2009. *The concept of mind*. London; New York: Routledge.
- Sánchez Morón, Miguel. 2013. *Derecho administrativo. Parte general*. Ninth. Madrid: Tecnos.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. 2002. *Principios de derecho administrativo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

- Schauer, Frederick. 1991. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon.
- Schauer, Frederick F. 2009. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge (Mass.), London: Harvard University Press.
- Schmidt-Assmann, Eberhard. 2003. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Traducido por Mariano Bacigalupo, José María Rodríguez de Santiago, Javier Barnés, Blanca Rodríguez Ruiz, Javier García Luengo, Germán Valencia, Ricardo García Macho, Francisco Velasco, y Alejandro Huergo. Madrid: Marcial Pons.
- . 2008. «Pluralidad de estructuras y funciones de los procedimientos administrativos en el derecho alemán, europeo e internacional». En *La transformación del procedimiento administrativo*, editado por Javier Barnes. Sevilla: Global Law Press.
- . 2021. *La dogmática del derecho administrativo*. Traducido por Javier Barnes, Gustavo Manuel Díaz González, Silvia Díez Sastre, Joseba Fernández Gaztea, Javier García Luengo, Alejandro Huergo Lora, Francisco López-Jurado, Antonio Marti del Moral, Oriol Mir Puigpelat, y Daniel Toda Castán. Sevilla: Global Law Press.
- Schroeder, Severin. 2004. «The demand for synoptic representations and the private language discussion - PI 243-315». En *Wittgenstein at work: method in the "Philosophical Investigations"*, editado por E. Ammereller y E. Fischer. London: Routledge.
- . 2006. *Wittgenstein: the way out of the fly-bottle*. Cambridge: Polity.
- Schulz, Frederick. 1946. *History of Roman legal science*. Oxford Clarendon Press.
- Schwitzgebel, Eric. 2019. «Belief». En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, editado por Edward N. Zalta, Fall 2019.
- Scotford, Eloise 2017. *Environmental principles and the evolution of environmental law*. London: Bloomsbury.
- Searle, John R. 2010. *Making the social world: the structure of human civilization*. Oxford: Oxford University Press.
- Shapiro, Scott. 2011. *Legality*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Shklar, Judith N. 1964. *Legalism*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- . 1966. «In defense of legalism». *Journal of Legal Education* 19 (1): 51-58.
- Smedley, Tim. 2019. *Clearing the air: the beginning and the end of air pollution*. London: Bloomsbury Sigma.
- Smith, Stephen. 2011. *Environmental Economics: A Very Short Introduction*. Kindle. Oxford: Oxford University Press.
- Sparling, Donald W. 2018. *Basics of ecotoxicology*. Boca Raton (Florida): CRC Press.

- Spiegelhalter, David. 2019. *The art of statistics: learning from data*. London: Penguin Books.
- Stahl, Titus. 2014. «The conditions of collectivity: joint commitment and the shared norms of membership». En *Institutions, Emotions, and Group Agents*, editado por Anita Konzelmann Ziv y Hans Bernhard Schmid, 229-44. Dordrecht: Springer. https://doi.org/10.1007/978-94-007-6934-2_14.
- Steele, Jenny. 2001. «Participation and deliberation in environmental law: exploring a problem-solving approach». *Oxford Journal of Legal Studies* 21 (3): 415-42.
- . 2004. *Risks and legal theory*. Oxford: Hart Publishing.
- Steiner, Eva. 2018. *French law: a comparative approach*. Oxford: Oxford University Press.
- Stender-Vorwachs, Jutta. 2015. «Participation and administrative procedure». En *Citizen participation in multi-level democracies*, editado por Cristina Fraenkel-Haeberle, Sabine Kropp, Francesco Palermo, y Karl-Peter Sommermann, 182-91. Leiden: Brill. https://doi.org/10.1163/9789004287945_011.
- Suárez, Mauricio. 2010. «Scientific Representation». *Philosophy Compass* 5 (1): 91-101. <https://doi.org/10.1111/j.1747-9991.2009.00261.x>.
- Sunstein, Cass R. 2018. *The cost-benefit revolution*. Cambridge (Massachusetts): MIT Press.
- Tamanaha, Brian Z. 2004. *On the rule of law: history, politics, theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tansey, James, y Steve Rayner. 2008. «Cultural theory and risk». En *Handbook of risk and crisis communication*, editado por Robert Heath y H Dan O'Hair. New York: Routledge.
- Tapia, Javier, y Luis Cordero. 2015. «La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional». *Estudios Públicos* 139: 7-65.
- Taylor, Charles. 1979. *Hegel and modern society*. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 1989. *Sources of the self: the making of the modern identity*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Timmons, Mark. 2013. *Moral theory: an introduction*. Second. Lanham (Md.): Rowman & Littlefield Publishers.
- Torretti, Roberto. 1992. «¿Qué significa el imperativo categórico?». En *Variedad en la Razón*, editado por Carla Cordua y Roberto Torretti. Río Piedras (Puerto Rico): Universidad de Puerto Rico.
- . 2005. *Manuel Kant: estudio sobre los fundamentos de la filosofía crítica*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

