



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS**

**EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD
ADMINISTRATIVA EN CHILE**

*Tesis para optar al Grado de
Magister en Derecho Público*

AUTOR : LIONEL GUZMAN SUAREZ

PROFESOR GUIA : MARIO VERDUGO MARINKOVIC

SANTIAGO, DICIEMBRE, 2001

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO I

1.- La función constitucional de la administración y su sometimiento a la constitución y la ley.

1.1.	La función constitucional de la administración	1
1.2.	El pleno sometimiento de la administración a la constitución y a la ley	20
1.3.	Legalidad y discrecionalidad	28

CAPÍTULO II

2.- La discrecionalidad administrativa

2.1.	Concepto	31
2.2.	Fundamento	35
2.3.	Límites jurídicos	36
2.4.	Función en el estado democrático de derecho	50
2.5.	Discrecionalidad técnica	51
2.6.	Los conceptos jurídicos indeterminados	54
2.7.	El llamado margen de apreciación	57
2.8.	Discrecionalidad e interdicción de la arbitrariedad	59
	2.8.1. Necesidad de motivación	60
	2.8.2. Existencia de justificación objetiva	61

CAPÍTULO III

3.- El control judicial de ejercicio de la discrecionalidad administrativa

3.1.	Concepto de control	68
	3.1.1. Control y constitución	69
	3.1.2. Control jurisdiccional de la administración	71

3.2.	Tendencias doctrinarias	79
3.3.	Tendencias jurisprudenciales	84
3.4.	Técnicas de control	87
3.5.	Organos de control	104
	3.5.1. El control que realiza el Tribunal Constitucional	105
	3.5.2. El control que realiza la contraloría general de la república	106
	3.5.3. El control de los tribunales de justicia	109
3.6.	Extensión y límites del control jurisdiccional	118
3.7.	El control judicial de la discrecionalidad técnica	126
3.8.	La sustitución de la decisión discrecional de la administración por los tribunales	134

CAPÍTULO IV

4. Jurisprudencia

4.1.	Jurisprudencia administrativa	150
4.2.	Jurisprudencia judicial	156
	4.2.1. En relación con la arbitrariedad	157
	4.2.2. Respecto a la injerencia del poder judicial en asuntos de competencia de otros poderes del estado	159
	4.2.3. En cuanto a la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad	160
	4.2.4. En relación con el control de la discrecionalidad administrativa	161
	4.2.5. Respecto a los elementos de control de la discrecionalidad administrativa	162
	4.2.6. Respecto a los límites	169
	4.2.7. Respecto a la proporcionalidad y razonabilidad	170
	4.2.8. En relación con el margen de libre apreciación	172
	4.2.9. Respecto del principio de juridicidad	173
	4.2.10. Improcedencia de discrecionalidad administrativa	174

CONCLUSIONES	176
---------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	181
---------------------	-----

RESUMEN

Elegido y aprobado el tema a que se refiere el trabajo de investigación que constituye esta tesis, y luego de seleccionada y estudiada la bibliografía en que se apoya el mismo, surgió la necesidad de darle una estructura armónica, para su mejor desarrollo y comprensión. Lo anterior determinó configurarla con una Introducción, cuatro Capítulos y su correspondiente Conclusión.

En el primer capítulo, denominado: *La función constitucional de la administración y su sometimiento a la constitución y la ley*, se analiza la función constitucional de la Administración; se expone el sentido y alcance del principio de juridicidad en el Estado de Derecho, para terminar con un análisis de la relación existente entre legalidad y discrecionalidad.

En el segundo capítulo, denominado: *La discrecionalidad administrativa*, se precisa su concepto y sus fundamentos; analizando los límites jurídicos que la afectan, y la función que aquella cumple en el Estado democrático de derecho. Enseguida se expone la llamada discrecionalidad técnica; los conceptos jurídicos indeterminados y el llamado margen de apreciación, para finalizar con un análisis de la vinculación existente entre discrecionalidad e interdicción de la arbitrariedad.

En cuanto al tercer capítulo, en que se contiene el tema central de la investigación, intitulado: *El control judicial de ejercicio de la discrecionalidad administrativa*, se examinan el concepto de control y sus vinculaciones; las tendencias doctrinales y jurisprudenciales sobre el particular, las técnicas de control, y los órganos a cargo de este último; la extensión y límites del control de

la discrecionalidad técnica, para poner término al mismo con la sustitución de la decisión discrecional de la Administración, por los Tribunales.

Respecto al cuarto y último capítulo, denominado *Jurisprudencia*, se exponen, brevemente, los principales dictámenes y fallos que constituyen la jurisprudencia administrativa y judicial que en las últimas dos décadas se han referido a la discrecionalidad administrativa, y principalmente a su control. Por último, se expresan las conclusiones de esta Tesis, y se hace una relación de la bibliografía consultada.

En cuanto a los objetivos generales del trabajo de investigación, ellos no fueron otros que determinar las dos corrientes doctrinarias más importantes existente en materia de control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa; una, liderada por Tomás Ramón Fernández; y otra, sustentada por Luciano Parejo y Miguel Sánchez Morón; asimismo, identificar la forma, instrumentos y fundamentos empleados para llevar a cabo ese control; y, finalmente, establecer la posible aplicación de alguna de aquéllas y éstos en nuestro país.

Esta investigación es de carácter descriptivo, para lo cual se examinó el contenido de la bibliografía seleccionada, empleándose al efecto los métodos analítico y deductivo-inductivo, a través de la técnica de análisis de contenido.

Se concluyó, en síntesis, que la discrecionalidad administrativa puede – en nuestro país - ser plenamente controlable en sede jurisdiccional, aún con mayor extensión que lo que hoy ocurre, a cuyo efecto puede recurrirse a técnicas de

control establecidas por la doctrina, que aún no se emplean, advirtiéndose sí una lenta tendencia en ese sentido por parte de los Tribunales, pero no así de la Contraloría General de la República. Asimismo, pudo concluirse también que no resulta procedente que los Tribunales sustituyan - en esta materia - las decisiones de la Administración.

EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN CHILE

Las discrepancias y las correlativas polémicas constituyen necesario caldo de cultivo de todas las ciencias y el instrumento imprescindible de su desarrollo y progreso. No otra cosa ocurre en la ciencia jurídica. El sucesivo ajuste, la reconfiguración de los conceptos, la adaptación a las cambiantes circunstancias de la sociedad a que el Derecho sirve, los descubrimientos inesperados de la casuística, la depuración de soluciones, es la vida misma del Derecho. Sería inimaginable la sacralización absoluta de cualquier doctrina que exigiese sumisión incondicional a sus cultivadores; sería la muerte segura de la ciencia jurídica en un plazo no muy largo.¹

INTRODUCCIÓN

Se fundamenta esta Tesis en la importancia que tiene la teoría de la discrecionalidad administrativa, que está firmemente asentada en el Derecho Administrativo desde hace muchas décadas, y estrechamente vinculada con ella se encuentra el tema de su control jurisdiccional, y en el hecho que, no obstante esta importante vinculación, poco se ha escrito en nuestro país sobre los límites jurídicos del ejercicio de estas potestades discrecionales y de los criterios y técnicas que permiten su control. Contribuye, además, a considerarla importante, también la no muy abundante jurisprudencia judicial, y la aún más escasa jurisprudencia administrativa existente al respecto, que confirma que nos encontramos frente a un tema muy dista mucho de estar agotado entre nosotros.

Hay acuerdo hoy que en un Estado de Derecho como el nuestro, la discrecionalidad administrativa no puede encontrarse al margen del control

jurisdiccional - aun cuando se reconoce que este control debe darse en un contexto distinto a aquel que se realiza respecto de las actuaciones administrativas regladas - pues la existencia de mayores niveles de discrecionalidad plantea la necesidad de técnicas de control más depuradas e incisivas porque, en definitiva, las materias en que la Administración dispone de un grado de discrecionalidad quedan a su libre configuración. Es necesario entonces determinar quién, cómo y a través de qué instrumentos y con qué grado de extensión debería efectuarse este control sin afectar los derechos de la Administración ni los de los administrados, y sin que ello represente tampoco una sustitución por el juez de las decisiones que corresponden a la Administración, que es la encargada de la definición de los intereses públicos por perseguir y de la determinación de las medidas por adoptar para tales efectos, todo ello en el marco del Derecho. En suma, control de la actuación pero sin inmiscuirse en las respectivas esferas de su competencia.

Para dar respuesta a las anteriores interrogantes, se han desarrollado algunas teorías y técnicas, en actual vigencia, acerca de cómo debería llevarse a cabo el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa en términos de mantener el debido equilibrio entre el rol constitucional que al Ejecutivo reserva el sistema político y el que se asigna al Poder Judicial, sin que la acción de este último implique invadir atribuciones del primero.

La doctrina existente sobre la materia, ha asumido fundamentalmente dos posiciones: de un lado, está aquella que sostiene que la discrecionalidad administrativa se encuentra al margen del control judicial y, del otro, tenemos la

¹ García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración, 4ª. Edición ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 1998.p.31.

que sostiene el pleno control de esta potestad, pero sin que ello implique una sustitución del órgano jurisdiccional a la Administración.

Consideramos importante esta Tesis por cuanto pretende dar respuesta a la pregunta de si es posible hablar en Chile de un control pleno de la discrecionalidad administrativa, y, en caso de una respuesta afirmativa, ¿cómo debería llevarse a cabo éste, y con qué límites?; y, en cuanto o a su utilidad práctica, al tratarse en forma sistemática e integral esta materia, los operadores jurídicos podrán disponer de un documento de fácil consulta y aplicación en el ámbito profesional y académico.

El objetivo de este trabajo es examinar algunas de las principales doctrinas y técnicas sobre la forma como debe llevarse a cabo el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que determinar los órganos jurisdiccionales competentes para realizar eficazmente ese control y los instrumentos a través de los cuales éste podría materializarse.

En este sentido anticipamos que se sostendrá la tesis del pleno control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, sin que éste implique sustitución por el juez de las Administración. Lo anterior, sin perjuicio de tratar de identificar la existencia de algunos casos puntuales en que no sería posible este control jurisdiccional.

CAPÍTULO I

“ El constitucionalismo es probablemente el mayor resultado conseguido por la civilización moderna y poco o nada del resto de esa civilización es concebible sin aquél. Bajo él, por primera vez en la historia humana, se ha conseguido para el hombre corriente un cierto grado de libertad y bienestar ”.

1

1.-LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU SOMETIMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY.

1.1 La Función constitucional de la Administración.

Nuestra Constitución Política ha establecido como fundamentales principios el del servicio a la persona humana y la promoción del bien común. Así se constata en el contenido de su artículo 1º, incisos 4 y 5º que consagra la servicialidad del Estado, disposición ésta fundada en la filosofía que inspira la Carta Fundamental: estar al servicio de la persona humana, y cuya finalidad es promover el bien común. “ Promover ”, es tomar la iniciativa, y tomar la iniciativa exige asumir una conducta activa y dinámica orientada al logro de su objeto, denominado bien común, bien general, o los “ intereses generales de la nación ”. Acción y Dirección, de suyo fundamentales para el logro de estos fines. ²

¹ Friedrich, en el prefacio a la segunda edición de su *Constitutional Government and Democracy*, citado por Aragón, Manuel, *Control y Concepto de Constitución*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 19, enero-abril, 1987, p. 34.

² Para determinar cómo la Constitución posibilita la materialización del principio que consagra en su artículo 1º, incisos 4º y 5º, referidos a los deberes que el Estado tiene para con la sociedad, es necesario tener presente la Ley N° 19.097, de 1991, que modificó la Carta Fundamental en materia regional y comunal, y sentó las bases de una administración para el desarrollo social, cultural y económico del país, según criterios armónicos y equitativos. Esa ley modificó el Capítulo XIII de la Constitución: “Gobierno y Administración Interior del Estado”, y creó una nueva persona jurídica de base territorial, que denominó: “ gobierno regional ”, disponiendo que esta

La importancia que la Carta Fundamental atribuye a la persona humana , se advierte en el contenido del artículo 5º, inciso segundo, que reconoce como limitación al ejercicio de la soberanía " el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana." De esta forma, nuestra actual Constitución antepuso la persona humana y a los derechos inherentes a ella, al concepto de soberanía que había prevalecido hasta entonces. Pero este reconocimiento solemne de la persona humana no excluye de especial consideración a la familia ni a los cuerpos intermedios que conforman la sociedad. Se trata de un reconocimiento solemne del individuo.

A su vez, los artículos 1º, incisos cuarto y quinto; y 5º, inciso segundo de la Constitución introdujeron un cambio respecto de la visión jurídica contenida en la Carta Política de 1925 al límite clásico-formal que se imponía a las autoridades públicas de actuar conforme a la Constitución y a las leyes; esto es, de observar el principio de legalidad en sentido amplio, por cuanto esas disposiciones agregaron nuevas limitaciones: la observancia del principio de servicio a la persona humana, el bien común y el respeto de los derechos de cada cual. Estableció asimismo la sanción de nulidad y/o reparación de perjuicios, para el caso de contravención.³

corporación tendría a su cargo la administración superior de la región". Como consecuencia de lo anterior, al órgano unipersonal de los gobiernos regionales: el intendente, se le atribuyó: el de intendente regional, representante inmediato del Presidente de la República y encargado del gobierno en la región; y el de intendente representante de la persona jurídica gobierno regional, presidente de su consejo y jefe superior de esa organización. Se estructura así una Administración del Estado en tres niveles: nacional, regional-provincial y local, capaz de elaborar y aplicar políticas, planes y programas, globales sectoriales, ajustadas a las características geográficas, sociales y económicas del país, con el objeto de prevenir, enfrentar y solucionar los conflictos de aquella naturaleza que pudieren tener lugar en el país, y para estimular y regular las condiciones ambientales en que se desenvuelve la vida de la población nacional. Pantoja Bauzá, Rolando, La organización administrativa del Estado, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 222 - 231.

³ Pantoja Bauzá, Rolando, Ob. cit. p.. 210 - 213.

Pero no siempre la actividad desarrollada por nuestra Administración del Estado para atender las finalidades de éste ha sido asumida de una misma forma, por cuanto en distintas épocas ha sido influenciada de manera diferente, atendidos los diversos sucesos históricos en que se ha visto envuelta. Esta influencia puede particularmente constatarse en los textos constitucionales de 1833 y de 1925, y sus respectivas modificaciones.

En efecto, en 1833 producto de los disturbios y levantamientos ocurridos en esa época, se procuró instaurar un régimen orientado a la mantención del orden público, con miras a la obtención de una mayor tranquilidad nacional, removiendo las causas que habían provocado aquellos negativos acontecimientos que alteraron el sistema político. El examen del texto de la Constitución de 1833 revela que ella procuró implantar una vigorosa organización republicana, y en ese empeño no disfracó su propósito de instituir un Estado unitario, sólido, fuertemente centralizado en lo administrativo. Eso pareció indispensable en aquella época a quienes pretendieron estructurar una nación recientemente independizada y sumida en profunda anarquía, y dar una unidad y eficacia a la atención de los intereses generales, por largo tiempo descuidados y en manifiesta desorganización después del todavía reciente ensayo de un federalismo imitativo del norteamericano, que contribuyó tan sólo a ahondar el desconcierto general. Para el logro de esa finalidad, aquella Carta Fundamental instituyó una Administración Pública, central y dependiente, fuerte y estructurada en cargos públicos, cuya creación, supresión y atribuciones entregó a la ley, y cuyos titulares dependían del

presidente de la República.⁴ Así se desprende fundamentalmente de sus artículos 36 y 37.⁵

Pero una Administración estructurada en esa forma - que permitió a algunos Presidentes gobernar por cuatro decenios - condujo a la resistencia y rechazo de una parte de la dirigencia política, hecho que unido al desarrollo de una mayor conciencia cívica y jurídica de la población, terminó por conformar una corriente de opinión que impulsaba el cambio, porque se percibió empíricamente que un centralismo administrativo exagerado genera graves causas de debilitamiento de la vida nacional; produce retardo en la resolución de los problemas; constante riesgo de que las medidas que se adopten no resulten las más adecuadas a las circunstancias y características del ambiente y de los hechos; inevitable formación de una burocracia ajena al conocimiento práctico de los problemas, servida por funcionarios abúlicos y sin iniciativa, atentos sólo al avance en sus escalafones; desinterés y desaliento, en fin, en el seno de los grupos sociales y de las colectividades territoriales, por la impotencia en que se ven colocados dirigentes y corporaciones para buscar otras soluciones más convenientes y eficaces. Por otra parte, un Estado de corte centralista, directamente dependiente del Ejecutivo y de sus inmediatos colaboradores, con funciones más complejas, se veía impedido - con tales características - de dar cumplimiento a todas las tareas que le eran propias.

⁴ Pantoja Bauzá, Rolando, Ob. cit. p. 105.

⁵ El artículo 36 determinaba las atribuciones del Congreso, entre las que se encontraba la de aprobar o reprobado anualmente la cuenta de los fondos, que debía presentarle el Gobierno, para financiar los gastos de la administración pública. Por su parte, el artículo 37 establecía como materias de reserva de ley - entre otras - la fijación anual de gastos de la administración (N° 2°) y la creación o supresión de empleos públicos; la determinación o modificación de sus atribuciones; el aumento o disminución de sus dotaciones: el otorgamiento de pensiones y honores por grandes servicios (N° 10°).

Más tarde, la Carta Fundamental de 1925 no introdujo cambios en esta materia, quedando claro así que los cambios de orden político no eran percibidos en el ámbito administrativo.⁶ Debieron transcurrir algunos años para que, como consecuencia de las reformas introducidas a esa Constitución (por la Ley N° 7.727, de 1943), se produjera un cambio en la percepción tradicional de la Administración del Estado. Se incorporaron nuevas formas de organización creadas por el legislador: se referirá ahora a la Administración Pública, a las empresas fiscales y a las instituciones semifiscales, reconociendo en sus disposiciones la nueva orgánica administrativa existente en esa época.⁷ Años más tarde, la Carta Fundamental fue objeto de una nueva modificación (por la Ley 17.284, de 1970) incorporándose a ella los conceptos de “servicios de la Administración Central del Estado, tanto central como descentralizada”, pero absteniéndose de hacer referencia a determinadas estructuras organizacionales.⁸

En el proceso de discusión previo a la aprobación de la Constitución de 1925 se constata una doble intención: por una parte, el deseo de mantener un centralismo fuerte, y, por la otra, el de otorgar mayor autonomía a los servicios de la Administración del Estado. Unidad política y descentralización administrativa fueron aspiraciones reiteradamente formuladas a lo largo de la discusión.

Para conseguir tales objetivos la Constitución de 1925:

⁶ Así, el artículo 43 de esta Constitución es reproducción textual del artículo 36 de la Constitución de 1833, y el artículo 44 de aquella tiene un similar contenido al artículo 37 de esta última.

⁷ En el artículo 45, inciso 3°, de esa Constitución, se contienen las atribuciones entregadas al Presidente de la República para dar vida a esta nueva organización de la Administración.

⁸ En el ya citado artículo 45, inciso 2° se constata este aserto.

a) Estableció una distinción entre órganos políticos y administrativos, consagrando, al efecto, capítulos diversos a su respectiva reglamentación (Capítulos. VIII y IX);

b) Dispuso el establecimiento de Tribunales Administrativos, para reclamar contra las decisiones arbitrarias de las autoridades públicas (art. 87°);

c) Creó las Asambleas Provinciales (art. 94°);

d) Extendió y consolidó el régimen municipal (arts. 101° a 106°);

e) Introdujo una expresa disposición programática en que se contiene su aspiración de procurar, por todos los medios, la descentralización administrativa (art. 107).

Si bien cuando el país era pequeño tuvimos una Administración de homologa magnitud, bajo la acción directa e inmediata del Presidente, de sus Ministros y de sus agentes locales, con problemas de fácil solución, y de escasa actividad gubernamental, a medida que aumentaron las demandas colectivas, se incrementaron también las reparticiones públicas especializadas. Al principio fueron suficientes algunos órganos directamente dependientes de la estructura central, que participaban de la personalidad jurídica del Estado y del patrimonio fiscal, pero más adelante – obligado por las circunstancias - el legislador fue creando nuevos servicios públicos, con personalidad jurídica propia y dotados de mayor autonomía respecto del Ejecutivo, con patrimonio separado, y manejo más o menos independiente de las finanzas fiscales. Como consecuencia de lo anterior, se crearon diversas categorías de instituciones, junto a las reparticiones públicas tradicionales.

Pero ya entonces se tenía conciencia de que una efectiva descentralización administrativa sólo se obtiene si la prestación de los servicios regionales o locales se lleva cabo con una mayor autonomía de los órganos centrales. Es por ello que el art. 107° de la Constitución de 1925 hizo referencia a esta descentralización administrativa, en los siguientes términos: “Las leyes confiarán paulatinamente a los organismos provinciales o comunales las atribuciones y facultades administrativas que ejerzan en la actualidad otras autoridades, con el fin de proceder a la descentralización del régimen administrativo interior”. Esta aspiración constitucional procuró estimular al legislador a instaurar un proceso evolutivo que favoreciera esa descentralización, pero aquél, en lugar de cumplir con esa aspiración, asumió una actitud pasiva pues se abstuvo de atribuir funciones a las Asambleas Provinciales, sin existencia legal, como tampoco a las municipalidades, que exhibían una progresiva dependencia del centralismo. Obviamente, una situación así no podría producir una efectiva descentralización territorial.

Las expresiones incorporadas a la Constitución de 1925 como consecuencia de las señaladas modificaciones no sólo fueron identificadores nominales de organismos integrantes de la Administración del Estado, sino, mucho más que eso, constituyeron – al decir del profesor Pantoja – “ fórmulas terminológicas representativas, en cada tiempo y edad, de lo que fue el ser de la Administración del Estado de Chile” (.....) “que se desplaza desde la centralización a la descentralización , desde el centralismo a la libertad de actuación-gestión, desde la jerarquía a la coordinación , desde la rigidez a la fluidez, en una evolución difícil, surgida como respuesta institucional a los urgentes requerimientos que se sucedieron en la sociedad chilena”.⁹ Sin embargo, todo lo anterior no implicó

⁹ Pantoja Bauzá, Rolando, Ob. cit .p. 107.

alterar el principio constitucional de que el titular del ejercicio de la función administrativa es el Presidente de la República.

De esta forma, la Administración Pública, que a partir de 1833 estuvo orientada a velar por el orden y seguridad públicas, y desde 1920 en adelante a la prestación de servicios, conformaron una organización administrativa acorde con tales fines; para ello, la Constitución de 1833 recurrió a la centralización administrativa, en tanto que la de la Administración posterior a 1925 implementó su descentralización. En la primera etapa, se destacó la jerarquía y en la segunda la coordinación, pero bajo supervisión y tutela del Ejecutivo.

Surge así la Constitución de 1980, cuya máxima inspiración - como hemos ya señalado - es la servicialidad del Estado, que está al servicio de la persona humana y cuya finalidad es promover el bien común, que, junto con dar seguridad de orden, comprende también “ crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”, así como también, “dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (art.1º, incisos cuarto y quinto).¹⁰ Para el logro de esos fines, se procura reorganizar la Administración, transformándola en un instrumento orientado a la obtención de fines que procuran la satisfacción de necesidades de las personas, con la consiguiente reestructuración

¹⁰ “ El Tribunal Constitucional en sus fallos Roles Nos. 19 y 53, respectivamente, destacó la importancia del artículo 1º poniendo énfasis en su profundo y rico contenido doctrinario que refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional”. Citado por Pantoja, Ob. cit. p. 169 - 170

de las categorías y tipos de organizaciones para adecuarlas al nuevo contexto, en el cual lo que interesa es el contenido antes que las formas.

Otro principio importante contenido en la Carta Fundamental es el de distribución de competencias públicas, mediante el cual se generaliza y extiende a numerosos órganos y organismos del Estado, el ejercicio del poder, antes circunscrito a un reducido grupo de autoridades elegidas.¹¹ Como consecuencia de lo anterior, el Estado conformado sólo por servicios públicos es sustituido por otro integrado por órganos y organismos distintos de los tradicionales, que ejercen soberanía con autonomía de otras autoridades, aún del propio Jefe de Estado, pero sometidos sí a la Constitución y a la ley.

De acuerdo con la Constitución vigente, la Administración del Estado está conformada por: servicios públicos fiscales, servicios públicos o entidades semifiscales, entidades fiscales, servicios públicos autónomos, empresas del Estado, gobiernos regionales, y municipalidades. Esta Administración es funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada, todo ello en conformidad a la ley (art. 3°), y no puede, por tanto, organizarse sólo desde la normativa constitucional que determina las atribuciones y funciones del Presidente de la República, pues funcionalmente esta Administración se extiende en forma horizontal, en un cuadro institucional que se inicia en la Presidencia de la República y se proyecta hasta las municipalidades a nivel local, pasando por los gobiernos regionales y los servicios públicos nacionales y regionales, comprendiendo así organismos de distinta categoría en una función estatal de

¹¹ Sistema Electoral, Consejo Nacional de Televisión, Contraloría General de la República, Banco Central, Gobiernos Regionales y las Municipalidades. Citados por Pantoja, Ob. cit. p. 175.

grandes proyecciones, orientada hacia el desarrollo social, cultural y económico de la República, pero también responsable de planificar y ejecutar una política nacional de desarrollo al servicio de la persona humana, y en un contexto de equilibrio ambiental que resguarde la naturaleza y tienda a mejorar la calidad de vida de todos los habitantes del país. Integran también esta Administración, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, que se encuentran sometidas a las potestades de jerarquía-tutela que posee el Presidente de la República, que es consecuencia de la preeminencia del poder civil (poder político) sobre los institutos armados-policiales que son considerados como tecnoestructuras administrativas especializadas en el ejercicio de la violencia bélica o en la prevención y represión del delito, pero carentes de decisión política.¹²

En síntesis, la Constitución Política de la República contiene normas obligatorias de aplicación inmediata para todos los órganos y sujetos jurídicos de la nación, y según ellas el Estado de Chile tiene una razón de ser; una finalidad, y un instrumento. Su razón de ser: estar al servicio de la persona humana; su finalidad: promover el bien común; y su instrumento: las políticas de desarrollo.¹³

Expuesto lo anterior, surge de inmediato la pregunta: ¿Y cuáles son estos órganos a través de los cuales se materializa la función administrativa? El inciso

¹² Zúñiga Urbina, Francisco. Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública: Posición constitucional, política y elecciones primarias. Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile. Santiago, Año VI, N° 1, enero-diciembre, 2000. Págs.189-204.

¹³ En la sesión 51ª de las celebradas por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, se dejó constancia "que la intención del Constituyente es la de que las facultades -de la autoridad- deben usarse en cuanto ellas se otorgan para perseguir el bien común y para cumplir los propósitos de la institución donde están incorporados y no otros". "Este principio es tan trascendental, tan importante -se destacó-, que en cierto modo va a proyectar todo el espíritu de la Nueva Constitución en forma que se diga claramente que las autoridades, los órganos del Estado deben actuar de buena fe, aplicar las normas sin violentar el espíritu, la finalidad o el objetivo previsto por el legislador."

primero del art. 38 de la Constitución nos ayuda a encontrar la respuesta a esta interrogante, cuando dispone que: "Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes. " ¹⁴

Pero para precisar cuáles son estos órganos que integran la Administración del Estado deben tenerse presente algunas consideraciones históricas, jurisprudenciales y doctrinales originadas al amparo de la Constitución de 1980. Así, Durante la tramitación del proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Bases de la Administración del Estado, se produjeron divergencias de opiniones en cuanto a su ámbito de acción, derivadas, fundamentalmente, de las distintas interpretaciones que pueden darse a las expresiones “Administración del Estado” y “Administración Pública” que se utilizan en forma distinta en el artículo 38° de la Constitución y en el epígrafe bajo el cual esta norma se encuentra ubicada. ¹⁵ El punto debatido resulta de vital importancia, ya que la competencia de esta ley es diferente, según se adopte un concepto amplio de Administración Pública como similar de Administración del Estado, o un concepto restringido de ésta que proviene de distinguir entre una y otra y entender que mientras la Administración del Estado constituye el género, la Administración Pública es la especie, comprendiendo por ende, un campo más delimitado y reducido.

¹⁴ Se trata de la Ley N° 18.575, de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1 /19.653, publicado en el D.O. de 17, noviembre, 2001.

¹⁵ Pfeffer Urquiaga, Emilio. Constitución Política de La República de Chile. Concordancia, antecedentes y jurisprudencia, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1999, págs. 364-365.

Esta incertidumbre terminó cuando el Tribunal Constitucional, en fallo recaído en autos Rol N° 39, de fecha 2 de octubre de 1986, declaró: “ A juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 38 de la Carta Fundamental emplea ambas expresiones como sinónimas y en su sentido más amplio y genérico, porque no resulta justificado pensar que el constituyente encargara a una ley orgánica constitucional la regulación de la organización básica de sólo una parte o sector de la Administración del Estado y excluyera a otra, ya que la razón para entregar esta materia a una ley de este rango es la misma en uno y otro caso, no resultando lógico, entonces, en términos generales, someterlas a normas legales de distinta naturaleza, habida consideración que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.”..... “ La conclusión anterior, sin embargo, debe entenderse sin perjuicio de que determinadas instituciones u organismos queden excluidos, en cuanto a su regulación específica, del ámbito de esta ley orgánica constitucional, ya que en tales casos, por su naturaleza especial, la Carta Fundamental regula por sí misma su organización básica, como ocurre con las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública; encarga su reglamentación a leyes orgánicas constitucionales especiales, como acontece con la Contraloría General de la república, el Banco Central y las Municipalidades o, por último, se la entrega a una ley de quórum calificado, como debe ser la que legisle sobre las empresas públicas que desarrollen actividades empresariales.” De esta forma, con esta interpretación, debe entenderse que nuestra Constitución considera sinónimas las expresiones Administración del Estado y Administración Pública.

La doctrina nacional, por su parte, ha intentado clasificar la Administración del Estado de Chile y con ese propósito, el profesor Silva Cimma¹⁶, lo hace a partir del artículo 24° de la Constitución, según el cual la administración del mismo corresponde al Presidente de la República, cuya única excepción sería la de la Administración Interior, confiada a los gobiernos regionales y a los municipios por los artículos 99° y siguientes de la Carta Fundamental, conformando un cuadro de servicios, entes o instituciones de variada fisonomía jurídica, algunos de los cuales habrían exorbitado el marco legal vigente al momento de su creación. Estima este autor que las normas de la Constitución vigente, complementadas por las Leyes Nos. 18.575, 18.695 y 10.336, permiten presentar la siguiente clasificación de los servicios públicos fundada en normas de derecho positivo vigente:

- a) Una administración Activa, con fundamento en los artículos 24°, 99° y siguientes de la Constitución y desarrollados por los artículos 21° (18°) y siguientes de la Ley N° 18.575. Con servicios públicos centralizados y funcional o territorialmente descentralizados, que pueden serlo en el ámbito nacional o regional, que admiten la aplicación de técnicas de desconcentración.
- b) Una Administración Fiscalizadora, representada por la Contraloría General de la República, con fundamento en los artículos 87° y 88° de la Carta Fundamental y en las normas de la Ley N° 10.336
- c) Una Administración Jurisdiccional, representada por los Tribunales Administrativos Especiales – de Cuentas, Aduaneros y Avalúos, entre otros - , y ello mientras el Poder Judicial ejerza competencia para conocer de las

¹⁶ Silva Cimma, Enrique. Derecho Chileno y Comparado. El Servicio Público. Editorial Jurídica de Chile, 1995, págs. 115-117.

materias contencioso - administrativo ante la no dictación de la ley a que alude el artículo 38, inciso 2º de la Constitución.

A lo anterior, agrega el profesor Silva Cimma, las Universidades Estatales, la Encomendación de Acciones del artículo 37º (34º) de la Ley de Bases y la Encomendación de Funciones del artículo 38º (35º) del mismo cuerpo legal. Señalando también que entre la administración funcionalmente descentralizada cabe distinguir entre Instituciones y Empresas, pudiendo las primeras tener el carácter de Instituciones Fiscales y de Institutos Semifiscales, constituyendo las Empresas del Estado, aquellas entidades que cumplen fines de servicio público mediante la realización de actividades industriales o comerciales o de producción de bienes o servicios retribuidos con precios o tarifas, para finalmente tipificar como órganos de la administración descentralizada en lo territorial a los municipios y los gobiernos regionales. Cerrando este cuadro de la administración activa, este autor incluye la Administración acentralizada, ejemplo de la cual lo es actualmente el Banco Central.

El profesor Caldera Delgado ¹⁷, explicando el origen de la distinción entre Administración del Estado y Administración Pública ha señalado que la modificación introducida al inciso tercero del artículo 45º de la Constitución de 1925, contenida en la ley N° 7.727, de 1943, lo hizo con el propósito de radicar en el Presidente de la República la iniciativa legal para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y para aumentar las remuneraciones del personal, reiterando la facultad que antes también correspondía al Congreso Nacional, lo anterior como consecuencia de haber sido fuente de gastos que causaban déficit en el presupuesto

¹⁷ Caldera Delgado, Hugo. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, Ediciones Parlamento Ltda., pág. 292

nacional. El señalado inciso tercero expresó que la iniciativa presidencial comprendía a las leyes que se dictaran “para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la *Administración Pública* , de la *empresas fiscales* y de las instituciones *semifiscales*” .

Sobre esta base, diversos dictámenes de la Contraloría General de la República expresaron, que la *Administración del Estado comprendía a la Administración Pública*, a la cual pertenecían los Ministerios, los servicios fiscales dependientes e independientes como es la propia Contraloría General de la República, y las instituciones semifiscales, y las empresas fiscales. En consecuencia, a la Administración Pública pertenecían - en esa época - los servicios fiscales, excluyéndose de ella las instituciones semifiscales y las empresas fiscales. Esos mismos dictámenes establecieron que las municipalidades, dada su calidad de órganos personificados y autónomos de naturaleza administrativa, también formaban parte del concepto Administración del Estado, el cual recubría al de Administración Pública.¹⁸

Al amparo ahora de la Constitución de 1980, el profesor Caldera sostiene que la Administración del Estado, que ha sido radicada por el artículo 24º de aquélla, en el Presidente de la República está constituida por una compleja red de órganos públicos cuya estructura básica la integran los servicios públicos, en la imposibilidad que le asiste a este último de desarrollar directa y exclusivamente la compleja misión encomendada por la Carta Fundamental. Sostiene que, en

¹⁸ El Profesor Caldera cita como tales dictámenes los Nos. 55.741, de 1957; 50.423, de 1960; 62.241, de 1961; y 64.792, de 1.979. Ob cit. Tomo I, Pág. 292.

términos generales, la Administración del Estado está configurada por el Presidente de la República, por los Ministerios (sin considerar entre ellos a los Ministros de Estado); por las Subsecretarías; por las Intendencias; por las Gobernaciones, y por los servicios públicos.¹⁹

El profesor Pantoja Bauzá expresa que nuestra Carta Fundamental abandonó la teoría clásica de los tres poderes del Estado para establecer una organización estatal basada en el principio de distribución de competencias²⁰, habiéndose conservado la denominación clásica solo para el Poder Judicial por razones históricas. Lo anterior ha significado una alteración del concepto de Administración logrado por la doctrina y la jurisprudencia, como una sola y gran función inserta en el Poder Ejecutivo conformada por un conjunto de organismos relacionados con el Presidente de la República por vínculos de supervigilancia o tutela, pues ahora se incorporan organismos públicos que no reconocen esa vinculación pues se encuentran sujetos sólo a la Constitución y a la ley, con independencia de otras autoridades, para realizar funciones que la misma Carta Fundamental les asigna. Como consecuencia de esta distribución de competencias, hoy toda autoridad regulada como tal en el Código Político es titular del ejercicio de la soberanía.²¹

¹⁹ Caldera Delgado, Hugo. Ob cit., págs. Tomo I, 257-258

²⁰ Pantoja Bauzá, Rolando, Ob. Cit. , págs 273 – 291.

²¹ Como órganos y organismos autónomos cita al Sistema Electoral Público; el Consejo Nacional de Televisión; la Contraloría General de la República; el Consejo de Seguridad Nacional; el Banco Central; los Gobiernos Regionales y las Municipalidades. Como organismos jurisdiccionales autónomos señala al Tribunal Constitucional; a la Justicia Electoral (Tribunal Calificador de elecciones y Tribunales Electorales Regionales.) y a la Justicia de Cuentas (Radicada en la Contraloría General de la República). Ob. cit., págs. 290-291.

Desde el punto de vista de su finalidad la Administración del Estado es clasificada por este mismo autor ²² como: Administración para el desarrollo, consagrada en los artículos 102° ,inciso segundo, 100°, inciso segundo, y 107°, inciso segundo de la Constitución; Administración nacional, con base jurídica en los artículos 24° de la Constitución y 1° de la ley N° 18.575, conformada por el Presidente de la República, los Ministerios y las Subsecretarías, las Secretarías Regionales Ministeriales, los Servicios Públicos centralizados o descentralizados; Administración Regional, fundada en los artículos 100° inciso segundo y 102° de la Carta Fundamental y en la ley N° 19.175, a cargo de un gobierno regional; Administración Provincial con base en el artículo 105° de la Carta Política y en la mencionada ley N° 19.175; y, Administración local, con fundamento en el artículo 107° de la Constitución y en la ley N° 18.695. “Cualquier otro organismo, diferente de los indicados, no forma parte de la Administración del Estado y está excluido de la posibilidad de ejercer potestades públicas por disposición del artículo 6° de la ley N° 18.575.”

Determinados ya los entes que integran la Administración del Estado y la Administración Pública, nos parece necesario ahora examinar los derechos que asisten a los Administrados frente a estos entes Administradores, y es precisamente el inciso segundo del mencionado art. 38° de la Constitución – en su actual texto, producto de la modificación aprobada por la ley N° 18.825 - el que nos sirve de orientación al establecer que : "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere

²² Pantoja Bauzá, Rolando. Ob. cit, págs. 364 – 463.

causado el daño.”²³ El origen de este inciso segundo del art. 38° se encuentra en el artículo 87° de la Constitución de 1925²⁴, y trata dos órdenes de materias: a) el derecho a reclamar ante la jurisdicción competente; y b) la responsabilidad eventual del funcionario que hubiere causado el daño.

Puede sostenerse que una interpretación correcta de la misma – según el profesor Aylwin²⁵ - lleva a la conclusión que desde la “ fecha de vigencia de la citada reforma, los tribunales ordinarios tienen plena competencia para conocer cualquier tipo de conflictos contencioso administrativos, inclusive los originados por demandas de nulidad de los actos de la Administración, pero ello no puede afectar la competencia específica que actualmente está asignada a esos mismos tribunales respecto de determinadas materias, por mandato expreso del constituyente, ni la que corresponda a los tribunales administrativos de carácter especial actualmente existentes en virtud de normas legales específicas. Lo anterior no impide, obviamente, que el legislador pueda crear a futuro tribunales administrativos o distribuir competencias entre los tribunales ordinarios y los contencioso administrativos que se establezcan.”²⁶

En materia de responsabilidad, así como la responsabilidad de los funcionarios que hubieren causado el daño es la resultante del principio general de

²³ El texto transcrito, que es el vigente, proviene de la modificación que hizo la ley de reforma plebiscitada, N° 18.825, la cual eliminó la referencia a los tribunales "contencioso administrativos."

²⁴ "Art. 87. Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley."

²⁵ Aylwin Azócar, Arturo,. Efectos de la reforma del art. 38, inciso 2° de la constitución política sobre régimen de lo contencioso administrativo. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 13, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, págs. 45-50.

la responsabilidad consagrado en los arts. 6° y 7° de la Constitución, y desarrollado por la ley 18.834, en su Título V, que trata "De la responsabilidad administrativa" (arts. 114° a 139°) y, a su vez, en el Título IV de la ley orgánica de la Contraloría N° 10.336 (arts. 60° a 67°), que se refiere a la "Responsabilidad de los funcionarios", en relación con la tenencia, uso, custodia o administración de fondos o bienes estatales. Lo relativo a la responsabilidad del Estado, encuentra una referencia directa en el artículo 19°, N° 7, letra i), y en la ley de Bases de la Administración del Estado, N° 18.575, cuyo artículo 4° expresa: "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado".

Lo anterior determina que el acto administrativo – a través del cual se materializan las decisiones de la Administración - debe dictarse sujetándose al ordenamiento jurídico constitucional, legal y reglamentario, respetando los valores que animan el Estado de Derecho y, entre ellos, los postulados de representación, competencia, igualdad y responsabilidad, que pueden ser impugnados mediante los recursos que establezca la ley, especialmente el de reposición, el jerárquico en los casos que sea procedente, y las acciones jurisdiccionales a que haya lugar (art. 10°, Ley N° 18.575).²⁷

Pero hasta la fecha, transcurridos ya 20 años, aún no se dicta la ley de procedimientos administrativos a que se hace referencia en el artículo 60° N° 18

²⁶ El prof. Aylwin fundamenta su conclusión en el principio de inexcusabilidad del artículo 73, inciso 2° de la Constitución; en el hecho que lo dispuesto en el artículo 38 está operando prácticamente; y en la aplicación de las normas generales de los artículos 1° y 5° del Código Orgánico de Tribunales.

²⁷ Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 2000, Tomo V, p. 198 – 199.

de la Constitución, que en algunos aspectos es suplida por la mencionada ley 18.575, y en otros, mediante la instauración de numerosas leyes de objetivos especializados que, considerando sus finalidades específicas, fijan reglas particulares y adecuadas para procesar los actos administrativos pertinentes.

Si bien la Constitución entrega el control preventivo de juridicidad de los actos administrativos a la Contraloría General de la República, cuando éste falla – por cualquier causa – y se esté en presencia de una infracción al ordenamiento jurídico, la Carta Política garantiza a cualquiera persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, por sus organismos o por las municipalidades el derecho a reclamar por una vía jurisdiccional. Ello en concordancia con el reconocimiento que el artículo 19º, N° 3 hace de “la igual protección en el ejercicio de sus derechos” a toda persona.

La interposición del reclamo da origen a un contencioso administrativo, en el que intervienen el órgano que expide el acto, el agraviado con el mismo, y el propio acto que será objeto de revisión, cuya resolución corresponde a la llamada jurisdicción administrativa. Pero como al precepto vigente le fue suprimida la referencia al “contencioso administrativo”, y también en el inciso primero del art. 79º, se suprimió la oración final: “Los tribunales contencioso administrativos quedarán sometidos a esta superintendencia en conformidad a la ley”, las controversias de esta naturaleza se ventilan actualmente en los tribunales ordinarios de justicia.

1.2. El pleno sometimiento de la Administración a la constitución y a la ley.

Manifiestar el pleno sometimiento de la Administración a la Constitución y a la ley no es otra cosa que aplicar el denominado “principio de legalidad”,²⁸ recogido e incorporado tanto en las Constituciones de 1833 y la de 1925, que, a su vez, la Constitución de 1980 ha elevado a la suprema jerarquía en los artículos 6° y 7°, reafirmado en el artículo 2° de la Ley 18.575. Se amplió así la cobertura normativa a que se halla sometida la Administración; el primero, junto con declarar que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas”, establece también que los preceptos constitucionales “obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”; para terminar finalmente expresando que “la infracción a esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”, el segundo por su parte prescribe que “los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley”, agregando en sus incisos segundo y tercero que “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o de las leyes”, y finalmente expresará: “Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”, disposiciones constitucionales que son complementadas con el artículo 2° de la Ley 18.575 que

²⁸ Principio al que parte de la actual doctrina denomina también “Principio de juridicidad” por estimar que el denominado principio de legalidad no sólo se reduce a la observancia de la ley, sino que también a la Constitución; al poder reglamentario del Ejecutivo; de los gobiernos regionales y las municipalidades; y porque no se trata ya de un principio formado sólo por cuerpos legales interpretados y aplicados con un criterio meramente formal, en que se estimaban como lícitas las conductas permitidas por la ley e ilícitas aquellas que la infringían.

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

Pero surge la pregunta: ¿qué ha de entenderse por este genérico concepto?. Parece no haber dudas que el constituyente quiso en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, aludir al sistema de Estado de Derecho,²⁹ que históricamente “ nace como expresión jurídicamente acuñada para hacer resaltar que no puede existir un orden de justicia en las relaciones del ciudadano con la autoridad, si esa autoridad no está también vinculada, sujeta, subordinada en su actuar, al Derecho, no sólo ya a la ley del legislador, y en especial la autoridad administrativa, que es quien está en contacto permanente, frecuente y reiterado con el ciudadano, al realizar concretamente en su función toda esa enorme gama de servicios en bien de la comunidad, satisfaciendo las necesidades públicas”.³⁰ El Estado de Derecho es, por tanto, el imperio de la ley, la convivencia dentro de las leyes, pero no de cualesquiera leyes o normas, sino sólo de aquellas que a su vez se produzcan dentro de la Constitución, por voluntad popular y con garantía plena de los derechos humanos o fundamentales.³¹

²⁹ Para Vanossi el Estado de Derecho “ es un Estado garantista. Esto quiere decir que en las etapas del proceso gubernamental existen instancias de control que si bien pueden estar dirigidas a preservar la legalidad o la constitucionalidad formales, también están orientadas a salvaguardar los derechos subjetivos de las personas que resulten afectadas por actos lesivos del ordenamiento vigente o de alguna de sus escalas.” Vanossi, Jorge, El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social, Editorial Universitaria, Bs. As., 1982, p.7.

¹⁹ Soto kloss, Eduardo, Derecho Administrativo, Editorial Jurídica de Chile, 1996, Tomo I, p.349.