- . 2012. *Inventar para entender*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.
- . 2017. «Modelos». En *Perspectivas*, 159-82. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Uekoetter, Frank. 2005. «The strange career of the Ringelmann smoke chart». *Environmental Monitoring and Assessment* 106 (1-3): 11-26. <https://doi.org/10.1007/s10661-005-0756-z>.
- Umweltbundesamt. 2008. *Report UBA-FB 00 10 90. Air pollution Prevention. Manual on Emission Monitoring*. Second. Dessau-Roßlau.
- Valdivia Olivares, José Miguel. 2018. *Manual de derecho administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Vallero, Daniel. 2008. *Fundamentals of air pollution*. Fourth. San Diego (California): Academic Press.
- Vaquero Caballería, Marcos. 2011. «El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo». *Revista de Administración Pública* 186: 91-135.
- . 2017. «Los principios constitucionales de funcionamiento de las Administraciones públicas». En *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, editado por Eduardo Gamero Casado. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Vedung, Evert. 1998. «Policy instruments: typologies and theories». En *Carrots, sticks & sermons: policy instruments and their evaluation*, editado por Marie-Louise Bemelmans-Videc, Ray C Rist, y Evert Vedung. New Brunswick (NJ): Transaction Publishers.
- Vilajosana, Josep Maria. 2010. *El derecho en acción: la dimensión social de las normas jurídicas*. Madrid: Marcial Pons.
- Villa Rosas, Gonzalo. 2019. «Prescribir y definir». *Revus* 36: 1-31.
- von Wright, Georg Henrik. 1963. *Norm and action. A logical enquiry*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Voßkuhle, Andreas. 2012. «Sobre el método del derecho administrativo». En *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, editado por Javier Barnes. Sevilla: Global Law Press.
- Wacke, Andreas. 2002. «Protection of the environment in roman law? ». *Roman Legal Tradition* 1: 1-24.
- Waldron, Jeremy. 1999a. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- . 1999b. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weber, Max. 2004. *The vocation lectures*. Editado por David Owen y Tracy B Strong. Traducido por Rodney Livingstone. Indianapolis: Hackett.

———. 2019. *Economy and society: A new translation*. Edited and translated by Tribe Keith. Cambridge (Mass.), London: Harvard University Press.

Weigel, Wolfgang. 2006. «Why Promote the Economic Analysis of Public Law?». *Homo Oeconomicus* 23 (2): 195-216.

Weiner, Ruth F., y Robin A. Matthews, eds. 2003. *Environmental engineering*. Fourth. Burlington: Butterworth-Heinemann.

West, Robin. 2003. «Reconsidering legalism». *Minnesota Law Review* 88 (1): 119-58.

Williams, Bernard. 1973. «Deciding to believe». En *Problems of the self*. Cambridge: Cambridge University Press.

Williams, David Lay. 2015. «The substantive elements of Rousseau's general will». En *The general will. The evolution of a concept*, editado por James Farr y David Lay Williams. New York: Cambridge University Press.

Wintgens, Luc. 2012. *Legisprudence: practical reason in legislation*. Surrey: Ashgate.

Wintgens, Luc J. 2006. «Legisprudence as a new theory of legislation». *Ratio Juris* 19 (1): 1-25. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2006.00315.x>.

———. 2013. «The rational legislator revisited. Bounded rationality and legisprudence». En *The rationality and justification of legislation*, editado por Luc J. Wintgens y A. Daniel Oliver-Lalana, 1:1-31. Heidelberg: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-319-00062-6_1.

Wittgenstein, Ludwig. 2009. *Tractatus Logico-Philosophicus. Investigaciones filosóficas. Sobre la certeza*. Traducido por Alfonso García Suárez, Ulises Moulines, Jacobo Muñoz Veiga, Isidoro Reguera Pérez, Josep Lluís Prades, y Vicent Raga. Madrid: Gredos.

———. 2016. *Observaciones sobre La rama dorada de Frazer*. Traducido por Carla Cordua. Santiago de Chile: Tácitas.