³¹ El profesor Pablo Rodríguez Grez lo conceptualiza como: “ Una determinada forma de organización de la sociedad a través de la implantación de normas de conducta que se establecen con carácter coercitivo , referidas tanto a la instalación de los poderes públicos, a su funcionamiento y al juzgamiento y calificación de todas las conductas sociales posibles, las cuales integran un sistema normativo pleno, cuya aplicación corresponde a

Para el Profesor García de Enterría, “es una técnica determinada de organizar la vida colectiva (*government by laws, not by men*, gobierno por las leyes – “imperio de la Ley”, no por los hombres, los cuales, en cuanto ejerzan autoridad, sólo podrán exigir obediencia “en nombre de la Ley”, cuya voluntad abstracta han de limitarse a aplicar y concretar), pero no una técnica puramente formal, que se resuelva en una simple malla de normas, sea cual sea su origen y su contenido. En cuanto a su origen, es patente que el principio de legalidad pone su énfasis precisamente en la Ley en su sentido formal, como “voluntad popular”, como decisión del pueblo a través de sus representantes desvalorizando automáticamente a los Reglamentos, o normas producidas por las distintas Administraciones, normas que sólo como complemento de la Ley tienen hoy cabida en el sistema constitucional de las fuentes. En definitiva, se trata de la “primacía de la Ley” como expresión jurídica central del sistema democrático mismo”.³²

Pero no sólo es la Administración la que debe sometimiento pleno a la Constitución sino que lo mismo ocurre respecto tanto del legislador como del juez, pero este sometimiento es un sometimiento al sistema de valores contenidos en la Constitución y no sólo a aquellas normas de la Carta Fundamental que fijan el procedimiento legislativo y determinan las condiciones puramente formales de las leyes para llegar a ser tales, que tratándose del juez, exige una vinculación más fuerte porque las leyes deben interpretarse de conformidad con la Constitución.³³

autoridades independientes, facultadas para resolver las contiendas que en el orden temporal se promuevan en dicha sociedad., Teoría de la Interpretación Jurídica, Editorial Jurídica de Chile, 1995, pág.11.

³² García de Enterría, Eduardo, Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, p. 88 - 89

³³ Si bien es muy importante el poder legislativo, es la Administración, a través de sus órganos la que concreta y hace posibles los cometidos y propósitos de bien común contenidos en la Constitución, ellos son los encargados de ejecutar, materialmente, las disposiciones programáticas contenidas en el ordenamiento jurídico, que rigen la

Lo expresado determina que tanto en su estructura como en su actividad, la Administración se encuentra en el imperativo de respetar la supremacía de la normativa constitucional, y en esta materia, la Constitución de 1980 ha significado un notable avance, pues antes de su vigencia nuestra estructura institucional administrativa no siempre se ajustó a la reducida normativa constitucional existente en aquella época, como tampoco contempló situaciones de posterior creación legislativa que alteraban la estructura piramidal de la Administración del Estado. Actualmente, el ajuste de la Administración a la Constitución es una garantía de la subordinación de lo administrativo a la norma jurídica, situación propia de un Estado de Derecho.

El principio de juridicidad – denominación a la cual adherimos - es uno de los grandes logros del Estado de Derecho, pues se trata de la concreción del sistema de garantías basado en la seguridad social, y en virtud de él pueden los administradores y los administrados desarrollar sus actividades con recíproco respeto, lo que es propio de la democracia. Este principio no es otra cosa que el respeto a la ley, tanto en lo que se refiere a la estructura del órgano administrativo; como también a la actividad de los administrados.

Como ya lo hemos expresado, este principio de juridicidad tiene su reconocimiento constitucional en términos claros y precisos de los artículos 6º y 7º de la Constitución Política, apreciando que, desde el punto de vista orgánico

actividad de los particulares y le es impuesta desde afuera, bajo la autoridad y el poder de sanción de un poder externo y superior : el poder del Estado. Lo anterior justifica plenamente que esa actuación del Estado, y particularmente del gobierno, esté sujeta al principio de juridicidad, que a su respecto se materializa fundamentalmente en el Derecho Constitucional y en el Derecho Administrativo. Caldera Delgado, Hugo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Ediciones Parlamento Ltda. 2001, p. 90.

formal, la frase “ las normas dictadas conforme a ella” extiende el principio de legalidad a todo el sistema jurídico chileno, vale decir, constitución, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado, leyes, tratados internacionales, decretos con fuerza de ley, reglamentos, etc. Pero si el respeto de la ley, genéricamente entendido, es un principio absoluto, y lo es también en consecuencia el de su obligatoriedad, nadie puede dejar de responder por su incumplimiento. En síntesis, este principio implica respeto total a la ley y también responsabilidad para todos quienes la contravienen.

Estrechamente relacionado con el principio de juridicidad, está el de la competencia; esto es, la aptitud o potestad de obrar de cada órgano del Estado, que consagrado en la ley, obliga a todos los órganos del Estado a ajustar su acción a la ley, tanto en lo concerniente a la legitimidad del mismo como en lo relativo a su modalidad de actuación acorde como a las formalidades establecidas al efecto. Es así como en el claro tenor literal del inciso primero del artículo 7° de la Carta Fundamental se constatan estos tres aspectos que rodean la legitimidad del actuar de los órganos de la Administración, a saber: legalidad del nombramiento; legalidad de su actividad; y respeto de las formalidades con que la ley reviste los dos aspectos anteriores, formalidades que lejos de ser meramente burocráticas e intrascendentes son un fuerte sustento dentro del ámbito del principio de seguridad jurídica.

Como necesaria culminación del principio de juridicidad, el constituyente regula en el inciso segundo del mencionado artículo 7° dos materias relevantes: una, que nadie, ya se trate de magistratura, de persona, o de grupo de personas, puede atribuirse bajo ningún pretexto otras autoridades o derechos que aquellos que

la Constitución o las leyes le han conferido. Refuerza así con intensidad el reconocimiento de la legalidad y, consecuentemente, el de la competencia por cuanto al margen de la Carta Fundamental y de la ley, ninguna persona puede ni reconocer ni atribuirse autoridades o derechos. Y, luego otra, en cuanto a que todo acto que contravenga ese artículo es nulo, y que esa nulidad origina las responsabilidades y sanciones que la ley señalará. Nulidad de Derecho Público que, como toda nulidad, debe ser declarada por un tribunal.³⁴ El principio de juridicidad exige pues que la Administración, tanto desde el punto de vista absoluto como relativo, se encuentre sometida a la norma jurídica, que es coactiva, y que aquélla debe respetar porque son aplicables a sus actos jurídico o materiales.

Acorde con lo expresado, la Administración puede actuar sólo cuando tenga un soporte legitimador, esto es, cuando el acto administrativo se encuentre enlazado con la ley, pues en caso contrario el acto adolecería de ilegalidad.³⁵ Pero debe tenerse presente que la ley no es tan sólo un medio de delimitación negativa de lo que la propia Administración puede hacer, sino que también habilita a la Administración para que actúe, atribuyéndole poderes de manera concreta y tasada.

Este principio de subordinación de la Administración a la Constitución tiene como contrapartida – en un Estado de Derecho - el de la subordinación de los particulares a la ley. El mismo principio tiene vigencia común para aquélla y para

³⁴ Un interesante trabajo sobre la nulidad de Derecho Público en nuestro país, cuyo autor es Jorge Reyes Riveros, se encuentra publicado en la Memoria Anual, 1996, de la Contraloría General de la República, págs. 211 – 225. También en Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1998.

³⁵ Oelckers sostiene que la visión de este principio parece verse oscurecida en casos excepcionales como: el de los reglamentos autónomos; de las circulares internas y las instrucciones vinculantes sólo para los funcionarios y las faltas disciplinarias, porque en estas situaciones la ley que verifica la atribución de la potestad lo hace en

éstos. Ello implica que los particulares deben respetar a la Administración y a los otros particulares, lo que a su vez conlleva al principio de la responsabilidad, en virtud del cual siempre habrá alguien que responda por la ilegalidad. Y precisamente para evitar tales infracciones, o si suceden, para sancionarlas es que se ha establecido el control de legalidad, que en un Estado de derecho puede estar constituido por sistemas de variadas características, pero siempre orientados hacia el objetivo común de seguridad jurídica para concreción de la democracia.³⁶

Estos sistemas son: el control jurisdiccional, a cargo de los tribunales ordinarios de justicia y del Tribunal Constitucional; el control interno, a cargo de la propia Administración; o, el control externo, a cargo de órganos autónomos de la Administración: Contraloría General, o tribunales de cuentas. Mediante estos sistemas de control se persigue mantener a la Administración estatal subordinada al derecho.

Conforme lo manifiesta el Prof. Silva Cimma,³⁷ “es interesante destacar que es tal la importancia que en el derecho positivo chileno se ha asignado al control de la legalidad, que toda esta temática se ha ido incorporando al nivel constitucional.

términos discrecionales. Oelckers Camus, Osvaldo, El Principio de Legalidad. La Administración del Estado de Chile, Decenio 1990 – 2000, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 459

³⁶ Para Oelckers, el moderno sentido del principio de legalidad comporta dos elementos esenciales. El primero apunta a acentuar la limitación jurídica de la Administración, estableciéndose un conjunto de reglas que se le imponen y proceden de órganos superiores a ella. Así, el Derecho Administrativo subsiste, pero con un carácter subordinado y secundario. El segundo elemento determina que la sumisión de la Administración al Derecho no es relativa sino absoluta, en el sentido que los ciudadanos van a poder invocar y reclamar su falta de sujeción a él, incluso en el orden interno, a cuyo efecto tienen derechos y están dotados de medios para ejercerlos libremente en sede administrativa o jurisdiccional.

De acuerdo a esta concepción, no se trata pues solamente del establecimiento de un orden interno de la Administración, sino que se regula, además, el conjunto de las relaciones administrativas en un cuadro jurídico único, integrado por la Administración y los administrados, que de simples sujetos pasivos, se transforman en participantes activos en el ámbito jurídico administrativo. Oelckers Camus, Osvaldo, Ob. cit. p. 456 – 459.

³⁷ Silva Cimma, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, principios fundamentales del derecho público y Estado solidario, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 31

Son ilustrativos, a este respecto, los artículos 6° y 7° de la Constitución; su artículo 38° inciso segundo; el artículo 73° sobre competencia del poder judicial, en consonancia con el citado precedentemente; el artículo 82° sobre competencia en el campo de control de la constitucionalidad por el Tribunal Constitucional; el artículo 87° sobre atribuciones de control jurídico externo por la Contraloría General de la República; el artículo 96° letra b) sobre funciones del Consejo de Seguridad Nacional en relación a hechos, actos o materias que pudieren atentar gravemente en contra de las bases de la institucionalidad; los artículos 101° y 102° en el campo de la fiscalización a nivel regional; el artículo 105 en lo relativo a la supervigilancia a nivel provincial; el artículo 108°, en fin, en su inciso segundo dispone que el consejo municipal, entre otros, ejercerá funciones fiscalizadoras en la forma que determina la ley orgánica constitucional respectiva.”

Lo anterior destaca la forma como nuestra Constitución ha incorporado un conjunto de normas de concreción del principio de control de la legalidad.

1.3. Legalidad y discrecionalidad.

A menudo, cuando se habla de discrecionalidad administrativa se pretende asignarle un sentido de amplitud tal, que llega a perderse de vista por los administradores el mencionado principio de juridicidad que debe imperar, inevitablemente en la actividad administrativa. Como, por otra parte, el administrador suele permanentemente reclamar que este principio aplicado rigurosamente entraba el desarrollo de la Administración, con demasiada frecuencia se cae en el error de conceptos al hablar de los rigorismos legalistas o formalismos legales que imposibilitan una Administración eficaz. Se da así el caso de que o se desprestigia

por distorsión el correcto sentido de la legalidad, o, a la inversa, se asigna a la discrecionalidad administrativa también un alcance que en verdad no tiene y que sirve de pantalla para actuar con tal contexto de extensión que se llega a creer que ella habilita para prescindir del respeto a la ley.

Este frecuente error obliga a hacer algunas precisiones conceptuales. Empecemos por recordar que la discrecionalidad administrativa constituye una potestad, es decir, un poder de obrar que, sin discusión, está subordinado al derecho, porque – como hemos visto en el párrafo precedente - precisamente el Estado de derecho implica el que la Administración debe subordinar su conducta a la ley.

Teniendo esto presente, la discrecionalidad habilita al administrador para ejercitar en su actividad una mayor flexibilidad de juicio, pero siempre sin olvidar que tal potestad, en razón de serlo, constituye un poder jurídico y por lo tanto no puede dar lugar jamás a que, bajo su invocación, la autoridad que pretende ejercerla simplemente crea que por esa vía puede prescindir de una norma o existencia legal. Si queremos obtener algún patrón de referencia que nos permita distinguir si estamos o no en presencia de una posibilidad de actuar discrecionalmente, tenemos que considerar que a menudo ella se da como “ facultad ”. Esta expresión implica el que dicha autoridad pueda hacer algo o pueda no hacerlo.³⁸ En el fondo, quiere esto decir que la discrecionalidad administrativa, como potestad jurídica, es un mecanismo útil en el orden de buscar la eficacia y la agilidad necesarias en la función administrativa, pero ello no autoriza para que la Administración quede

³⁸ La fórmula habitualmente empleada para distinguirla es: “facúltese para.....”

autorizada para hacer abstracción de la ley. Su adecuación al principio de juridicidad debe realizarse entonces a través de:

Su ajuste a la ley, a la que no puede contravenir

Su ajuste a la finalidad de la potestad

Su ajuste a los criterios explícitos o implícitos de la ley

Su ajuste a los principios del derecho público.

No es correcto, por tanto, sostener que la discrecionalidad es un límite o una excepción a la legalidad administrativa. Categóricamente, ello no es así. Debemos considerarla como un buen y útil mecanismo de habilitación de una Administración eficiente, pero no como un debilitamiento o, mucho menos, excepción a la legalidad. Por eso, como veremos más adelante, la discrecionalidad administrativa es siempre recurrible en vía jurisdiccional. En suma, pues, discrecionalidad administrativa como potestad jurídica, sí; arbitrariedad a pretexto de un actuar discrecional, no, porque ello significaría la negación del derecho e implicaría, por tanto, el desconocimiento pleno del principio de juridicidad.

La importancia del principio de juridicidad es trascendente y su acatamiento por la Administración hace posible la vigencia efectiva de los derechos individuales o públicos subjetivos. Este principio alcanza su máxima expresión en el control a que se encuentran sometidos todos los órganos integrantes de la Administración del Estado, poder legislativo y judicial inclusive.³⁹

³⁹ El principio de juridicidad se constata respecto de los tribunales ordinarios de justicia, particularmente en los artículos 1°, 4°, 5°, 7°, 10° inciso 1° y 170° N° 5 del Código de Procedimiento Civil.

CAPÍTULO II

El Derecho de las sociedades democráticas avanzadas no puede guiarse únicamente por una racionalidad tan limitada como la racionalidad formal, sino que necesita contar con un modelo complejo de racionalidad práctica que incorpore también la dimensión instrumental (finalista) y la moral (referida a los fines últimos).⁴⁰

2.- LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

2.1. Concepto.

Para introducirnos en la materia de que trata este Capítulo, nos hemos inclinado por adoptar el siguiente concepto de Discrecionalidad Administrativa: “es una facultad atribuida por ley a un órgano de la Administración del Estado, para que este órgano frente a una determinada situación que motive su actuar, pueda optar libremente y dentro de los márgenes que fija el ordenamiento jurídico, la decisión que estime más razonable, conveniente, oportuna, eficaz y proporcionada, de acuerdo a los antecedentes que la justifican, evitando así incurrir en un acto u omisión arbitraria.”^{41 42}

Por su parte, Forsthoff, la define del siguiente modo: “La discrecionalidad es un ámbito de acción y decisión, una elección entre varias formas de comportamiento igualmente posibles: hacer A o hacer B o abstenerse de toda acción [...] es una elección de comportamiento en el marco de una realización de

⁴⁰ Atienza, Manuel. Razón Práctica y Legislación, Beiheft 52, 1993, págs. 15-32.

⁴¹ Arancibia Mattar, Jaime, Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del Recurso de Protección, Revista de Derecho Público N° 60, Julio-Diciembre de 1996, Universidad de Chile.

⁴² Con relativa frecuencia se suele citar en algunas obras la célebre frase del jurista suizo Hans Huber, que expresa que “ el poder discrecional es el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho Administrativo; ” entre otros, García de Enterría, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1994, p. 24.

valores.”⁴³

A su vez, García de Enterría y T.-R. Fernández escriben que “ El ejercicio de la potestad discrecional permite una pluralidad de soluciones justas, o en otros términos, optar entre alternativas que sean igualmente justas desde la perspectiva del Derecho [...]. La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, entre indiferentes jurídicos porque la decisión se funda en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos) no incluidos en la ley y sometidos al juicio subjetivo de la Administración.”^{44 45}

Según Gianinni, cuyo concepto es el más conocido, “ discrecionalidad significa valoración o apreciación por la Administración del interés público.”⁴⁶

En nuestro país, pueden citarse también los siguientes conceptos de discrecionalidad administrativa, elaborados por o deducidos de los siguientes académicos:

- a) Para don Eduardo Soto Kloss, el legislador puede configurar la actuación, confiriéndole a la Administración un margen de libre apreciación para

43 Forsthoff, Ernst, citado por Beltrán de Felipe, Miguel, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, pág. 35, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1995.

44 García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, citado por Beltrán de Felipe. *Ob. cit.*, pág. 36.

45 En la doctrina alemana Martin Bullinger parece defender la idea que «La discrecionalidad es el margen de libertad que se deriva para la Administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada (por una ley o) por un tribunal» (1987), de tal manera que se configura como un margen de independencia o autodeterminación de la Administración frente a los poderes legislativo y judicial”. En Francia la encontramos en autores como M. Hauriou (1921), Bonnard (1923), Waline (1930) o A. Hauriou (1933), quienes afirman que se trata de «autonomía jurídica» o «poder de libre apreciación», o más recientemente en Braibant (1984) o Subra (1995), y en el Reino Unido De Smith escribe que «la discrecionalidad supone poder elegir entre diversas alternativas de actuación» (1986), citados por Beltrán de Felipe, Miguel, *Ob. cit.* p. 35-36

⁴⁶ Gianinni, Massimo Severo, citado por Beltrán de Felipe, *Ob. cit.*, pág. 27

elegir la decisión más adecuada, más idónea y más proporcionada para satisfacer la necesidad pública de que se trata (incluso aquí debe escoger dentro de posibilidades tasadas, determinadas previamente por el legislador). En este segundo caso estamos en presencia de una potestad con un elemento discrecional.⁴⁷

- b) Para don José Luis Cea Egaña, ... la discrecionalidad es el margen limitado de libertad que la ley concede expresamente a la Administración para que, en casos o situaciones concretas, interprete y aplique sus disposiciones generales con sujeción a los fines y medios previstos en ella.⁴⁸
- c) Para don Enrique Silva Cimma,en virtud de la discrecionalidad administrativa, el órgano administrativo está facultado para actuar conforme a criterios de conveniencia u oportunidad. Habrá a menudo discrecionalidad en los motivos, en cuanto quien administra está facultado para resolver si actúa o se abstiene de hacerlo en un caso determinado.⁴⁹
- d) Para don Patricio Aylwin Azócar,.....los actos discrecionales son aquéllos autorizados por la ley, pero sin señalar los motivos que lo determinan. De este modo, si la legitimidad del acto administrativo está integrada por tres elementos (motivo, objeto y fin), y la discrecionalidad sólo se refiere a los

⁴⁷ Soto Kloss, Eduardo, El Recurso de Protección, Editorial Jurídica de Chile, 1982, págs. 189 y 190; y Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos, Revista de Derecho Público Nos. 43/44, 1988, págs. 117 – 130., citado por Alarcón Jaña, Pablo Andres, Discrecionalidad Administrativa: un estudio de la jurisprudencia chilena, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2000, pág 14.

⁴⁸ Cea Egaña, José Luis, Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa, Revista Chilena de Derecho, vol. 11, 1984, págs. 12 y 14. Citado por Alarcón Jaña

motivos, el objeto y el fin resultan ser los límites del acto administrativo.⁵⁰

- e) Para don Pedro Pierry Arrau, ...el poder discrecional consiste en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer, sin que su conducta esté previamente determinada por la regla de derecho.⁵¹

En tanto el Diccionario de Derecho Público la consigna como: “ consiste en un margen de apreciación del interés público concreto, a fin de decidir sobre la oportunidad de actuar o sobre el contenido de la actividad; margen que tiene la Administración en caso de que los límites establecidos por ley a la potestad de actuar a ella conferida sean imprecisos, es decir, señalados por determinaciones imprecisas del interés público.”⁵²

Por su parte, el Tribunal Supremo español sostiene que “ en el acto puramente discrecional la Administración tiene una libertad electiva entre las distintas alternativas que se le presentan, pues todas ellas son igualmente justas y por tanto puede adoptarlas sin limitación de criterio subjetivo”. Esta última noción asocia la potestad discrecional con un ámbito de libertad, de juicio, de autodeterminación, etc., que el ordenamiento atribuye a la Administración.^{53 54}

⁴⁹ Silva Cimma, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Editorial Jurídica de Chile, 1968, págs. 41-52. Citado por Alarcón Jaña

⁵⁰ Aylwin Azócar, Patricio, Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, 1968, págs. 69 y 70, citado por Alarcón Jaña

⁵¹ Pierry Arrau, Pedro, El control de la discrecionalidad administrativa, Revista de los Jueces, año 18, N° 4, primer semestre, 1987, págs. 18-32. Citado por Alarcón Jaña

⁵² Fernández Vásquez, Emilio. Diccionario de Derecho Público, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, págs. 248 – 249.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 23 de octubre de 1987.

⁵⁴ Otro importante fallo del Tribunal Supremo español, de fecha 1° de junio de 1987 ha expresado que la discrecionalidad administrativa es: “ potestad que tiene la Administración para elegir entre varias alternativas

La discrecionalidad no supone una actuación según lo que subjetivamente estime justo y apropiado la Administración, sino la integración de la norma jurídica según los valores inmanentes y objetivos del ordenamiento jurídico. En ella opera lo justo en el caso concreto, a diferencia de la ley que contempla la justicia en el caso general y abstracto. Lo genuino de la discrecionalidad administrativa es la posibilidad de arbitrio, que puede ser resuelta a través de distintas alternativas igualmente justas para el Derecho.⁵⁵

2.2. Fundamento

La discrecionalidad administrativa, como toda facultad de la Administración, tiene su primera justificación y fundamento en “ la servicialidad que ésta debe a la realización de los fines y valores fundamentales del ordenamiento, expresados en las Bases de la Institucionalidad, a que se refiere el Capítulo I de nuestra Constitución Política ” y el inciso primero del artículo 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la

legalmente indiferentes; ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos, de oportunidad o de conveniencia, que la ley no predetermina, sino que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en consecuencia optar según su criterio subjetivo”. Citada por Beltrán de Felipe, Miguel, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1995, p.37.

⁵⁵ Nuestra jurisprudencia judicial ha señalado algunos ejemplos de discrecionalidad administrativa: El trámite de toma de razón del Contralor General de la República constituye el ejercicio de un poder discrecional contemplado en los artículos 1° y 10° de la Ley N° 10.336. (R.D.J., 1978, T.75, 2.1, p. 140-142); Los Tribunales Superiores de Justicia cuentan con facultades discrecionales para el ejercicio de jurisdicción disciplinaria sobre todos los tribunales de justicia del país. Lo anterior por aplicación de los artículos 540 y 541 del Código Orgánico de Tribunales y 536 y 537 del mismo cuerpo normativo. (R.D.J., 1978, T. 75, 2.1, p. 474 – 476); El artículo 235 de la Ordenanza de Aduanas concede facultades discrecionales al Director Nacional de Aduanas para otorgar licencias de consignante y consignatario de mercancías ante la Aduana. (R.D.J., 1981, T. 78, 2.5, p. 165 – 168).

Administración del Estado. “Valores a los cuales la Administración debe su fidelidad más absoluta ”.⁵⁶

Tiene enseguida como segunda justificación y fundamento las limitaciones a que se encuentra sometido el legislador producto de la imposibilidad que le afecta de regular mediante la ley todos y cada uno de los aspectos sustantivos y adjetivos de una determinada materia y dar así respuesta concreta a todas y cada una de las soluciones que se plantean, lo que lo obliga a dotar a la Administración de la posibilidad de elegir entre varias soluciones alternativas igualmente justas e idóneas, “ porque nadie sabe cómo redactar leyes que tengan respuestas para todos los casos y para todos los hechos, ni siquiera los de mayor envergadura: la mejor manera de encontrar respuestas es dejar que los administradores las busquen a medida que se vayan presentando.”⁵⁷

Se trata, en definitiva, de la determinación, interpretación o apreciación que debe hacer la Administración del interés público o general.

2.3. Límites jurídicos

Todo concepto por ser tal, tiene límite pues si no lo tuviese no tendría ese carácter. Por definición un concepto es noción finita pues corresponde a una operación mental que aísla un objeto del pensamiento. Expuesto ya el concepto de discrecionalidad administrativa, se percibe de inmediato “que se trata necesaria e inexorablemente de un poder demarcado, limitado, contenido en fronteras

⁵⁶ Camacho Cepeda, Gladys, La discrecionalidad Administrativa en Tela de Juicio, Revista Gaceta Jurídica N° 214, Abril de 1998, pág. 10.

⁵⁷ Davis, Kenneth, citado por Beltrán de Felipe, Ob. cit., págs. 25-26.

requeridas hasta por imposición racional, puesto que, la falta de ellas le haría perder el carácter de poder jurídico ”. ⁵⁸ La discrecionalidad administrativa no escapa a esta afirmación, puesto que la falta de tales fronteras le haría perder el carácter de poder jurídico, y existen por tanto medios para determinar su extensión, pues en caso contrario, los preceptos legales que la postulan, perderían cualquier sentido y serían palabras vacías, valores nulos, expresiones sin contenido o, más radicalmente, atentados flagrantes de inconsecuencia del propio Estado de Derecho.

Desde luego, la concesión de un cierto grado de discrecionalidad en la toma de determinadas decisiones no supone una atribución ilimitada de poder por cuanto en aquella no puede tener cabida la arbitrariedad, el abuso o la injusticia. Su ejercicio está sometido a unos límites generales, además de los específicos que deriven de la norma que regula cada tipo de actuación discrecional, pero esas limitaciones que encuadran su correcto ejercicio, no están en absoluto destinadas a desconocerla, reducirla o eliminarla, porque es inherente a un Estado de Derecho fijar competencias, limitaciones o bien atribuciones específicas para los funcionarios públicos. Este examen es tanto más necesario cuando se sabe que los riesgos para los derechos y garantías individuales resaltan de sobra en los casos en que la Administración disfruta de cierta discrecionalidad.

Por ello, la moderna doctrina del Derecho Administrativo se orienta definitivamente en señalar que en el Estado de Derecho no existe ninguna competencia fuera de la Constitución y de la ley, y la aceptación de la

⁵⁸ Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, Anuario de Derecho Administrativo, Ediciones Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 1975/1976, pág. 454.

discrecionalidad administrativa conlleva la necesidad de “avocarse a perfilar sus límites considerando que ella:

“1° No debe conculcar el principio de juridicidad de la Administración, pues la seguridad jurídica requiere la previsibilidad de la actuación del poder público administrativo.

“2° No supone desconocimiento de la supremacía de la ley, pues salvando las reservas constitucionales de ley, el legislador puede trasladar la etapa de decisión al ámbito administrativo; y

“3° No discute ni limita el control judicial de la Administración, aun cuando éste debe darse con un tenor distinto a aquel que se realiza sobre las actuaciones administrativas regladas ”.⁵⁹

A las anteriores consideraciones, deben agregarse algunos principios que restringen el actuar de aquella, entre estos principios se encuentran “la razonabilidad, la proporcionalidad, la probidad, la juridicidad y los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

La *razonabilidad*, no es otra cosa que el correcto proceder en la actuación de la Administración para evitar caer en el ejercicio de actos inspirados por el capricho o la arbitrariedad. Implica que la decisión de aquella deberá ser siempre la más acertada, pudiendo existir alternativas que si bien es plausible su aplicación, no sean las más efectivas. No es razonable que la Administración no actúe sobre la

⁵⁹ Camacho Cepeda, Gladys, Ob. cit., págs14-15.

base de fundamentos de hecho y de derecho; que no considere el mérito de antecedentes de autos o bien hechos notorios, o que simplemente se base en hechos inexistentes.

La *proporcionalidad* conlleva a la adecuada relación entre los medios y el fin del acto administrativo. El administrador debe contemplar en su decisión la mejor o más apropiada adecuación entre ellos.

La *probidad* significa que la administración debe tener siempre presente en su actuar el fin del Estado, que no es otro que el bien común. De tal modo en su acción no puede perseguir un fin distinto al establecido en la Constitución Política de la República y las Leyes,⁶⁰ y en lo razonable e imparcial de sus decisiones.

El *principio de juridicidad*, al que ya hemos hecho referencia en el Capítulo anterior, ordena la sujeción plena y total de los órganos del Estado a la Constitución Política de la República y las Leyes, los que sólo pueden crearse por Ley y actuar válidamente dentro de las facultades que el ordenamiento jurídico les entrega.

Finalmente, en lo que dice relación con los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*, el artículo 5° inciso 2°, de nuestra Constitución Política señala que estos derechos son un límite al ejercicio de la soberanía, erigiendo ontológica, deontológica y axiológicamente al hombre por sobre el Estado, consecuencia de su servicialidad a la persona humana y de su finalidad en orden a promover el bien común, con plena sujeción a los derechos y garantías que

⁶⁰ Particularmente en el nuevo Título III de la Ley N° 18.575, agregado por la Ley N° 19.653, de 1999.

establece la Carta Fundamental. De tal modo, el Estado en su actuar debe respetar y promover esos derechos.

Otros principios que la doctrina establece como limitación al ejercicio de las facultades discrecionales de los órganos Estatales en el derecho comparado y cuya aplicación no provoca conflicto en nuestro ordenamiento interno son: *La indelegabilidad* que imposibilita al órgano delegar el ejercicio de sus funciones, a menos que expresamente le fuere permitido por la ley. *La Independencia de la autoridad* al adoptar sus decisiones discrecionales, en cuya virtud, el titular de una potestad discrecional no debe estar sometido a presiones al momento de adoptar una decisión dentro del ámbito de sus facultades, a menos, que en su ejercicio, deba consultar a un superior jerárquico o a otro órgano; *La Obligatoriedad* del órgano de ejercer las funciones que le son encomendadas,⁶¹ y *El Principio de la Especialidad*, que significa que el ejercicio de las potestades debe ceñirse al acontecimiento de cada circunstancia en especial y no sobre la base de la aplicación de la política general establecida por la misma autoridad.”^{62 63}

Para Moreno Fernández, “ los límites que se han impuesto a las potestades discrecionales delimitan perfectamente el campo de la acción administrativa, de tal manera que cualquier exceso sobre los mismos implicaría la nulidad del acto administrativo”. Se refiere “ de una parte a los *elementos reglados* que necesariamente concurren en toda potestad discrecional (tanto en la determinación

⁶¹ Conocido también como principio de impulsión de oficio, consagrado en el artículo 3°, inciso segundo, de la Ley N° 18.575.

⁶² Andrade Vergara, Mauricio, *Facultades Administrativas, Reglamentarias y Discrecionales en Relación con el Recurso de Protección*, Monografía, 2° semestre 1998, p.5 y 6.

⁶³ Se suele citar como ejemplo de aplicación de esta política general, el caso del Director de un Servicio que, teniendo un amplio espectro de posibilidades para sancionar una conducta reprochable, siempre aplica la misma sanción, sin importar los antecedentes particulares.

de su contenido como de su finalidad), y de otro lado, al respeto a los *principios generales del Derecho*. Estos elementos reglados son los que coadyuvan a delimitar el campo de acción administrativa, y que en ningún momento pueden ser desvirtuados por aquélla, por cuanto la posible inexistencia o inexactitud entre los hechos que exterioriza la realidad y aquellos otros en los que la Administración funda su decisión, conduciría a la inevitable invalidez del acto dictado. Sin embargo, lo anterior no es óbice para que, una vez verificada por la Administración la existencia de esos hechos reglados, pueda entrarse a realizar una valoración subjetiva de los mismos que, apoyada en criterios de mera oportunidad o conveniencia, la lleven a la adopción de una decisión razonablemente aceptable y, además, que conste de un fundamento objetivo y adecuado jurídicamente”.⁶⁴

A su vez, el fin previsto por la norma debe quedar perfectamente explicitado en la finalidad del acto que deriva del ejercicio de la potestad administrativa. De este modo, además la finalidad del acto permitirá efectuar en sede jurisdiccional el juicio de congruencia, proporcionalidad y razonabilidad de los medios empleados respecto de los fines perseguidos. Es decir, la discrecionalidad no se da en el resultado (elegir una u otra solución) sino en el medio (elegir uno u otro camino para alcanzar la única solución posible de acuerdo con el fin previsto en la norma), de tal manera que la solución adoptada cualquiera que sea el medio utilizado respete el fin último previsto en la norma habilitante.

Por otra parte, el respeto a los principios generales del derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad, seguridad jurídica, igualdad, buena fe, reserva

⁶⁴ Moreno Fernández, Juan Ignacio, *La Discrecionalidad en el Derecho Tributario*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, pág 55 - 57.

de ley, etc.) implica para la Administración la necesaria realización de una interpretación del ordenamiento jurídico a la hora de elegir una de entre las diferentes opciones que se le plantean en la adopción de una decisión discrecional, de tal modo que nunca el resultado de la misma pueda contravenirlos, pero la aplicación de estos principios debe ser cautelosa - y muy particularmente en el caso de la interdicción de la arbitrariedad – por la tendencia a emplearla como fórmula sacramental sin bases probatorias concluyentes. Lo anterior como consecuencia que en caso de infracción, la decisión estaría viciada, y sería por tanto nula. Se trata, en definitiva de conciliar la supremacía de la Administración con la libertad de los particulares y de compensar la discrecionalidad necesaria para la acción administrativa con los controles indispensables para asegurar que ésta no degenera en arbitrio o sea de cualquier manera influenciada por consideraciones externas al interés público.

Para Sánchez Morón, “ Los límites generales de la discrecionalidad administrativa deducidos por la doctrina clásica del derecho administrativo son, por un lado, los de carácter sustantivo que aluden a los dos elementos reglados que concurren en toda decisión discrecional – los hechos en que se basa y el fin de interés público al que debe atender – y al necesario respeto a los principios generales del derecho. Por otro, los límites de carácter competencial, organizativo y procedimental. Conviene hacer algunas observaciones sobre todos ellos.

a) Empezando por los límites sustantivos poco puede añadirse aquí a la doctrina tradicional de la desviación de poder, salvo quizás la necesidad de actualizar y revitalizar esta técnica de control judicial.

b) Por lo que se refiere a los hechos determinantes, la verificación de su existencia es una operación jurídica que puede ser plenamente controlada en derecho. La inexistencia o inexactitud de los hechos sobre los que la Administración funda una decisión discrecional constituye un error de hecho, determinante de la invalidez de la decisión. La existencia y características de los hechos determinantes escapan a toda discrecionalidad: los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración.

c) Pero esta última puntualización nos introduce en otro orden de ideas, pues no cabe confundir la simple verificación de la existencia y veracidad de unos hechos con la valoración o ponderación de los mismos realizada por la Administración. A tal efecto, normalmente nos hallaremos en la práctica ante distintas posibilidades de valoración, en virtud de criterios técnicos o en virtud de criterios políticos, criterios que sólo en algunas ocasiones la ley prescribe, bien de manera precisa, bien mediante conceptos indeterminados. No cabe afirmar, por consiguiente, que la ponderación o valoración de los hechos es también un elemento reglado, a diferencia de la constatación de su existencia”.⁶⁵

En cuanto a los aspectos organizativos y procedimentales, como límites de la discrecionalidad, exceden el ámbito meramente formal de cumplimiento normativo, sino que comprenden – además – según Sánchez Morón: la idoneidad jurídica del órgano (político, técnico, etc...) que podrá imparcial y calificadamente adoptar la decisión más idónea; esto es, el control de estos órganos debe apuntar también al cumplimiento de los principios de imparcialidad y de eficacia. No

⁶⁵ Sánchez Morón, Miguel, Ob. cit., p. 131 - 133.

importa tanto la verificación misma de los trámites sino la medida en que éstos contribuyen a generar la decisión acertada, que corresponde a un proceso razonado y no al arbitrio del órgano, sin hechos ni argumentos de apoyo.

Expresa este mismo autor que: “ Claro está que en cualquier caso los límites de la discrecionalidad y los de su control, no se pueden fijar a la perfección, pues también nociones como las de “error manifiesto”, “margen de apreciación” o “ hechos opinables “ son nociones imprecisas. El derecho no es una ciencia exacta y la tarea de control jurídico no es una operación matemática.”⁶⁶

Los elementos que delimitan la extensión de la discrecionalidad administrativa son los propios presupuestos legales justificadores del acto, la finalidad normativa y la causa del acto. Así, para el Profesor Bandeira, “ la ley, al valerse de conceptos, sea cual fuere, para regular ciertas situaciones, no se propone otra cosa sino la de dividir, discriminar, catalogar, clasificar, en fin, establecer referencias. En suma: separa y aísla objetos de pensamiento para afirmar correlaciones. De lo que se sigue que identifica hechos indicados como, presupuestos y valores, que apunta como finalidades.

La ley, entonces, basa siempre en las palabras de que se vale, el intento inequívoco de demarcar situaciones propicias, a ciertos comportamientos e identificar objetivos para ser realizados. Lo anterior determina que al juez le asiste no sólo el derecho, sino el indeclinable deber de asomarse sobre el acto administrativo dictado en ejercicio de potestades discrecionales, a fin de verificar si se mantiene o no fiel a los deseos de la ley; si guardó relación con la significación

⁶⁶ Sánchez Morón, Miguel, Ob. cit. pág. 136-137.

posible de los conceptos expresados a modo de presupuesto o de finalidad de la norma o si les atribuyó una inteligencia abusiva.⁶⁷

La interpretación del sentido de la ley, para el pronunciamiento judicial, no grava la discrecionalidad, sino le reconoce sólo confines; no penetra en la esfera de la libertad administrativa, tan sólo le señala los contornos; no invade el mérito del acto ni se interna en evaluaciones controvertibles, sino recoge la significación posible en función del texto, del contexto y de la ordenación normativa como un todo, profundizando hasta el punto en que puede extraer razonablemente de la ley una dirección cierta e inteligible.

Toda la actividad administrativa está subordinada al cumplimiento de ciertos intereses. Tiene, por consiguiente, carácter típicamente instrumental. Corresponde a un medio para alcanzar propósitos trazados fuera del ámbito de la Administración, en cuanto han sido instituidos por el legislativo. Al fijar intereses que cumplir, la ley establece las condiciones de hecho para el proceder de la Administración y en tal caso, y sólo en él, se toman los requisitos necesarios para que la finalidad normativa se considere satisfecha. Por otro lado, no hay cómo separar el motivo (o presupuesto de hecho) de la finalidad y del interés que, por el cumplimiento de ella, se ve atendido. Se trata de nociones interrelacionadas e indisolubles, que forman una verdadera ecuación, pues el esquema legal supone realizado un cierto interés cuando ocurridas ciertas condiciones se emite un acto que satisface cierto propósito.

⁶⁷ La ausencia de un contraste posible sería lo mismo que la ilimitación del poder administrativo, idea contrapuesta al principio de juridicidad, viga maestra del derecho constitucional moderno y verdadera raíz del derecho administrativo.

Ausentes las condiciones o desvirtuada la finalidad que justifica el comportamiento, *ipso facto* no se satisface la relación de adecuación necesaria entre el acto y la ley, resultando de ahí su invalidez indiscutible. Al final, se tiene configurada, en última razón, la incompetencia material del agente, pues habrá actuado fuera del ámbito de poderes que le asistían "in concreto". El conjunto de poderes que disfruta, no le es conferido "in abstracto", sino para ser movilizado a la vista de ciertas situaciones y en orden a satisfacer cierta finalidad. Si lo ejercita fuera de este cuadro habrá manipulado fuerzas que la ley no le dio, habrá sobrepasado la regla de competencia.”⁶⁸

Analizados los límites impuestos al ejercicio de la discrecionalidad administrativa, la conclusión no puede ser otra que "la discrecionalidad no implica arbitrariedad ". Así, la administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, su actuación, además de estar enmarcada dentro de los requisitos legales generales, debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario, sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que producirá la posibilidad de ser controlada por los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, una de las formas que han utilizado estos para hacer realmente efectivos esos límites impuestos al poder discrecional, y por tanto, para lograr un exacto control sobre los actos discrecionales que traspasen esos límites, ha sido la de exigir, como principio general, la necesaria motivación y la forma de aquéllos. El motivo del acto administrativo es el antecedente que lo provoca. Un acto administrativo se integra con tal elemento cuando exista previa y, realmente una situación legal o de hecho, cuando esa situación sea la que el legislador ha

⁶⁸ Bandeira de Mello, Celso Antonio, Ob. cit., págs., 454 – 457.

previsto con miras a la actuación administrativa. De allí que, se trate de un poder reglado o discrecional de la Administración pública, se exige que todos sus actos deben ser motivados, o mejor dicho, fundamentados con los razonamientos en que se apoya. En este orden de ideas, la forma del acto en lo tocante a la motivación del mismo, ha llegado a considerarse sustancial, en razón de que la ausencia de fundamentos abre amplio campo al arbitrio del funcionario. En suma, los actos administrativos deben expresar concretamente la causa o motivo que los inspira como condición de validez.

En nuestro país, según el Profesor Caldera, la minuciosidad con que la Constitución impone restricciones a sus órganos, para “equilibrar el grado de intensidad con que deben desplegarse las acciones de poder público, revela el propósito de la Carta de limitar, muy estrictamente, el ejercicio del poder público o soberanía conferida al Estado y a sus órganos, para precaver que, a pretexto del ejercicio de potestades discrecionales, se ejerzan, realmente, actuaciones que no estén plenamente sustentadas en el derecho, sino en el arbitrio de una burocracia que suele confundir su rol constitucional de servidora de los intereses públicos, sustituyéndolo por la pretensión de ser titular del poder soberano, que originalmente sólo le pertenece al pueblo.

Las potestades discrecionales (otorgadas por la ley) no pueden tener validez alguna cuando aquéllas sobrepasan o desbordan la Constitución Política de la República, peligro que se hace efectivo cuando el ejercicio de una atribución discrecional, que ha sido conferida por la ley, atropella o desconoce la esencia de las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas. Estas restricciones constitucionales al ejercicio del poder estatal alcanzan a todos los

órganos públicos, incluido el poder Legislativo,”⁶⁹ que encuentra su máxima restricción en el artículo 60° de la Carta Fundamental, que consagra el principio del dominio legal máximo.⁷⁰

Se impide de esta manera que la ley pudiera conferir a la Administración del Estado competencias que facultaran a ésta para ejercer un poder ilimitado o incondicionado, cuya utilización quedara entregada al capricho de la autoridad o del funcionario, circunstancia que haría ilusorias las libertades y derechos que la Constitución protege y garantiza. El repudio que el exceso de poder produce al ordenamiento constitucional se refleja nítidamente en las antes citadas barreras, limitaciones y condicionamientos que ha erigido para proteger a los administrados del peligro que representa para la libertad el otorgamiento de competencias legales en favor de la Administración del Estado, que la habiliten para desconocer, menoscabar o amenazar la esencia de las libertades y derechos que la Constitución reconoce y garantiza en favor de todas las personas. Pretender fundamentar sobre la base del ordenamiento constitucional chileno que la discrecionalidad, es una excepción al principio de juridicidad, que ha sido tácitamente permitida por la Constitución, al decir del profesor Caldera “constituye algo mas grave que un error jurídico medular de parte de quienes sostienen esta teoría, sino que es propiamente un dislate, una herejía ”.⁷¹

El temor del constituyente tuvo su causa en el grave riesgo que habría

⁶⁹ Caldera Delgado, Hugo, Límites Constitucionales de la Discrecionalidad Administrativa, Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, Volumen 16, N° 2, Julio – Agosto, 1989, pág. 424.

⁷⁰ Otras restricciones constitucionales se contienen – como se ha expresado ya antes – en los artículos 6° y 7°, inciso 2°, 19 N° 26, 5°, inciso final, 1°, inciso 4° y 19 N° 24, inciso 3°.

⁷¹ Caldera Delgado, Hugo, Ob. cit., pág 427.

significado el haber permitido que se confirieran a la Administración atribuciones genéricas con una discrecionalidad ilimitada, lo cual podría tener como consecuencia el dejar a las personas entregadas al caprichoso arbitrio de la burocracia estatal. Una discrecionalidad sin límites no tiene cabida alguna dentro de un régimen político y administrativo que es regido integralmente por el derecho, régimen que además es republicano y democrático y que coloca tanto al Estado como a los integrantes de sus órganos al servicio de las personas, quienes – como se ha expresado ya - sólo pueden actuar dentro de sus competencias y orientados hacia la consecución de fines de bien común específicos. Las señaladas barreras protectoras hay que integrarlas con los controles jurídicos preventivos y represivos a que nos referiremos en el Capítulo siguiente.

Una discrecionalidad ilimitada estaría afectada por un doble vicio de inconstitucionalidad; en primer término por la inmunidad de jurisdicción que, supuestamente, beneficiaría a los actos dictados en el ejercicio de una discrecionalidad de esa naturaleza; y, en segundo lugar porque la apreciación libre, caprichosa o subjetiva que las autoridades o funcionarios pudieran hacer, descansaría, exclusivamente, en la apreciación del mérito u oportunidad de la resolución invocados para actuar, calificación que sólo dependería libre, indeterminada o subjetivamente que aquellos pudieran o quisieran hacer. Además, si a lo anterior se agregara la falta de responsabilidad, al no poderse hacer efectiva la obligación de indemnizar los perjuicios causados por sus actos u omisiones, estaríamos en presencia de una situación inaceptable en un Estado de Derecho.

2.4. Función en el estado democrático de derecho

“ La discrecionalidad administrativa no sólo existe, sino que es necesaria en un Estado de Derecho, en el que tiene su función y su justificación propia, con fundamento constitucional desde el momento que – como hemos visto - la Constitución y las leyes atribuyen al Estado y a los órganos que de él forman parte una función de dirección política y administrativa y una potestad reglamentaria, que no sería posible realizar sin gozar de un margen de discrecionalidad. Tampoco el servicio a los intereses generales - que la Administración está llamada a cumplir - podría llevarse a cabo si estuviera predeterminada de manera absoluta y rígida por la ley. Así, el Estado actual, con tal cantidad de funciones que se le atribuyen, de suyo complejas, obligado constantemente a adaptarse a los cambios vertiginosos del milenio, descentralizado territorial y funcionalmente, no podría funcionar sin contar con la necesaria flexibilidad para la adopción de sus decisiones; y ello presupone justamente la existencia de una discrecionalidad administrativa que resuelva la imposibilidad que tiene la ley de prever la respuesta que en cada caso requiere la satisfacción del interés general.”⁷²

Por otra parte, y como ya antes se ha indicado, la complejidad en que se desenvuelve la actividad de los administrados ha hecho cada vez más difícil al legislador poder prever, con precisión y efectividad, todos los aspectos dentro de los cuales ha de llevarse a cabo la actuación de la Administración. Lo anterior ha significado que esta última sea en el fondo la que elabora la regla jurídica aplicable a cada caso, en atención a que es ella la que está permanentemente enfrentada a la

⁷² Sánchez Morón, Miguel, Ob. cit., p. 112 – 113.

realidad. No se trata de un mal inevitable que deba ser reducido a su mínima expresión sino que es una necesidad insoslayable para el buen funcionamiento de la Administración.

En el ejercicio de esta discrecionalidad, las decisiones de la Administración no siempre se ajustan a aspectos jurídicos pues a menudo se emplean criterios políticos, técnicos, de conveniencia social o económicos, pero el empleo de estos criterios no jurídicos no transforman a la decisión en antijurídica porque el ejercicio de la discrecionalidad no es un proceso guiado exclusivamente por un razonamiento jurídico, sino que a la vez constituye un proceso de valoración que debe tener en cuenta otros elementos para la prosecución del bien común, pues las funciones de gobierno y administración actualmente no se reducen a la mera aplicación de la ley o el derecho.

2.5. Discrecionalidad técnica

Debemos hacer referencia ahora a la llamada discrecionalidad técnica, que ha sido definida como: “ aquella en que la decisión del ente administrativo depende de un juicio o informe técnico previo, cuya valoración queda a cargo de la Administración; o de la elección de un procedimiento técnico o científico; o, para distinguirla de la discrecionalidad administrativa, no está en primer plano el interés público. ”⁷³ Tenemos entonces que se conoce con esta denominación a aquellos casos en que la ley confiere un ámbito de decisión a la Administración para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica, que en muchos casos está a su vez delimitada o guiada por conceptos jurídicos

⁷³ Fernández Vásquez, Emilio. Ob. cit. P. 249.

indeterminados (mérito y capacidad, justo precio, oferta más ventajosa, etc..), pero cuya concreción es con frecuencia incierta y opinable. En estos casos la Administración decide en virtud de criterios puramente técnicos, no distorsionados por ingerencias políticas, corporativas, de grupo o de otro género.⁷⁴

Es necesario, en primer lugar, distinguir el concepto de acto técnico del de acto discrecional, ya que en sentido estricto no estamos ante una misma categoría de acto administrativo, a pesar de los paralelismos que puedan existir en los mecanismos de control jurisdiccional de ambos tipos de actos, que incluso han llevado a cierta jurisprudencia a hablar de la «*discrecionalidad técnica de la Administración*» para referirse a la categoría del acto técnico.

No obstante la necesaria distinción entre actos administrativos discrecionales y actos técnicos, debe destacarse la conexión existente entre las dos categorías, en la medida en que en ambos casos la Ley atribuye a cierto órgano administrativo la potestad de adoptar determinada decisión, según su propio juicio, que convencionalmente puede calificarse como juicio subjetivo, en atención a su especial composición y/o circunstancias, que le convierten en especialmente apto para valorar los diversos factores en juego. Siendo esta conexión la que ha llevado a algún sector jurisprudencial a referirse a la “discrecionalidad técnica”, sin perjuicio de reiterar la necesaria distinción entre los conceptos de acto discrecional y acto técnico. En este tipo de discrecionalidad, que es un ejemplo de influencia de

⁷⁴ La jurisprudencia contencioso-administrativa española ha acuñado el concepto de acto técnico, como categoría especial de acto administrativo en relación con las facultades revisoras de los propios Tribunales de dicho orden jurisdiccional. Esta jurisprudencia, que se ha centrado en los recursos contra las valoraciones de las comisiones técnicas en los concursos u oposiciones de funcionarios, debe sin embargo ser aplicada, allí, a todos aquellos casos en que se impugnan actos administrativos dictados o predeterminados por valoraciones de órganos técnicos a los que se atribuyan análogas funciones.

la doctrina sobre la jurisprudencia en orden a realizar un control tan amplio como sea posible, el principio de objetividad de la Administración y el de la imparcialidad del funcionario será lo primero a tener en cuenta, por lo que el control de los aspectos organizativos (composición de los órganos de evaluación, cualificación de sus miembros) y procedimentales (informes y motivaciones técnicas) deben ajustarse al máximo.⁷⁵

A este respecto, y antes de entrar en la valoración que las resoluciones existentes al respecto nos ofrecen, habría que hacer una reflexión previa sobre la noción de discrecionalidad técnica a la que acabamos de aludir. Evidentemente, cuando los tribunales y las comisiones de selección ejercen su función, no hacen uso de una potestad discrecional por cuanto existe un componente teleológico que delimita esa función con absoluta concreción y claridad, seleccionar a los mejor preparados, en virtud de los principios de mérito y capacidad reflejados como condicionantes del acceso a las funciones y cargos públicos. Por ello, no nos encontramos ante una situación de auténtica discrecionalidad, aunque sí ante un concepto colindante de aquélla y donde se dilucida en la actualidad uno de los más esenciales debates de lo que es la función de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por tanto, la razón de ser de esa facultad de apreciación técnica en modo alguno constituye la atribución de una potestad discrecional, sino que encuentra su causa, en primer lugar, en motivos reiteradamente invocados por la doctrina, cuales

⁷⁵ La discrecionalidad técnica aparece en campos como los concursos de aptitud docente o profesional, en el planeamiento urbanístico o en la intervención administrativa en materia económica, uniéndose así a los clásicos ámbitos de discrecionalidad como son el ejercicio de las potestades de policía y seguridad o de la autoorganización administrativa .

son el hecho de que los tribunales de justicia se encuentran integrados por peritos en derecho y no en otros sectores o ramas del saber, así como la propia distinción entre la función judicial y la administrativa con objetos netamente diferenciados y la consiguiente delimitación de diversos ámbitos competenciales.

Sentadas las causas que la justifican y constatada su vigencia, el concepto de la discrecionalidad técnica nos ofrece otras reflexiones que es preciso traer a colación; no en vano los propios pronunciamientos del Tribunal Supremo español reconocen que aquella actúa como garantía de objetividad, frente a la propia Administración, todo ello en base a dos conceptos tradicionales en materia de oposiciones y concursos. De una parte, que las bases de la convocatoria son ley del concurso o la oposición, y de otra, el carácter vinculante de las propuestas formuladas por Tribunales y Comisiones de selección, vinculatoriedad que por serlo para la Administración, se constituye en garantía de objetividad, imparcialidad y autolimitación, habida cuenta del carácter técnico del juicio y de quienes lo emiten, teniendo en cuenta, además, la plena revisabilidad judicial de los actos de aprobación de las bases y nombramiento de los Tribunales y Comisiones.

2.6. Los conceptos jurídicos indeterminados

Se denominan conceptos jurídicos indeterminados a “ aquellos que describen en forma abstracta la hipótesis de hecho normativa (por lo común) o el tipo o criterio de la consecuencia jurídica (más raramente).”⁷⁶ La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, que es un aporte fundamental de la doctrina administrativa alemana, surgió como técnica de control de la potestad disciplinaria,

⁷⁶ Sánchez Morón , Miguel, Ob. cit., pág. 116

o más ampliamente, como técnica de delimitación de la potestad discrecional, en la medida en que lo que se pretende inicialmente con esta teoría es diferenciar nítidamente entre discrecionalidad (es decir, conceptos susceptibles de aplicación discrecional por la Administración) y conceptos jurídicos indeterminados, como categoría excluida de dicha posibilidad. Pero con el tiempo, esta teoría ha superado su naturaleza inicial de técnica de control.

Cuando la ley condiciona el ejercicio de la potestad administrativa mediante un concepto jurídico indeterminado, sólo admite una solución justa, y ello excluye toda discrecionalidad pues – como hemos visto – ésta supone por definición admitir que existen varias soluciones igualmente lícitas entre las que la Administración puede optar libremente.⁷⁷ Es pues “ la posibilidad o libertad de elección lo que diferencia a la discrecionalidad de otras manifestaciones o habilitaciones normativas como los conceptos jurídicos indeterminados, en los que, según opinión doctrinal y jurisprudencial casi unánime, no existe dicho margen de apreciación o de elección sino que la Administración ha de escoger únicamente la solución querida por el Derecho, siendo inválidas todas las demás. Con la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados la ley define una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. La ley no determina con exactitud los límites de estos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de su aplicación. Es claro que esta

⁷⁷ Según García – Trejibano, “ no puede haber discrecionalidad más que cuando se puede valorar, no cuando hay simple comprobación”. Citado por Miguel Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1995, p. 41.

aplicación o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es ”. ⁷⁸

En presencia de un concepto de esta naturaleza, el proceso administrativo de valoración se halla condicionado o restringido por el concepto indeterminado, y cualquier exceso en su valoración que vaya más allá de los límites materiales del concepto será contrario a derecho.

En el ámbito del derecho administrativo según, Sainz Moreno, ⁷⁹ la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados es un tanto más compleja que en el del derecho privado porque no se trata sólo de resolver ciertos problemas de interpretación y aplicación, sino de establecer las razones por las que el poder judicial puede revisar las decisiones que en esta materia ha tomado la Administración. Entra en juego, pues, el tema de la relación entre la Administración y la Justicia y el de los poderes que la Administración tiene para cumplir sus fines, pero, sobre todo, y fundamentalmente, el de la juridicidad de la acción administrativa.

La utilización por el legislador de conceptos jurídicos indeterminados, tanto en el tipo de la norma como en la consecuencia jurídica de la misma, es una realidad y una necesidad insoslayable, pero ello coloca a su vez al órgano administrativo aplicante frente a una compleja problemática, que se le presenta precisamente debido a la indeterminación de aquella. La cuestión inicial es si, en

⁷⁸ Beltrán de Felipe, Miguel, Ob. cit., p. 38.

⁷⁹ Sainz Moreno, Fernando, Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa, Editorial Civitas S.A., Madrid, p. 220 - 221

tales supuestos, ha de entenderse que la indeterminación concede al órgano administrativo una autorización para la aplicación discrecional de la norma. La respuesta podría fluctuar, simplificando, entre dos posiciones; por un lado, la consideración de que los conceptos jurídicos indeterminados conllevan la eliminación de la discrecionalidad referida a la norma que los contiene, precisamente por tratarse de conceptos jurídicos que exigen la afirmación de una sola solución justa; por otro lado, existe la teoría que afirma que tal indeterminación es connatural a la atribución de discrecionalidad, ya que ésta no tiene razón de ser cuando la norma se expresa con conceptos perfectamente determinados.

La diferencia entonces entre estos dos grandes bloques (discrecionalidad y conceptos indeterminados) se articula en torno a la existencia o no de criterios objetivos y no estrictamente políticos (técnicos, de experiencia, incluso culturales o morales -menos objetivos estos últimos-) que permiten al intérprete discernir el único sentido en que legalmente se puede aplicar la norma.⁸⁰ Se trata de una teoría cuya tarea específica es servir a la idea de someter el poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho.⁸¹

2.7. El llamado margen de apreciación

Hemos visto ya al inicio de este Capítulo que existe un grupo de definiciones

⁸⁰ Beltrán de Felipe, Miguel, Ob. cit. p. 42

⁸¹ En aquellos países en los que existe un Tribunal Constitucional, esta teoría se aplica plenamente para controlar la labor legislativa del Parlamento en desarrollo de preceptos constitucionales redactados – muy frecuentemente – con conceptos indeterminados.

de discrecionalidad que hacen hincapié en que ella es un espacio o ámbito de decisión no regulado o sólo parcialmente regulado por el Derecho, que el ordenamiento, y en concreto el legislador, ha otorgado a la Administración,⁸² pero su esencia, esto es, el llamado margen de apreciación, no está regulada – a veces – ni siquiera por vía de principios, por el Derecho.

En efecto, existen algunas definiciones basadas esencialmente en este margen de apreciación. Es decir, de un ámbito decisonal que, generalmente previsto en una norma habilitante, deja un espacio vacío que ha de ser rellenado por los administradores con criterios no necesariamente explicitados por el Derecho. Se trata de valorar los hechos ajustados al concepto legal respectivo, teniendo presente el interés público que debe tutelarse en el caso concreto; y esta valoración constituye – un argumento más – que se esgrime para sostener la imposibilidad que le afecta al juez para sustituir los criterios valorativos de la Administración por los suyos.

El margen de apreciación no constituye en ningún caso margen de empleo discrecional de la voluntad. Lo único que implica es el reconocimiento de la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa,⁸³ a cuyo efecto se dota a la autoridad que está resolviendo un asunto límite o ambiguo, de una cierta libertad interpretativa para ajustar el hecho concreto a la norma jurídica correspondiente. Este margen de libre decisión, que permite a la Administración llenar espacios en blanco en base a determinaciones específicas y analíticas, debe haberle sido atribuido por la ley, porque – como hemos ya visto – la

⁸² Es conocida la frase con la que Davis inicia su *Discretionary Justice*: “ Where law ends, discretion begins ” . Citado por Miguel Beltrán de Felipe, Ob. Cit., pág. 30.

⁸³ Oelckers Camus, Osvaldo, Ob. cit. p. 482.

discrecionalidad no significa ausencia de Derecho para ejercitar la potestad, porque para que la Administración detente cualquier potestad, sea reglada o discrecional, es necesario que una norma la haya atribuido. Pero este margen de libertad decisional es de suyo reducido.

2.8. Discrecionalidad e interdicción de la arbitrariedad

Discrecionalidad no es arbitrariedad. Con esta afirmación se quiere destacar que existe una clara distinción, entre ambos conceptos, más aún, se trata de conceptos antagónicos. Entre lo que es fruto de la mera voluntad o el puro capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo de una fundamentación que lo sostiene. Ambos se diferencian, en primer lugar, por un dato aparentemente formal (la motivación o no de la decisión) y, en segundo lugar, por un elemento material o de fondo (si, una vez expuestas las razones que han dado lugar al acto, son o no suficientes, razonables o adecuadas).

Visto ya el concepto de Discrecionalidad Administrativa, nos encontramos con que la arbitrariedad ha sido definida como aquel “ acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho ”. Ello supone que la adopción de cualquier decisión por la Administración requiere de una fundamentación suficiente, y con más razón, en los actos discrecionales donde entra en juego en mayor medida su propia voluntad. Pero no basta cualquier fundamento para justificar la decisión sino que, además, el mismo debe encontrar una razonable adecuación en el Derecho. Por ello, no sólo puede entenderse como arbitraria una decisión no fundamentada, sino que lo arbitrario y, por lo tanto, constitucionalmente prohibido es todo aquello que es o se presenta como carente de

fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de toda razón capaz de explicarlo.

Se trata de dos conceptos que nunca pueden confundirse pues lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación o la que ofrece carece de soporte y autenticidad.

2.8.1. Necesidad de motivación.

“ La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya por este sólo hecho, arbitrario”⁸⁴.

La motivación es, asimismo, una garantía elemental del derecho de defensa, incluida en el conjunto de facultades que comprende el derecho fundamental a obtener una resolución jurisdiccional fundada en el Derecho. Esta motivación exigible puede ser sucinta, como consecuencia del significativo volumen que hoy tiene la actividad administrativa, que es incompatible con requerimientos más exigentes, por lo que una motivación breve o escueta, si es

⁸⁴ Fernández, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, pág. 106 – 107.

suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de motivación, ni acarrea tampoco nulidad.⁸⁵ Debe sí destacarse que si bien la motivación puede ser sucinta, dada su finalidad puramente instrumental de indicar al destinatario de la decisión las razones en que ésta se apoya, de la justificación de la decisión no puede decirse lo mismo, porque una cosa es la expresión externa de las razones que sirven de fundamento a la decisión y otra muy distinta las razones mismas, como veremos en el párrafo siguiente.

2.8.2. Existencia de justificación objetiva.

El poder administrativo, que en un Estado de Derecho debe servir los intereses colectivos, es siempre un poder funcional, un poder obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Constitución y a la Ley, a los que está expresa y plenamente sometido, conforme se expresara ya en el Capítulo I.

Lo anterior es mayormente válido cuando se está en presencia de la Discrecionalidad Administrativa por cuanto en ella la Administración dispone de una mayor o menor libertad para elegir la solución que considere más apropiada de entre las varias posibles que la ley le proporciona, libertad que es suya y sólo suya, pero tal libertad la obliga a tener que dar razones por qué estima que tal solución y no otra distinta es la que mejor satisface los intereses a cuya satisfacción se orienta.

⁸⁵ “al silenciar la Administración autorizante los motivos que le indujeron y pudieron justificar la resolución denegatoria, se despoja al acto administrativo de su adecuada fundamentación y la discrecionalidad se ejercita de manera arbitraria.”», Sentencia del Tribunal Supremo español, de 26 de noviembre de 1991.

Para no incurrir por tanto en arbitrariedad, la decisión discrecional debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera, porque en los actos discrecionales, a diferencia de lo que ocurre en los reglados, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran transcendencia el proceso lógico que conduce a la decisión. “ Ello obliga a la Administración a aportar todo el material necesario para acreditar que su decisión viene apoyada en una realidad fáctica que garantice la legalidad y oportunidad de la misma, así como la congruencia con los motivos y fines que la justifican. La justificación adecuada de la decisión adoptada constituye así un segundo nivel de diferenciación entre lo discrecional y lo arbitrario ”.⁸⁶

Hasta donde deba llegar el esfuerzo de justificación de la decisión es algo que no puede afirmarse a priori. Ello dependerá de la naturaleza del asunto, de las circunstancias que rodeen al mismo y, de la estructura de la norma que habilita o crea el poder de actuar. Se requiere si que a mayor libertad, más precisa y cuidadosa debe ser la justificación de la decisión.⁸⁷

Resulta indudable que la arbitrariedad ha de referirse al fondo de la decisión, no a la forma de producirse o manifestarse porque una decisión discrecional puede estar basada en razones reales, fundadas y en correspondencia con la realidad, pero presentarse exteriormente sin motivación. En este caso el acto sería inválido por ilegal pero no por arbitrario, pues la ausencia o insuficiencia de

⁸⁶ Fernández, Tomás – Ramón, Ob. cit., págs. 110 - 111

⁸⁷ Beltrán de Felipe estima que la falta de motivación “ podría a ser un indicio -sin duda importante, pero solamente indicio- de arbitrariedad porque, aún estando en esencia de acuerdo en que la motivación de los actos administrativos (en particular de los actos discrecionales) no puede verse como un simple requisito de forma, existen decisiones no motivables o difícilmente motivables, o también cuya motivación puede no afectar a su validez o no trascienda a la esfera de situaciones reaccionales de los interesados (o en cualquier caso cuya

motivación formal no quiere decir que el acto carezca de razones.

En definitiva, “Si la ausencia o las deficiencias de la motivación no permiten averiguar los verdaderos motivos, entonces el juez no podrá valorar si el uso que se ha hecho de la discrecionalidad se ajusta o no a Derecho, lo que debe llevar a la anulación del acto por infracción de las formas esenciales establecidas para que la Administración motive su decisión ”. ⁸⁸

Por último, debemos destacar que lo que caracteriza el acto arbitrario no es sólo su disconformidad con el Derecho, sino, también y fundamentalmente, carecer de fundamento alguno, es decir, no basarse en ninguna regla o criterio, ni jurídico ni de otro tipo. Es precisamente este aspecto característico de lo arbitrario lo que permite distinguir con mayor claridad lo discrecional de lo arbitrario. El contenido de la decisión discrecional no vendrá plenamente fundado en una regla o criterio jurídico, pues, precisamente el ordenamiento ha confiado a la autoridad pública en cuestión la determinación de dicho contenido conforme a los criterios que considere más convenientes y que no están proporcionados por el ordenamiento. Pero, en todo caso, la decisión discrecional es fruto del juicio y como tal juicio si pretende presentarse como admisible, ha de tener un fundamento suficiente. En esa existencia de razones o criterios que respalden la decisión, reside, precisamente, la diferencia entre el acto discrecional y el acto arbitrario. La decisión discrecional es aquella cuyo contenido posee una justificación, se apoya en unas razones. Por el contrario, cuando el ejercicio del poder discrecional sea arbitrario dará lugar a una resolución ausente de explicación, carente de razones, falta por completo de

motivación se apoyaría en fórmulas lacónicas como «el interés público lo requiere» o «es la solución más adecuada» que para algunos podrían equivaler a la no motivación). Ob ci.t., págs. 52 – 53.

⁸⁸ Sánchez Morón; Miguel, Ob. Citada, pág. 153.

fundamento.

El tema de la discrecionalidad es uno de los más debatidos en la doctrina jurídico- administrativa, al punto que ha sido considerado uno de los aspectos esenciales del Derecho Administrativo en un Estado de Derecho. Lo anterior como consecuencia de que no es posible reglamentar en detalle el ejercicio de todas las potestades con que se encuentra investida la Administración, y para ello se la dota de un cierto margen de libertad para tomar sus decisiones, sin que por ello se incurra en arbitrariedad

Pero no obstante lo anterior, no tiene cabida por tanto en nuestro ordenamiento jurídico una discrecionalidad administrativa con inmunidad jurisdiccional, revestida de irresponsabilidad, y fundada en la apreciación libre e incondicionada, caprichosa o subjetiva de la autoridad o funcionario, en que sólo sería apreciable el libre mérito u oportunidad de su actuar. Aceptar una potestad de tales características haría innecesaria la existencia de la Constitución, que sería reemplazada por la arbitrariedad de la Administración.⁸⁹

Compartimos la opinión del Profesor Caldera en cuanto a que la discrecionalidad administrativa “ sólo puede tener cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico cuando se la interpreta a la luz del ordenamiento establecido en la Constitución, debiendo respetarse las limitaciones establecidas para el ejercicio de la soberanía. Fuera del contexto indicado no puede existir válidamente, ni ejercerse con efectos regulares una atribución que esté en conflicto

⁸⁹ Caldera Delgado, Hugo, Ob. cit. p. 112.

con los principios y preceptos contenidos en la Constitución”⁹⁰.

⁹⁰ Caldera Delgado, Hugo, Ob.cit., pág. 428.

CAPITULO III

El Derecho no es una ciencia exacta y la tarea de control jurídico no es una operación matemática.⁹¹

3.- EL CONTROL JURISDICCIONAL DE EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La cuestión del control jurisdiccional del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración es un tema clásico de la teoría del Derecho. Está en los orígenes mismos del Derecho Administrativo y cada época ha ido dejando en él la huella de sus propias reflexiones teóricas, así como de las sucesivas experiencias prácticas y jurisprudenciales. Más aún: hay quien piensa, lisa y llanamente, que ese es, justamente, el tema central del Derecho Administrativo. El gran juspublicista americano Bernard Schwartz lo expresaba crudamente así: “ Verdaderamente, ¿de qué trata el Derecho Administrativo si no es del control de la discrecionalidad?.”^{92 93}

Desde el surgimiento del moderno Estado constitucional, después de las revoluciones americana y francesa del siglo XVIII, se ha planteado, el problema del control jurisdiccional de la Administración.⁹⁴ Diversas interpretaciones de la separación de poderes propiciaron distintos regímenes de esta clase de control. La solución más lógica y natural era la judicialista, angloamericana, ya que el juez aplica el derecho en los casos controvertidos como es su función específica, cuando

⁹¹ Sánchez Morón, Miguel, Ob. cit., p. 136-137

⁹² Schwartz, B., Administrative Law, 3ª. Ed., Boston, 1991, pág. 652, citado por Eduardo García de Enterría en: Democracia, Jueces y Control de la Administración, 4ª. Edición ampliada, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 31.

⁹³ Como expresamos en la Introducción, célebre ha sido en España la polémica sobre este viejo tema, cuyo debate ha girado en torno a autores tan cualificados como los Profesores Luciano Parejo, Tomás Ramón Fernández y Miguel Sánchez Morón . El interés general de la polémica se mantiene hasta hoy en el plano de la doctrina y la jurisprudencia.

juzga a la Administración, sin por ello trabarla ni sobreponerse a ella, porque sólo declara lo que ya está establecido en el orden jurídico superior, constitucional y legal.

Durante todo el siglo XIX la actividad discrecional no era controlable, y así la Administración ejercía prácticamente sin control facultades muy amplias, y en el proceso reductor de este actuar, el Consejo de Estado francés y los Tribunales galos tuvieron activa participación.

Francia, que proclamó solemnemente, en su Declaración de 1789, que no tienen Constitución los Estados donde no está establecida la separación de poderes, la interpretó, sin embargo, de una manera muy particular, ejecutivista y autoritaria, a propósito de la jurisdicción administrativa, pues desde la revolución, por prejuicios políticos contra la clase judicial, por el recuerdo de los antiguos Parlamentos, etc., estableció la regla de la separación de las autoridades administrativas y judiciales, en cuya virtud los jueces no podían trabar la gestión de los cuerpos administrativos ni juzgar los actos de la administración. Se entendió, erróneamente, que juzgar a la Administración, era, también, administrar; y por ello, la justicia administrativa sólo pudo estar a cargo de la Administración misma, y fue necesario montar un aparato, dentro de la Administración, para juzgar los litigios administrativos, pero los integrantes de ese aparato eran funcionarios administrativos amovibles, que alternaban funciones consultivas, de asesoramiento a la administración activa y misiones en servicio activo, en la misma, con su tarea jurisdiccional. Esta estructura que, con el tiempo, se fue especializando y perfeccionando, provocó muchos elogios por la sensibilidad para el interés público y la

⁹⁴ Ramón Real, Alberto, Ob. cit. p. 95 – 97.

comprensión de las necesidades de la Administración que caracterizarían al juez administrativo. Se le atribuyó un conocimiento de la materia administrativa, inaccesible al juez del Poder Judicial y éste es el más reciente fundamento de la existencia de una justicia administrativa separada de este Poder, después que se volvieron extemporáneos los prejuicios políticos revolucionarios contra aquél Poder, pero desde que se afirmó la regla de la separación de la administración activa y la justicia administrativa, han crecido, por un lado, los temores del juez de irritar a la Administración y por otro los recelos de ésta, que defiende sus prerrogativas autoritarias frente al juez administrativo, como antes frente al Poder Judicial. Como resultado, el gran perjudicado es el administrado.

Pero en los últimos tiempos se observa un creciente descrédito, reflejado en la doctrina gala del contencioso anulatorio (recurso por exceso de poder), considerado hasta algún tiempo un sobresaliente mérito del derecho público francés, instrumento modelo del Estado de Derecho

3.1. Concepto de control

El control “es un acto o procedimiento por medio del cual una persona o un órgano debidamente autorizado para ello, examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley.”⁹⁵ y en lo que al Derecho Administrativo se refiere, el Prof. Pantoja Bauzá lo define como “una actividad encaminada a determinar si un órgano u organismo administrativo ha actuado como correspondía hacerlo según los patrones objetivos que sirven de base

⁹⁵ Fernández Vasquez, Emilio, Diccionario de Derecho Público, Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 101.

al control ”⁹⁶

3.1.1. Control y constitución

Desde luego, y en relación con este tema, es necesario tener presente la vinculación que existe entre control y Constitución, por cuanto hacer referencia a la Constitución es aludir a un instrumento de limitación y control del poder. El control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si lo que se desea es hacer operativo al mismo, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma.

No puede concebirse la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado de Derecho si no descansa en la existencia y efectividad de los controles. De ahí que éstos se hayan ampliado y enriquecido en la teoría y en la práctica constitucional de nuestro tiempo, como garantías de una compleja división y limitación del poder. La creación de tribunales constitucionales, la aplicación de la Constitución por los jueces, junto al control de constitucionalidad de las leyes, de los reglamentos y de otros actos del poder público e incluso del poder social o de los particulares es prueba de ello. Esta ampliación y eficacia de los controles se manifiesta – como hemos visto ya en el Capítulo I - en la completa sumisión de la Administración a la Constitución y a la ley; con la desaparición de ámbitos exentos; en el establecimiento de nuevas instituciones de fiscalización; en la extensión del control parlamentario a actividades o entidades de carácter administrativo; en la

⁹⁶Pantoja Bauzá, Rolando, La organización administrativa del Estado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 351.

multiplicación de otros medios de control del poder a cargo de asociaciones, sindicatos o grupos de interés; e incluso en la creación de instrumentos supranacionales, políticos y jurídicos, de control.

Se dará pues en el primer tercio de este siglo el inicio a una tendencia doctrinal y práctica orientada hacia un reforzamiento de los controles, especialmente con el establecimiento de los tribunales constitucionales austríaco y checo en 1920, y luego, a a partir de 1945, después de la trágica experiencia del fascismo y del nacional-socialismo alemán, cuando se producirá en Europa la recuperación plena de la vieja idea sustentadora de la Constitución bien equilibrada, es decir, de la Constitución como una norma que supone, el establecimiento y mantenimiento de restricciones regularizadas, efectivas, al poder.⁹⁷

De esta forma, unas veces por recogerlo la Constitución expresamente y en todos los casos por construcción de la jurisprudencia o la doctrina, el sistema de restricciones efectivas al poder se organizará bajo la denominación de Estado de Derecho democrático y social.

Dado el papel capital que desempeña el control en el concepto de Constitución y, por lo mismo, en el significado del Estado constitucional, pocas dudas puede haber acerca de la pertinencia de una teoría del control, teoría tanto

⁹⁷ Palabras escritas en 1941 por Friedrich para la segunda edición de su *Constitutional Government and Democracy*. Lo que afirmaba este autor en el prefacio de aquella edición pasaría a ser, justamente pocos años después de acabada la guerra, la idea dominante, del mejor Derecho constitucional europeo: «El constitucionalismo es probablemente el mayor resultado conseguido por la civilización moderna y poco o nada del resto de esa civilización es concebible sin aquél. Bajo él, por primera vez en la historia humana, se ha conseguido para el hombre corriente un cierto grado de libertad y bienestar».

más necesaria en cuanto que ha sido poco cultivada por la doctrina. Por supuesto que al control suelen referirse casi todas las obras generales sobre Teoría de la Constitución o los manuales de Derecho Constitucional, así como, incidentalmente los trabajos sobre control parlamentario o sobre control constitucional de las leyes, pero tales referencias, o bien se circunscriben a unas consideraciones sumarias sobre el significado político del control, o bien, si tratan de abordar su significado jurídico, se limitan a trasladar, en bloque, las categorías empleadas en el campo del Derecho Administrativo que, en este punto, como en muchos otros, difícilmente pueden adaptarse a problemas propios del Derecho Constitucional.⁹⁸

Sólo en el Estado constitucional y democrático de Derecho, la teoría del control se presenta como parte inseparable de la teoría de la Constitución, precisamente porque ambos términos, control y Constitución se encuentran allí indisolublemente enlazados.

3.1.2. Control jurisdiccional de la administración.

El vocablo “jurisdicción” tiene una acepción amplia aplicable no sólo al Poder Judicial, en cuanto mediante ella se expresa genéricamente la existencia de la facultad de cualquiera persona u órgano de adoptar una decisión llamada a producir determinados efectos, pero referida a ese Poder, ella existe cuando lo que se resuelve por un tribunal está llamado a producir efectos jurídicos. Siempre en un sentido genérico, quien tiene jurisdicción goza de competencia, pero “jurisdicción” y “competencia” no son sinónimos, dado que la “jurisdicción” es la facultad de administrar justicia que corresponde a todos los tribunales del país y la “

⁹⁸ Aragón, Manuel, Ob. cit. p. 16.

competencia”, conforme a lo establecido en el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones. En otros términos, todo tribunal tiene jurisdicción siendo la competencia la medida o grado de jurisdicción que a ellos corresponde.”⁹⁹

En el tema que nos interesa, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado – en más de una oportunidad – el sentido y alcance del vocablo jurisdicción, de los cuales hemos elegido los dos siguientes: “ La jurisdicción se define generalmente como el poder – deber que tienen los Tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir”¹⁰⁰; y “ La jurisdicción es una función pública privativa de los tribunales de justicia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 73° de la Carta Fundamental, cuyo ejercicio constituye un poder-deber que permite al Estado, a través de ellos, garantizar la vigencia efectiva del derecho y, a las partes afectadas por un conflicto, su solución uniforme y ajustada a la ley”.¹⁰¹ En lo que se refiere a esta Tesis, este concepto ha sido tomado en un sentido amplio, teniendo presente para ello que la discrecionalidad administrativa puede ser controlada en nuestro país por los Tribunales ordinarios de justicia, que integran el Poder Judicial, y por el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República, que no integran ese Poder.

⁹⁹ Corte Suprema, 14 de junio de 1960, R.D.J. t. 57, sec.1ª, pág. 103.

¹⁰⁰ Fallo Rol N° 165, de fecha 19 de enero de 1993.

¹⁰¹ Fallo Rol N° 205, de fecha 1° de febrero de 1995.

El poder del Estado es único e indivisible, pero sus poderes fundamentales tienen que funcionar coordinadamente para la consecución de la única finalidad que justifica la existencia de aquél: la búsqueda incesante del bien común y de su realización efectiva, que exige para ello una vinculación funcional de los poderes públicos –legislativo, ejecutivo y judicial, y consecuentemente con ello, el abandono de la antigua concepción de separación absoluta de esos poderes, que los consideraba como si cada uno de ellos fuera un ente soberano dentro del Estado y separados de éste. Si estimamos, además, por una parte, que la Administración debe respetar y se encuentra sometida al principio de juridicidad, y el respeto de este principio hace imprescindible el ejercicio del control jurisdiccional sobre los actos de aquélla, pues la falta de este control impediría la anulación de actos viciados de inconstitucionalidad o ilegalidad, y tenemos presente por la otra parte, que no es dable permitir la existencia y aplicación de actos de la Administración con vicios de la naturaleza antes expresada, a pretexto de no existir órganos jurisdiccionales competentes para hacer efectiva la nulidad que para tales actos consagra la Carta Fundamental, pues se estaría en colisión con el texto y con la filosofía que inspira a esta última, además de ser inconciliable con la existencia de un Estado de Derecho. La vigencia del principio constitucional de unidad jurisdiccional proporciona siempre un juez con jurisdicción y competencia para conocer y fallar cualquier conflicto.¹⁰²

Ahora bien, como vimos al desarrollar el Capítulo I, algunas veces por recogerlo la Constitución expresamente o la jurisprudencia o la doctrina, el sistema de restricciones efectivas al poder se organiza bajo la denominación de Estado de Derecho democrático y social. De entre sus características nos interesa

¹⁰² Caldera Delgado, Hugo. Ob.cit. Tomo I, pág. 241, cita(1)

resaltar el menos discutido de todos ellos; esto es, el papel fundamental que en ese tipo de Estado desempeña el control.

El control administrativo; esto es el que se realiza sobre la Administración puede ser jurisdiccional, esto es, ejercitarse en forma de juicio, o aplicarse por órganos administrativos no jurisdiccionales internos o externos. El control jurisdiccional corresponde a tribunales, sean estos tribunales administrativos propiamente tales, especiales o de plena jurisdicción, o sean tribunales ordinarios a quienes la Constitución o la ley han asignado competencia específica o amplia en materia contenciosa administrativa. Esta clase de control es uno de los elementos esenciales en un Estado de Derecho.....y al ejercer el control jurisdiccional los tribunales ordinarios están precisamente, ejerciendo las funciones que la Constitución les ha señalado específica y excluyentemente, sin que sea procedente hacer cuestión de si el asunto de fondo del litigio sea civil, administrativo o penal, porque aun si el caso fuere administrativo, ello en modo alguno significaría que dichos tribunales van a entrar a administrar, esto es, a ejercer funciones propias del Poder Ejecutivo.....Tanto cuando rechazan la demanda como cuando declaran la nulidad de una decisión administrativa los tribunales ordinarios están dentro del ejercicio legítimo de sus funciones y en modo alguno se les podría reprochar que estuvieran administrando y, mucho menos, invadiendo la esfera propia del Poder Ejecutivo, a pesar de que la declaración de la nulidad del acto administrativo afecte a la Administración, en razón de serle oponible el fallo.”¹⁰³ A esta misma conclusión se llega si se examina la cuestión desde la perspectiva del derecho fundamental a la jurisdicción, pues está claro que este derecho se refiere a una tutela jurídica, acordada estrictamente en derecho. Así lo ratifica el artículo 19° N°

¹⁰³ Caldera Delgado, Hugo. Ob. cit. Tomo I, pág.241, cita (1)

3 de nuestra Constitución, que tiene como contenido normal, la facultad de obtener una respuesta razonada y fundada en derecho a las pretensiones formuladas ante los órganos judiciales. Más allá de este punto, una decisión judicial no sólo se excedería del contenido de ese derecho por parte del que formula la pretensión, sino que podría incluso lesionar el mismo derecho de la parte contraria.

Este control jurisdiccional puede admitir muchas variedades, según sean las materias o las calidades de los tribunales a quienes se asigne el conocimiento y resolución de éstas, pero siempre existirá un elemento común: el asunto será entregado al conocimiento y decisión de un órgano judicial que conocerá de él en forma de juicio, iniciado por una acción o un recurso generalmente de plena jurisdicción y de nulidad. Se trata de un control a posteriori, en que habitualmente se pedirá la declaración de ilegalidad del acto administrativo, y su consecuente nulidad.

Por el contrario, el control no jurisdiccional de la Administración se lleva a cabo a través de sus órganos internos, externos, paralelos o independientes que están llamados a ejercer control pero sin forma de juicio o a través del conocimiento de recursos administrativos no contenciosos, aun y predominantemente de oficio.¹⁰⁴ Así, nuestra Constitución y la ley, por variadas razones jurídicas y prácticas,¹⁰⁵ han confiado también a autoridades administrativas funciones jurisdiccionales, dado que estas autoridades – en sus orígenes históricos – reunieron en sí facultades políticas, administrativas y de justicia. Esta clase de jurisdicción está reconocida en el artículo 87° de la Carta Fundamental, con motivo

¹⁰⁴ Silva Cimma, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público. Editorial Jurídica de Chile. 1994, págs. 41-42.

¹⁰⁵ Pantoja Bauzá, Rolando. Ob cit., pág 360-363.

del juzgamiento de las cuentas que deben rendir ciertos funcionarios públicos ante la Contraloría General de la República. La ley por su parte ha confiado esta facultad a otras autoridades; tales como: Directores Regionales de Impuestos Internos; Administradores de Aduana, Director Nacional de Aduanas y a la Junta General de Aduanas.

Según Dromi, todo acto es revisable jurisdiccionalmente en cuanto a su legitimidad, afecte ésta la parte reglada o la parte discrecional del acto.¹⁰⁶ Acto discrecional no significa acto irrevisable, sino acto con margen de libertad mayor que en otros. El órgano jurisdiccional puede revisar el ejercicio de las facultades regladas y también si se han transgredido o no los límites de las facultades discrecionales. Ambos aspectos constituyen, elementos del concepto de legitimidad que el juez puede controlar. Pero el órgano jurisdiccional no puede anular un acto por considerarlo inoportuno o inconveniente; sólo puede hacerlo cuando lo estime ilegítimo. En otros términos, la Administración está limitada en el ejercicio del poder discrecional y es en el examen de estos límites del poder discrecional donde entra el control de juridicidad ejercido por el órgano jurisdiccional. A este control le corresponde verificar si la Administración ha desbordado los límites de su competencia discrecional, pero no la oportunidad o conveniencia de los actos dictados por el administrador, pues los tribunales son incompetentes para pronunciarse sobre la oportunidad: es un principio definitivamente establecido. Este control es, entonces, de juridicidad y nunca de oportunidad o conveniencia; el juez puede extinguir el acto por antijurídico no por inoportuno.

¹⁰⁶ Dromi, José Roberto, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 479

Tenemos entonces que el control jurisdiccional de ejercicio de la discrecionalidad administrativa es un control de naturaleza estrictamente jurídica, que sólo puede realizarse con parámetros jurídicos, que no puede conducir a otro tipo de decisión que no sea la de imponer el respeto de los límites jurídicos de la acción administrativa. Un simple análisis de los preceptos constitucionales aplicables confirma esta conclusión, tanto desde la dimensión objetiva de la división de poderes como desde la dimensión subjetiva o garantista de los derechos fundamentales.

Pero debemos destacar si que el control jurisdiccional no es el único que puede ejercerse y se ejerce sobre el uso de las potestades discrecionales de la Administración. De no reconocerlo así provienen algunos de los prejuicios que una parte de la doctrina del Derecho administrativo manifiesta sobre la discrecionalidad. Empezando por el equívoco inicial que supuso entender que la discrecionalidad es una “capacidad incondicionada de imposición,” una potestad “libre y exenta de cualquier posible fiscalización o corrección desde fuera, de dar cuenta de sí misma, de justificarse en una sola palabra.”¹⁰⁷

Esa, quizá, podría ser la imagen del poder discrecional resultante hace más de treinta años. Pero no corresponde en absoluto con las circunstancias del presente. En un régimen democrático no hay, por definición, ninguna potestad libre y exenta de fiscalización, libre y exenta de justificarse, puesto que toda la actividad gubernativa y administrativa está sometida, por un lado, a la crítica de una opinión pública libre de una sociedad que puede movilizarse para alcanzar sus objetivos; y por otro, a la responsabilidad política que esa misma sociedad hace efectiva

¹⁰⁷ Expresiones de Tomás Ramón Fernández, citadas por Sánchez Morón, Miguel Ob. cit. p. 154.

periódicamente a través del cuerpo electoral, y a la crítica igualmente política que formulan los grupos de oposición en los foros constitucionales o legales. Se agrega a lo anterior; la acción de un conjunto de instituciones u órganos públicos que tienen por misión fiscalizar la acción administrativa (incluida la discrecional), desde diferentes perspectivas; a saber, interventores, inspectores de servicios, órganos de control jurídico interno, ya sean de naturaleza consultiva, o de resolución de recursos, o de asesoramiento legal, controles de unas Administraciones sobre otras, órganos de participación, garantías de transparencia, etc. Por insuficientes o ineficientes que sean esos controles y por importante que sea el control judicial de la discrecionalidad administrativa, todo eso no puede dejarse de lado y excluir pues lo que corresponde es perfeccionar el sistema de control en su conjunto. De lo contrario, se tiende fácilmente a atribuir a los jueces y tribunales un papel que no les corresponde.

Compartimos la afirmación del profesor Cea Egaña, en cuanto a que “jamás puede la administración apreciar la constitucionalidad y legalidad de sus actos, debiendo excluirse el autocontrol en esas materias. Siempre tal apreciación queda sometida a la heterotutela que la judicatura ejerce sobre el administrador, superlativamente tratándose de decisiones que afecten a los derechos fundamentales. Impera aquí el principio de universalidad del control de juridicidad que es inherente a nuestros tribunales”,¹⁰⁸ según se desprende del artículo 73° de la Constitución y de los artículos 5° y 10° del Código Orgánico de Tribunales.

Dicha revisión procede, concretamente, en los supuestos y elementos

¹⁰⁸ Cea Egaña, José Luis, *Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administrativa*, Revista Chilena de Derecho, Volumen 11, N° 1, enero-abril, 1984.

reglados, asuntos que nunca pueden ser sustraídos de la jurisdicción ordinaria o especial.¹⁰⁹ En consecuencia, únicamente los cuatro puntos precisos en que la discrecionalidad es permitida; esto es, en la apreciación de las consecuencias futuras de los hechos existentes y comprobados; en la determinación del contenido del objeto; en la elección de la oportunidad, el momento; y en la conveniencia de la decisión administrativa, están marginados de la tutela jurisdiccional, pues la administración está ligada por lo justo y legal, más no por lo útil.

3.2. Tendencias doctrinarias

El principal problema relativo al control de la discrecionalidad administrativa proviene del hecho que según un sector doctrinal, supone que el juez no se encuentra legitimado para subsumirse en la posición de la Administración cuando ejercita potestades discrecionales, pues se estaría suplantando el papel de ésta, convirtiéndose a la postre el juez en un legislador, lo que significaría instaurar el tan nombrado “ gobierno de los jueces ”. Es éste uno de los temas más controvertidos y sobre los que más se ha escrito recientemente: el alcance de la discrecionalidad de la Administración y su control por los Tribunales, habiéndose suscitado un apasionado debate doctrinal acerca del significado y límites de esa amplitud del control judicial, concretado en dos criterios que defienden tesis diferentes acerca de cómo deba interpretarse en la actualidad el clásico dogma de la separación entre autoridades administrativas y judiciales a la vista de las exigencias derivadas del derecho a la jurisdicción. Así, frente a los que defienden el pleno con-

¹⁰⁹ Para el prof. Cea Egaña, “ los jueces tienen competencia para constatar los hechos alegados por la Administración, si están o no legalmente comprobados por ella y si es correcta o no la calificación jurídica que al efecto ha efectuado. Pueden por tanto investigar el objeto, la causa, el fin y el procedimiento formativo y de publicidad que rige el acto”. Ob cit., pág. 15.

trol judicial, hay otros que defienden la idea de una función administrativa que quedaría exenta del mismo en virtud del principio de separación de poderes.¹¹⁰

Así las cosas parece conveniente resumir los planteamientos de aquellos que defienden un ámbito propio de función administrativa en el que el poder discrecional quedaría exento del control judicial. De esta opinión es principal sustentador en España el profesor Alfonso Parejo, quien parte de la premisa previa de que la Administración se configura como una institución legítima, con legitimidad múltiple: por su dependencia del Gobierno, que cuenta con una legitimidad democrática específica; por su servicialidad respecto al interés general; y por su objetividad, que garantiza precisamente la fidelidad a la voluntad popular normativa o jurídicamente formalizada.¹¹¹ En virtud de ello, en su opinión y la de sus seguidores, se deriva una neta diferenciación constitucional de las funciones administrativas y la función judicial (en el orden contencioso-administrativo) y, al mismo tiempo, una modulación de ésta en el expresado orden precisamente en razón de las peculiaridades de aquélla, con la consecuencia de la existencia de límites -generales y específicos- para la función judicial. La Administración, según este planteamiento, resulta el poder más idóneo para la toma de decisiones en contextos sociales complejos, tecnificados y variables, en virtud de lo cual se le debe reconocer un margen de discrecionalidad (en sentido estricto) no fiscalizable por los jueces ya que, según dice, en estos casos la norma ofrece un espacio de libre decisión a aquélla, es decir, una función propia, que conlleva como consecuencia la

¹¹⁰ Gimeno Feliú, José María, *Legalidad, Transparencia, Control y Discrecionalidad en las medidas de Fomento*, Revista de Administración Pública, N° 137, mayo-agosto, Madrid, 1995, p. 181-182.

¹¹¹ Parejo, Alfonso, *Crisis y Renovación del Derecho Público*, citado por José María Gimeno Feliú, *Ob. cit.*, pág. 182.

imposibilidad de sustitución de la decisión administrativa por una decisión judicial.¹¹²

En resumen, según estos autores, la discrecionalidad es una competencia exclusiva de la Administración constitucionalmente legitimada para la toma de decisiones, que excluye, de suyo, una competencia jurisdiccional concurrente con idénticos contenidos y alcance .

El otro sector de la doctrina, liderado por Tomás Ramón Fernández, teniendo presente que el objetivo básico de la jurisdicción contencioso-administrativa es mantener la observancia de la Ley y el Derecho, respetando, a su vez, el ámbito propio de las competencias “ político-técnicas ” de las instancias administrativas responsables de la gestión de los intereses generales, sostiene que el juez, en el ejercicio de potestades discrecionales no puede entrar nunca en el terreno de las valoraciones técnicas o políticas porque es un aplicador del Derecho, pero sí puede comprobar la legalidad en el ejercicio de esa potestad discrecional a través del examen de los elementos reglados que limitan el acto y la objetividad en la apreciación de los hechos determinantes, así como el fin del acto, pudiendo servirse para todo ello de la aplicación de los principios generales de Derecho.

Esta ineludible función fiscalizadora de los jueces de la actuación administrativa a través de estos instrumentos en el ejercicio de potestades discrecionales se convierte en garantía esencial en un Estado de Derecho, en cuanto

¹¹² Planteamiento aceptado expresamente por Sanchez Morón, al afirmar que la función de los órganos del poder judicial no consiste en sustituir las decisiones de los órganos de gobierno y administración en la definición de los intereses públicos a perseguir y en la determinación de las medidas a adoptar en el marco del Derecho (ámbito al que considera función administrativa propia).

permite evitar los supuestos de arbitrariedad, y contribuye también a administrar mejor, porque al exigir una justificación de las soluciones en cada caso obliga a la Administración a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles valorando de forma más objetiva ventajas e inconvenientes a la hora de actuar.

De esta forma, ambas partiendo de un planteamiento administrativo y procesal, es decir, de Derecho Público subconstitucional, conducen a la postre a un planteamiento estrictamente constitucional que, para la primera postura, se basa en la cuestión de la interdicción de la arbitrariedad como último criterio y suprema técnica de control de la discrecionalidad administrativa y, para la segunda, se fundamenta en la cuestión de los límites y los contrapesos de los distintos poderes públicos, minimizando la trascendencia de la interdicción de la arbitrariedad.

No parece, por tanto, que las dos posturas enfrentadas que venimos comentando sean, en el fondo, muy similares, por el contrario, más parece que, estando claro que el Derecho Administrativo ha llegado aquí; a sus límites superiores, parece forzoso encontrar la solución, por elevación, en el Derecho Constitucional hacia el que ambas posturas apuntan decididamente.

Es, pues, en el Derecho Constitucional donde encontramos la dogmática sobre la interdicción de la arbitrariedad y la idea del Estado de Derecho como Estado razonable, pero también la idea de división, control y contención de los poderes públicos que exige el mantenimiento institucional de espacios privativos para cada uno de ellos que evite tanto los reduccionismos como los aplastamientos competenciales.

Se trata, en definitiva, de controlar el ejercicio de la potestad discrecional, pudiendo el juez o Tribunal incluso revisar si su ejercicio carece de racionalidad o razonabilidad.¹¹³ Así como que la misma no supone una permisividad para actuar en contra de las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido, sino que están limitadas por ellas. De tal manera que la potestad discrecional debe guardar coherencia lógica con los presupuestos de hecho, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación de los criterios generales tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Se aspira así a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas. Ello supone que la Administración, en el ejercicio de potestades discrecionales, debe actuar de forma racional y razonable quedando esta valoración sometida en última instancia a la apreciación de los Tribunales pues, sólo lo razonable es conforme a Derecho. Para ello se presenta como elemento de juicio de especial trascendencia la motivación del acto, por cuanto en función de ella el juez podrá valorar la juridicidad de dicha actuación.

Así sucederá también con el denominado campo de la discrecionalidad técnica, que en principio quedaría excluido de control jurisdiccional, y al que el profesor Fernández considera como uno de los dogmas sobre los que actualmente se debate la jurisprudencia española, bajo la presión contraria que sobre ella inevitablemente ejercen los principios y preceptos de la Constitución. Pero dicha

¹¹³ Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo español en varias sentencias indicando que la discrecionalidad no puede ser entendida en ningún caso con carácter absoluto, es decir, sin control (STS de 17 de septiembre de 1993).

revisión jurisdiccional procede, concretamente, en los supuestos y elementos reglados, asuntos que nunca pueden ser sustraídos de la jurisdicción ordinaria o especial.¹¹⁴

3.3. Tendencias jurisprudenciales.

La jurisprudencia, como regla general, se ha pronunciado respecto del ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración, sin perjuicio que en ocasiones ha estimado que no corresponde al órgano jurisdiccional controlar las decisiones adoptadas por la Administración en el ejercicio de tales facultades. En tal sentido la jurisprudencia del recurso de protección relativa a la arbitrariedad o ilegalidad de los actos del Estado, si bien no ha logrado aún consolidar uniformidad de criterio, no es escasa. Es así como ha señalado que discrecionalidad y arbitrariedad no son conceptos sinónimos, agregando que la Administración actuando discrecionalmente no está autorizada para hacerlo de manera caprichosa, según su libre albedrío, sino que sólo puede apreciar libremente dentro de los límites señalados por la Ley, la oportunidad o la conveniencia de su acción.¹¹⁵ En cuanto al concepto de arbitrariedad, ha señalado que “ es una vulneración del uso razonable con que los elementos discrecionales de un poder jurídico han de ser ejercidos o actualizados, vulneración que origina un acto u omisión arbitrario ”. Además ha señalado que “se entiende por acto ilegal, el que es contrario a derecho, es decir, contradictorio con las normas jurídicas que específicamente lo regulan ”.

¹¹⁴ El profesor Cea Egaña pone como ejemplo que es inconstitucional una ley que delega poderes discrecionales sin sujetarlos a la revisión aludida, por ejemplo, diciendo que el jerarca administrativo actuará a su juicio exclusivo. Obrar bajo el solo criterio subjetivo del jerarca es el comienzo de la arbitrariedad y la ley no puede con esa cláusula sortear el veto constitucional. El legislador que hiciera lo contrario incurriría, además, en una delegación de facultades prohibida y vulneraría el principio de la separación de los poderes en que se funda nuestro Estado de Derecho, atentando así contra lo dispuesto en nuestra Constitución en los artículos 6º, 7º, 61 inciso 2º y 73.

De igual modo, ha señalado que la "Facultad discrecional del ente público es aquella en que debe prestar atención conforme a las circunstancias fácticas según fueren las razones de conveniencia, utilidad, necesidad u oportunidad que aconsejan su ejecución, agregando que "Hay discrecionalidad en el ejercicio de una potestad cuando el titular de un órgano es habilitado por la ley con un margen de libre apreciación para actuar en su función de satisfacer las necesidades públicas, a fin de que al adoptar decisiones, en que deben considerarse circunstancias particulares, se decida de la manera más conveniente, oportuna y eficaz para alcanzar dicha finalidad.". En el mismo sentido, se ha dicho que "La discrecionalidad es la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa dentro de ciertos límites. La discrecionalidad administrativa permite al órgano administrador decidir si debe o no actuar en determinadas circunstancias y en caso afirmativo, que medidas puede adoptar. Todo ello respetando las reglas generales establecidas por las leyes ”¹¹⁶ .

Por otra parte, también ha ejercido un control de los elementos reglados del acto en cuanto al titular del ejercicio de la potestad.¹¹⁷ En cuanto al cómo, ha señalado (con ocasión de un acto realizado por el Servicio de Tesorería) que “ los órganos del Estado, deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán mas

¹¹⁵ Andrade Vergara, Mauricio, Ob. cit. p. 6

¹¹⁶ Reconocer la existencia de la Discrecionalidad en el ejercicio de un poder administrativo no significa reconocer que la administración para actuar pueda hacerlo arbitrariamente. Discrecionalidad y arbitrariedad no son conceptos sinónimos. La Administración actuando discrecionalmente no está autorizada para actuar caprichosamente, según su libre albedrío, sino a apreciar libremente, dentro de los límites precedentemente señalados la oportunidad o la conveniencia de su acción. La Administración está pues impedida de actuar arbitrariamente en la esfera de libertad que la norma jurídica le ha dejado. R.D.J., 1981, T.78, cons. 49°. En el mismo sentido: R.D.J. 1982, T.79, p. 190; R.D.J. 1984, T. 81, p. 141; R.D.J. T. 81, p. 53 y R.D.J., 1987, T. 84, p. 241.

atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico ”. En cuanto al qué, ha señalado que “ un acto es arbitrario en los casos en que es ostensible que una resolución rebasa el ámbito de lo razonable incursionando en el ámbito de lo caprichoso desde que respetándose aparentemente la legalidad existe una notoria desviación de poder considerando la finalidad de la disposición que invoca para actuar ”. En cuanto a la potestad discrecional y los conceptos jurídicos indeterminados, tales como el interés general, la utilidad pública, el bienestar general o la salud pública, “ si bien, otorga al administrador un flexible arbitrio administrativo, las causales que determinan la creación del acto debe ser siempre razonable y acreditada si el asunto se ventila en sede jurisdiccional ”.

Admite generalmente la jurisprudencia el control normal de la discrecionalidad referido a la existencia de hechos determinantes, competencia del órgano, procedimiento, o en su caso la desviación de poder por indebida utilización de las potestades en atención a los fines públicos, e incluso, en último término, por el juego de los principios generales del derecho, entre el que se encuadra el de interdicción de la arbitrariedad.

En efecto, son varias las ocasiones en que el Tribunal entra en el fondo del asunto cuando llega al convencimiento de que la Administración ha obrado arbitrariamente, de tal modo que revisa los actos y realiza su propio pronunciamiento, incluso en el caso de la discrecionalidad técnica pues ésta otorga un libre, pero no arbitrario ejercicio de su potestad a estos órganos administrativos.

¹¹⁷ En el caso de una Resolución del Vicerrector académico de una Universidad estatal, declarando que ella no es ilegal ni arbitraria, toda vez que la autoridad que la dictó se limitó a hacer uso de las facultades que le corresponden"

3.4. Técnicas de control.

En el año 1962, el profesor García de Enterría publicó su trascendental estudio “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo”. Trabajo que, sin ninguna duda, constituye un importante aporte para esa rama del Derecho.

Desde entonces, la doctrina española ha avanzado de manera constante en el desarrollo de esas técnicas, aplicadas de forma generalizada por los tribunales contenciosos administrativos de ese país. En concreto, prescindiendo de los controles más tradicionales, relativos a los elementos reglados del acto (la existencia de la potestad y su extensión, la competencia, el contenido parcialmente reglado del acto, en su caso) y de la desviación de poder ¹¹⁸, los mayores desarrollos se han venido produciendo en virtud de las técnicas de control de los hechos determinantes, de los conceptos jurídicos indeterminados y de los principios generales del derecho. El control de los hechos determinantes ha pasado de una mera verificación de su existencia a un control también de su “calificación jurídica ” efectuada por la Administración, y, dando un paso más de enorme significación, a un control de la “congruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica”, lo que supone en la práctica un control de la racionalidad intrínseca de la decisión y no un control de los hechos como tales. En cuanto a la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, excluyentes a

¹¹⁸ Constituye desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. La desviación de poder exige, para que pueda ser apreciada, la cumplida demostración o convicción moral de que las motivaciones del acto fueron ajenas al interés público, y que aquél se dictó olvidando que la actuación administrativa está sometida a los fines que la justifican. Para la apreciación de la desviación de poder hay que probar los hechos determinantes de incumplimiento del fin del acto administrativo, y la discriminación en la cual se fundase, por lo cual se pone de manifiesto que la carga de la prueba recae sobre el recurrente.

priori de toda discrecionalidad según la tesis prevalente. En un principio se admitía sí la necesidad de reservar un “ margen de apreciación” a favor de la Administración aplicadora del concepto, posteriormente se ha venido a entender que el juez está siempre facultado para proceder a un control completo de su concreción, en cada caso ”. ¹¹⁹

Nos hemos aproximado ya en el Capítulo I al concepto de discrecionalidad, y en relación con la antigua tendencia doctrinal de inmunidad judicial del mismo, el profesor Enterría manifiesta que este no era otro que el de la eliminación pura y simple de todos los actos discrecionales en bloque. Allí donde se daba un acto discrecional (y es raro el acto administrativo donde no se de un elemento de discrecionalidad), allí el juez, sin más, constatando el hecho de que esta discrecionalidad estaba presente en el acto, se abstenía de entrar en el fondo del mismo.

Pero, sobre el particular, debemos tener presente en todo acto discrecional hay elementos reglados de tal entidad que no justifican una renuncia a su control. Estos elementos reglados son: la misma existencia de la potestad, de cuyo ejercicio dimana el acto, ¹²⁰ la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada, y, la competencia para ejercitarla. También es del todo necesario tener presente que el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas, y ello es así porque las autoridades administrativas

¹¹⁹ Sánchez Morón, Miguel, Ob. cit, págs. 20-21.

¹²⁰ Para el profesor. García de Enterría, como no hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida por el ordenamiento, resulta falsa la tesis de la doctrina de la vinculación negativa de la Administración al Derecho, que postula de que hay potestad discrecional allí donde no hay normas, postulado central de la doctrina de la “ vinculación negativa ” de la Administración al Derecho. Ob. Cit., pág. 25, cita (14).

cuentan, con poderes discrecionales para el cumplimiento de la finalidad considerada por la Ley, que es una finalidad pública, más no cualquier finalidad.

El gran tema de la reducción de las potestades discrecionales, es precisamente el del control de los elementos formalmente reglados, con la especificación de que uno de ellos es el fin, fiscalizable a través de la técnica de la desviación de poder; esto es, cuando el acto discrecional se ha desviado de su fin, (del fin en vista del cual el ordenamiento otorgó el poder), se ha apartado de la fuente de su legitimidad, se hace por tal causa viciado, y susceptible de ser fiscalizado por los Tribunales.¹²¹ Pero, evidentemente, las técnicas de reducción de la potestad discrecional no pueden quedar aquí. Sería un error sostener que el único vicio estimable por los Tribunales en los actos discrecionales es el vicio de la desviación de poder. Sin embargo, no es infrecuente que se haga una aplicación práctica en el sentido de esta interpretación.

Podemos decir con toda seguridad que existe la posibilidad de otro control mucho más sustancial sobre las potestades discrecionales,¹²² que pueden agregarse a las indicadas. Ellas son, según el profesor Enterría:¹²³

“ a) En primer lugar, el control de los hechos determinantes. Toda Potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad

¹²¹ La Ley de lo Contencioso-Administrativo española de 1956 por vez primera introdujo, en efecto, la técnica de control de las potestades discrecionales por la desviación de poder, que de esta manera penetró curiosamente en ese Derecho por vía legal y no jurisprudencial.

¹²² La doctrina francesa, que es la misma que puso a punto la técnica de la desviación de poder, es hoy bastante escéptica sobre las posibilidades prácticas que la misma ofrece, y ha volcando por ello su interés sobre otras técnicas alternativas que se han revelado como mucho más eficaces.

¹²³ García de Enterría, Eduardo, Ob. cit., p. 32 - 44.

como tal hecho, y ocurre que la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, no puede ya ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así.”

En el Derecho Administrativo y en la jurisprudencia no hay una conciencia general respecto al control de los hechos determinantes de las facultades discrecionales. Existe si una aplicación del mismo a casos muy particulares. Lo anterior determina la necesidad de implantar esa conciencia pues en el control de la realidad de los hechos determinantes se encuentra una de las posibilidades mas eficaces de control judicial de las potestades discrecionales. Este otro mecanismo de control, examina el presupuesto de hecho que sirve de sustento a cada acto de la Administración y que no puede ser interpretado a su antojo por aquella. El ente contralor, sea jurisdiccional o administrativo, está en condiciones de verificar la existencia real de los hechos determinantes del acto, que en razón de ser perfectamente constatables de manera objetiva, constituyen una eficiente herramienta de control. Actualmente el ente contralor está en condiciones de verificar la existencia real de los hechos determinantes del acto.

“ b) En segundo lugar, y ésta es una de las aportaciones más importantes de la ciencia jurídica alemana de los últimos tiempos, procede recordar la diferencia entre discrecionalidad y lo que los juristas alemanes llaman los conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos jurídicos indeterminados o que se contienen en lo

que también se llaman las normas flexibles son consustanciales a toda la técnica jurídica y no constituyen una particularidad del Derecho público ”.

Esta importante distinción permite concluir de inmediato que, tratándose de un concepto jurídico indeterminado, cabe perfectamente una fiscalización jurisdiccional de su aplicación, pero falta también una conciencia sistemática del mismo, conciencia sistemática en la cual radican posibilidades enormes de reducción de ese gran cuerpo bruto de las potestades discrecionales.¹²⁴

Tradicionalmente discrecionalidad se confundía con conceptos jurídicos indeterminados, que también han sido llamadas normas flexibles, que tienen por particularidad el hecho que la ley ha dejado liberado un ámbito de integración a la Administración para su aplicación; así, justo precio, buena fe, buenas costumbres, buen padre de familia, orden público, seguridad nacional, urgencia, plazo razonable, interés público, estado ruinoso, son algunos ejemplos de estos conceptos.

Si bien tanto en la discrecionalidad como en los conceptos jurídicos indeterminados existe una dimensión no determinada por la norma jurídica, que es necesario integrar, con estos últimos se configura un amplio espectro de carácter solamente indeterminado por cuanto no existe la posibilidad de optar libremente más que por una decisión justa, en la cual juega un papel importante la del

¹²⁴ El profesor Enterría cita como ejemplo el concepto de casa ruinoso, típico concepto jurídico indeterminado. Ante una casa determinada no cabe más que una sola solución justa: la casa es ruinoso o no es ruinoso. Es claro entonces que esta determinación no puede ser objeto de una facultad discrecional, sino que se trata de un problema de aplicación de la Ley en un caso concreto. El Tribunal Supremo español, con absoluta corrección, no vio ningún obstáculo en entrar en el fondo de si existe o no existe casa ruinoso en un caso particular, y de rectificar, por consiguiente, el juicio de la Administración.

intérprete de la ley; no se cuenta – como en el caso de la discrecionalidad - con un mayor número de posibilidades de acciones decisorias habilitadas por la norma jurídica, pero no es fácil llevar a cabo el proceso de integración de estos conceptos no determinados, en atención a que deben concurrir al mismo una apreciación y valoración aplicables al caso de que se trate y al sentido y alcance de la norma que lo establece, para lo cual puede recurrirse a distintos criterios y técnicas ajenas al Derecho, como la sociología y la economía, para conseguir la única posibilidad de solución legítima, en la cual juega un papel muy importante la jurisprudencia. Por lo expresado, se sostiene que esta clase de conceptos jurídicos tiene un carácter reglado.¹²⁵

Tuvimos ya oportunidad de referirnos a los conceptos jurídicos indeterminados en el capítulo anterior, señalando allí que este aporte de la doctrina alemana permitió separarlos definitivamente de la discrecionalidad a la que antes confusamente se vinculaba, lo que permite afinar más aún el control de aquella.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados tiene un ámbito cada vez más amplio, al punto que podría terminar con algunas facultades que antes se consideraban como discrecionales. Pero lo más destacable de esta teoría es que la decisión administrativa reglada y la discrecional no están radicalmente separadas y que la contraposición doctrinal entre ambas se encuentra considerablemente reducida.¹²⁶

¹²⁵ Oelckers Camus, Osvaldo, Ob. cit. p. 480-481.

¹²⁶ A un último aspecto debe hacerse referencia; se trata de la técnica de control de la discrecionalidad a través de los conceptos jurídicos indeterminados. Pues bien, desde el momento mismo en que se afirma que éstos no llevan consigo una actuación discrecional de la Administración (sin perjuicio del inevitable margen de apreciación), no puede suponer técnica alguna de control de la discrecionalidad. Sino que constituye un límite a esa actividad, como también a la que pueda caracterizarse como reglada, pues en la norma que predetermina ésta pueden

“ c) Tercera técnica de control de las facultades discrecionales: el control por los principios generales del Derecho.

Los principios generales del Derecho son, como bien se sabe, una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica.”

El tema de los principios generales del derecho, de su existencia, naturaleza (si son reglas filosóficas o generalizaciones del derecho positivo), función en el sistema jurídico es un inagotable tópico de las disciplinas teóricas generales, como la filosofía del derecho y la teoría general del derecho, pero su valor no se agota en éstas. Los derechos positivos de naturaleza civil, recurren a los principios generales de derecho como medio de integración del sistema, para suplir la ausencia de previsiones normativas expresas, a fin de que los jueces puedan cumplir su deber de fallar aún ante la imprevisión legislativa. Lo mismo ocurre en el derecho público, y particularmente en el derecho administrativo, por la falta de codificaciones sistemáticas, que establezcan expresamente sus propios principios generales, que tienen por causa su formación jurisprudencial reciente, y su dinamismo y movilidad, producto de su estrecha vinculación con los cambios político-sociales.

figurar, sin duda, conceptos jurídicos indeterminados. Requena López, Tomás, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996.

Se puede afirmar que un planteamiento que desconociese la importancia de los principios generales del Derecho en la vinculación de la actuación administrativa debe ser rechazado. Resulta inevitable que el paso del Estado formal de Derecho al Estado material de Derecho imponga al Juez garantizar la protección real y efectiva de los derechos fundamentales, así como una amplia labor de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, de modo que en él se hagan presentes y operativos los valores constitucionales e institucionales que han de presidir toda su labor. Ello es coherente con el hecho de que la Constitución incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico.¹²⁷

No puede, pues cuestionarse que la llamada a los principios generales del Derecho es imprescindible a la hora tanto de ejercer como de controlar las potestades discrecionales. Como es sabido, estos principios cumplen, en lo que aquí nos interesa, una doble función, interpretativa de todo el ordenamiento jurídico e integradora de lagunas legales. Como prescripciones interpretativas, suponen que el intérprete tiene que elegir entre todos los sentidos posibles que pueda tener un acto jurídico, aquel que sea más acorde con los principios generales del Derecho. Estos se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

Será entonces el principio de juridicidad el que va a restringir en gran medida esa función supletoria por sus implicaciones en cuanto a atribución de competencias. Pero cuando nos enfrentamos a las potestades discrecionales, nos

¹²⁷ González-Deleito Domínguez, Nicolás, Integración de las cláusulas de atribución de potestades discrecionales, Discrecionalidad administrativa y control judicial, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1996, p. 212 – 213.

podemos encontrar con una situación paradójica, pues según sea la intensidad con la que se acuda a los principios generales del Derecho, se puede llegar a resultados diversos que, en principio, pueden ir desde el reconocimiento y confirmación de ese marco de decisión discrecional a la Administración, fijando adecuadamente sus límites hasta su práctica desaparición (de manera semejante a como se integra una laguna legal), de forma tal que, a través de los principios generales del Derecho, haciendo de ellos un uso inmoderado, se podría lograr, en muchos casos, reducir ese ámbito de libertad hasta llegar a un punto en el que se estimase que cabría una única solución justa (que se impondría como la más racional y razonable, acorde con los principios de buena administración, etc.). Con ello se haría desaparecer en la práctica esa discrecionalidad que ha sido querida por el legislador, pues ha de tenerse presente que la discrecionalidad supone estructuralmente una renuncia a la regulación completa y exhaustiva de la materia (determinados elementos de la potestad no están predeterminados normativamente), lo que le da una cierta semejanza con la laguna legal (materia no regulada, total o parcialmente por la ley). Pero al contrario de lo que ocurre en ésta, en la que la falta de regulación es un mero accidente, que se enfrenta a la voluntad complementaria del ordenamiento jurídico y que, por ello mismo, puede ser integrada. En la discrecionalidad lo incompleto de la regulación es querida e implica la atribución de competencias precisamente a la Administración para que, en cada caso concreto, adopte, dentro del marco que se le haya fijado, una decisión configuradora y creativa al servicio de la finalidad establecida por la norma.

La potestad discrecional produce efectos jurídicos y, por tanto, no es algo ajeno al Derecho; pero ello no quiere decir que la determinación concreta del contenido del acto, en su aspecto puramente discrecional, se verifique con arreglo a

criterios jurídicos. La potestad discrecional, en su origen, en sus efectos y en su elemento teleológico, es plenamente jurídica; pero en su ejercicio concreto, en su determinación, supone ausencia de criterio jurídico siempre que el administrador se acomode al fin de la ley y actúe dentro de la competencia y de acuerdo con las formas exigidas.

También a través de los principios generales del Derecho es posible controlar la discrecionalidad administrativa por cuanto se trata de valores sobre los cuales se estructura el ordenamiento jurídico, que aquella no puede soslayar y dejar de observar, buena fe, proporcionalidad, igualdad, naturaleza de las cosas, etc., son principios que la Administración debe respetar íntegramente.

Además de la incidencia de los principios generales de derecho en el derecho administrativo, se plantea la pregunta: de si existen y cuáles son los principios doctrinarios propios del derecho administrativo, como disciplina autónoma.¹²⁸

La doctrina ha realizado diversos intentos de enumeración y clasificación de estos principios pero orientados preferentemente a los principios generales de

¹²⁸ Para Ramón Real, “ En las últimas décadas, a partir de 1945, el problema tradicional de los principios generales de derecho se actualizó en la doctrina del derecho administrativo por su consagración jurisprudencial en Francia, como medio de suplir insuficiencias de los textos positivos, por ejemplo en materia de derecho de defensa (debido procedimiento con garantías de audiencia, prueba y alegación), ante la imputación de hechos reprochables, más allá los casos previstos, como el de los funcionarios públicos, conforme a la ley de 1905. Tales principios fueron, lisa y llanamente, afirmados como aplicables, “aún en ausencia de textos”, al principio sin referencia a sus orígenes o fundamentos, sobre la base del *poder normativo* (Waline) de una jurisprudencia pretoriana, sin vincularlos a la ideología ni a los textos de las clásicas declaraciones de derechos humanos. Se entendió que estos principios eran meramente supletorios de la voluntad legislativa y que el legislador podía crear excepciones expresas, de interpretación estricta, a los mismos, desde luego, sin que se pudiese impugnar la validez de tales excepciones. Se reconoce en la doctrina el carácter de regla de derecho de los principios generales y, en consecuencia, que, su violación es determinante de nulidad. Se les incluye por lo tanto entre las

derecho no escritos, aplicables en ausencia de texto en el Derecho administrativo, y a menudo sin muy prolija discriminación de los que pertenecen al Derecho público general y al Derecho administrativo.

Siguiendo el esquema de Jeanneau,¹²⁹ la nómina de los principios generales (o considerados tales) que expone corrientemente la doctrina francesa, siguiendo la jurisprudencia es la siguiente:

La igualdad ante las normas jurídicas, (leyes y reglamentos). La igualdad ante la ley es un principio expreso del derecho revolucionario francés.¹³⁰ La inderogabilidad singular de los reglamentos es aplicación de dicho principio.

*La igualdad ante los empleos públicos*¹³¹ permitió al Consejo de Estado resolver algunos casos (admisibilidad de principio de las mujeres, ilegalidad de las discriminaciones por creencias religiosas, etc).

El principio de igualdad ante los servicios públicos, se expande abarcando a otros particulares, además de los usuarios, y obligando a respetarlo a mayor número de entidades gestoras de servicios de interés general.

La igualdad ante las cargas públicas,¹³² esta igualdad tiene otras aplicaciones en materia de uso del dominio público y tasas. Su violación puede ser índice de desviación de poder o volver innecesaria la invocación de dicho vicio

fuentes del derecho.” Ramón Real, Alberto, Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Administrativo, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 19 – 20, Enero – Diciembre, 1976. Pág.. 233.

¹²⁹ Jeanneau, Bénôit, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, Paris, 1954, citado por Alberto Ramón Real, Ob. cit.,pág 236.

¹³⁰ Declaración de 1789, Arts. 1°, 6° y 13.

¹³¹ Procede de la Declaración francesa de 1789, Art. 6°.

¹³² Tiene, asimismo, su origen en la Declaración de 1789, Art. 13

del acto administrativo nulo. La igualdad ante el impuesto es un aspecto particular de este principio.

Otro principio, es el de *la libertad*, expresado por la máxima jurisprudencial o aforismo según el cual, la libertad es la regla y la restricción de policía es la excepción, que también tiene su origen en la Declaración de 1789 (Arts. 4° y 6°).

Algunos principios generales de derecho, no escritos, de origen jurisprudencial, no tan ligados a la idea de libertad, están sin embargo destinados a garantizar las libertades. Ellos son:

El principio de un dominio reservado a la ley se inscribe entre los que surgen de la lógica superior de nuestras instituciones como una garantía para los administrados derivada del propio régimen democrático.

El carácter de derecho común del recurso jerárquico expresa la idea de que toda autoridad administrativa está sometida al control jerárquico de un ministro sujeto a responsabilidad política.

Varias reglas de organización y funcionamiento de las jurisdicciones administrativas se fundan también en principios generales de derecho; a saber:

El principio de libertad de defensa ante las autoridades administrativas es sin duda un corolario de un verdadero principio general de Derecho público, que abarca todos los planos de la actividad estatal y paraestatal, desde el procedimiento penal y civil y el juicio político, hasta los procedimientos disciplinarios y no

disciplinarios en que eventualmente pueda afectarse la situación concreta de alguna persona determinada.

Los principios generales de derecho y el derecho a la seguridad del comercio jurídico. Se relacionan con esta materia los siguientes principios generales de derecho:

La no retroactividad de los actos administrativos.

La intangibilidad de los efectos individuales de los actos administrativos,

El principio de la autoridad de la cosa juzgada.

Procuran solucionar necesidades propias de la vida administrativa ciertos principios de frecuente mención por la jurisprudencia y la doctrina:

La continuidad de los servicios públicos. El recurrente tema de la huelga en los servicios públicos y en la función pública y otros tópicos como la intervención de entidades acéfalas o desorganizadas se relacionan con este principio.

La especialidad de los establecimientos públicos. Esta regla es aplicación de la competencia en atención a los cometidos o atribuciones de los entes públicos y a la vez garantía contra la expansión estatal ilegítima en la esfera comercial e industrial privadas.

Expuestos cuales son estos principios, debe tenerse presente que la Administración está sometida no sólo a la ley sino también a los principios

generales del Derecho, y ello por una razón elemental, porque la Administración no es señor del Derecho, no es tampoco un poder soberano, y por esta simplísima razón no puede prescindir en un caso concreto, invocando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que se funda en uno de estos principios aplicable en la materia de que se trate. La Ley que ha otorgado a la Administración una potestad para obrar discrecionalmente, no la ha autorizado para desalojar el orden jurídico cuyo componente esencial está constituido por esos principios generales que vinculan a la Administración, principios que no sólo forman parte de ese ordenamiento, sino que lo fundamentan y lo estructuran. En concordancia con lo anterior puede advertirse que el control de la discrecionalidad por los principios generales hace al juez atenerse a su más estricta función de defensor del orden jurídico, porque en parte alguna del ordenamiento la invocación a los principios generales es más necesaria que en el Derecho administrativo. El Derecho administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces.

Las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales del Derecho son muy extensos. Hay principios generales que funcionan como reserva última para condenar resultados extremos obtenidos por la Administración, como el principio de la iniquidad manifiesta, o el de irracionalidad, o el de la buena fe, el de la proporcionalidad de los medios a los fines, o el de la naturaleza de las cosas, etc. Otros principios se revelan como límites directos más inmediatos y operantes, como el fundamental principio de igualdad, y en general, todos los derivados de las decisiones políticas fundamentales y de los derechos y libertades fundamentales de las personas y las instituciones, porque es evidente que la Administración no puede, en nombre de

facultades discrecionales, violar principios constitucionalmente consagrados como base entera de la organización comunitaria y del orden jurídico. Efectivamente, en las decisiones regladas suele bastar con comprobar si la Administración ha adoptado la resolución que le impone la norma; en las discrecionales se deja a la Administración decidir el contenido de aquélla, pero no libremente, sino que la misma debe respetar el resto del ordenamiento jurídico, especialmente los citados principios, y una vez respetados éstos – como hemos visto - la Administración decide libremente. Cuenta aquí con un ámbito de libre actuación del que no goza en aquélla.

A las tradicionales técnicas de control enunciadas, pueden agregarse las siguientes:

- La técnica del control de los vicios *de orden Público*, Así, la falta de competencia o los defectos de procedimiento, ha conducido al control judicial de cualesquiera elementos reglados del acto.

- La técnica de control del *fin* del acto, que siempre ha de ser el interés público y que conduce al control de la *desviación de poder*. Hemos visto ya que la discrecionalidad administrativa tiene algunos elementos reglados,¹³³ y que toda actividad administrativa se orienta a la consecución de determinados fines que pueden estar expresa o implícitamente señalados en el ordenamiento jurídico, y cuando la potestad se utiliza para conseguir un fin distinto, sea público o privado, aparece la figura de la desviación de poder. En este caso, se controla el

¹³³ Oelckers Camus, Osvaldo, Ob. cit. p. 477 – 484.

cumplimiento de un fin predeterminado, conforme a criterios jurídicos, el control es por tanto jurídico, de juridicidad.¹³⁴

Aún cuando moralmente pueda hacerse, la Administración no puede tratar de obtener resultados diferentes a los determinados por la norma jurídica pues se persiguen un fin específico, no otro; obrar en sentido contrario implica desviación de poder y su consecuencia es la ocurrencia de un vicio.¹³⁵

- La técnica del *error manifiesto* de apreciación por parte de la Administración en función de las circunstancias del caso.

- La técnica del control a través de la exigencia de que sean observados por el órgano actuante los *principios de buena administración*.

- La técnica del *balance coste-beneficio* por la que se puede controlar si el coste financiero de la decisión resulta excesivo en comparación con el interés social que representa. En realidad, no es sino una aplicación del principio general de proporcionalidad.

- El control a través de la garantía de los *derechos fundamentales* en cuanto que los comprendidos en el artículo 19 de nuestra Constitución vinculan a todos los poderes del Estado e informan la actuación de los poderes públicos.

- La Técnica de control por la *iniquidad manifiesta*, que se aplica sobre el resultado de la actuación administrativa, y se orienta a determinar que esta actuación –no obstante haberse observado una conducta lícita– no represente un

¹³⁴ No debe confundirse la desviación de poder, con el abuso de poder. Con el primero, se obtiene una finalidad distinta a la buscada por la norma, en el segundo, se hace uso indebido del poder atribuido por la norma al funcionario, independientemente del fin logrado.

¹³⁵ El prof. Oelckers distingue dos tipos de desviación de poder: uno general, que ocurre cuando la Administración al actuar no persigue el fin que caracteriza a la función administrativa; la finalidad de servicio público; y otro de carácter particular, cuando ese actuar no persigue el fin determinado y concreto para cuya consecución le ha sido conferido por la ley el poder y la posibilidad de desarrollar esa acción. Oelckers Camus, Osvaldo, Ob. cit. p. 478-479.

resultado contrario a la equidad, porque en este caso también se estaría frente a un uso ilegal de la discrecionalidad.

- La *interdicción de la arbitrariedad*. Constituye una última técnica de control judicial de la discrecionalidad administrativa, pero no es un mecanismo para sustraer unas potestades que el Ejecutivo tiene porque ya le han sido legítimamente conferidas por el Legislativo. En otras palabras: las disposiciones constitucionales que consagran la interdicción de la arbitrariedad no pueden ser contradictorias con las que atribuyen al Parlamento la potestad legislativa, ni con las que atribuye al Presidente de la República la función ejecutiva de gobierno y administración del Estado, de acuerdo con la Constitución y las Leyes, ni con la que establece el sometimiento pleno de la Administración a la Constitución y la Ley, ni, finalmente, con la que instauro el imperio de la ley como única sujeción del Poder Judicial.

De ahí que si, intentadas judicialmente las distintas técnicas que hemos expuesto de control de la discrecionalidad, el acto supera finalmente también el test de racionalidad siempre puede y debe quedar indemne el núcleo central de la decisión administrativa discrecional. No hay que ver en ello una inmunidad del poder, sino el respeto del poder judicial tanto de lo actuado por el Legislativo al investir de potestad discrecional a la Administración como de lo hecho impecablemente por ésta en ejecución de dicha investidura.

Pese a este rico repertorio de técnicas de control de la discrecionalidad, ésta sigue existiendo en el fondo de muchos actos administrativos y, además, es imprescindible que exista, ya que resulta impensable la acción ordinaria de

gobierno en una sociedad moderna sin habilitaciones más o menos amplias al poder ejecutivo de facultades discrecionales.

Finalmente, en concepto del Prof. Oelckers ¹³⁶ existe un reducto de la discrecionalidad que no es controlable con criterios jurídicos, cual es aquél que se refiere al ámbito estricto de la actuación política o de gobierno en que la Administración opera con absoluta libertad.

3.5.- Organos de control

La defensa de la Constitución, en el sistema organizado por la Carta Fundamental de 1980, resulta ser uno de los sistemas más vastos, complejos y heterogéneos de los artificios concebidos para su protección. Según el Prof. Ríos, sería un gesto desproporcionado, en este vistazo panorámico, pretender la enumeración de las diferentes áreas, procedimientos e instancias en que se desenvuelve el enjambre de controles jurisdiccionales existente sobre actos de poder.¹³⁷ Lo asombroso es la cantidad impresionante de formas de control que hoy existen, y la falta, no menos impresionante, de tribunales para conocer de ellas.

Esa vastedad, complejidad y heterogeneidad se justifica, plenamente, en atención a que el esquema primitivo de protección a la Constitución, cimentado sobre la base de las violaciones provenientes únicamente del órgano legislador, en la actualidad, se encuentra sobrepasado por la aparición de nuevas y poderosas formas de violación a la Constitución derivadas de la actividad de los órganos

¹³⁶ Oelckers Camus, Osvaldo, Ob. cit. p. 483.

administrativos Por eso, hoy día, la moderna jurisdicción constitucional no sólo debe apuntar a la protección de las normas constitucionales frente al actuar del legislador, sino también frente al actuar de las fuerzas políticas y frente al actuar de los órganos de la Administración del Estado.¹³⁸

Desde el punto de vista orgánico, en Chile el control de constitucionalidad de los actos administrativos es realizado por tres órganos diversos: el Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República y los tribunales de justicia. A continuación, y en este mismo orden, analizaremos el control que efectúa cada uno de estos órganos.

3.5.1. El control que realiza el Tribunal Constitucional

De conformidad al texto constitucional, art. 82º, son atribuciones del Tribunal Constitucional: N° 5. Resolver los reclamos en caso que el Presidente de la República dicte un decreto inconstitucional; N° 6. Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por inconstitucional, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88º; y N° 12. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad

¹³⁷ Ríos Alvarez, Lautaro, Estado de Derecho y control jurisdiccional de los actos de poder en la Constitución Chilena, El Poder Judicial en la Sociedad Democrática, Seminario Comisión Fulbright, Instituto de Estudios Judiciales, 1990, p. 83 – 121.

¹³⁸ Fiamma O. Gustavo, El Control de Constitucionalidad de los actos administrativos, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, N° 37 – 38, enero – diciembre 1985, p. 257 – 270..

reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60°. ¹³⁹

Los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional son los siguientes: en los casos de los Nos. 5 y 12, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. Respecto del N° 6, si se rechaza el reclamo del Presidente de la República significa que se producen todos los efectos impeditivos propios de la representación del Contralor; y, si se acoge, la sentencia que admita el reclamo presentado por el Presidente de la República será comunicada al Contralor General para que proceda, de inmediato, a tomar razón del decreto o resolución impugnado.

Esta es en apretada síntesis el grupo normativo que regula el control de constitucionalidad de los actos administrativos que debe realizar el Tribunal Constitucional. Se trata – en cuanto a la oportunidad del control – de un control preventivo no obligatorio (caso del N°6), y de un control a posteriori (caso de los Nos. 5 y 12).

3.5.2. El control que realiza la Contraloría General de la República

Los actos administrativos, de conformidad al artículo 88° de la Constitución, son objeto de un control de legalidad por parte de la Contraloría General de la República. Este control de legalidad se concreta a través del acto-control

¹³⁹ Según el mismo artículo 82 de la C.Pol., los órganos legitimados constitucionalmente para accionar ante el Tribunal Constitucional son: cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros, respecto del N° 5; el Presidente de la República, respecto del N° 6; y, cualquiera de las Cámaras, respecto del N° 12.

denominado toma de razón.¹⁴⁰ Según se desprende del inciso tercero de la disposición antes citada, este control de legalidad comprende también el control de constitucionalidad del acto administrativo. Así lo expresa el mencionado inciso tercero : “Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley , a un decreto” por ser contrario a la Constitución, significa que el Contralor al controlar jurídicamente al acto administrativo no puede evitar el control de constitucionalidad, que recae en aspectos de forma como de fondo.

A raíz de este examen el acto administrativo podrá ser cursado o representado. Si es cursado, como la toma de razón no es un juicio definitivo de constitucionalidad, el acto podrá ser impugnado por la vía de los Nos. 5 y 12 del artículo 82° de la Constitución, ante el Tribunal Constitucional, y los particulares lo podrán hacer por la vía del control de la jurisdicción ordinaria. Si es representado, el Presidente de la República podrá reclamar, por la vía del N° 6 del artículo citado, ante el señalado Tribunal, el que resolverá ordenando al Contralor tomar razón o confirmando la representación efectuada por la Contraloría.

En realidad, el Contralor es el primer guardián de la Constitución en relación a los actos administrativos. A pesar que la toma de razón confiere al acto administrativo una cierta apariencia de constitucionalidad, no se puede dejar de desconocer que el juicio del Contralor, siendo el primero, debiera orientar el sentido de la constitucionalidad del acto a los demás órganos del Estado.

¹⁴⁰ El acto de toma de razón se encuentra regulado en el artículo 10 de la Ley N° 10.336 (Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República), y en la Resolución N° 520, de fecha 15 de noviembre de 1996, del Contralor General.

No podemos concluir este acápite sin hacer una breve referencia a la denominada autotutela de la Administración; o sea, la facultad que tiene ésta para “ emitir un acto para dejar sin efecto uno anterior por causa de ilegitimidad, retirándolo del mundo jurídico por estar viciado, mediante una nueva actuación ejecutada por el mismo órgano administrativo o por un órgano jerárquico superior ” .¹⁴¹ Este sistema, que es conocido también como invalidación, tiene su fundamento en el hecho que la administración se encuentra en una mejor posición para resolver por sí misma sus errores, porque sería un absurdo sostener que para ello, al igual que los administrados, tendría que recurrir a los Tribunales para demandar la nulidad de sus propios actos. Desde luego los artículos 7º, 19, N° 3 y 38 de la Constitución no lo habilitan para ello, pero tampoco ninguno de ellos deroga en forma expresa o tácita su poder de autocontrol, que no requiere autorización expresa de la ley.¹⁴²

Esta autotutela constituye un atributo general e inseparable de la actividad administrativa, inherente e inevitable de su actividad dinámica y directa, que le permiten aprobar por sí misma actos que causen ejecutoria sin intervención ni declaración previa de la justicia, que encuentra su base jurídica en el artículo 6º de la Constitución que obliga a toda autoridad pública a readecuar sus actos irregulares para ajustarlos al ordenamiento jurídico.¹⁴³ Además, esta autotutela encuentra un fundamento político por cuanto corresponde a la Administración atender necesidades colectivas para obtener el bien común, y debe por ello tener la

¹⁴¹ Marin Vallejo, Urbano. Vigencia actual de la invalidación de los actos administrativos. Revista de Derecho. Año I, N° 2, Consejo de Defensa del Estado, Santiago, 2000. Pág. 48.

¹⁴² Dictámen N° 70.900, Contraloría General de la República, 1958.

¹⁴³ El Profesor Urbano Marin V., cita además los artículos 24º y 27º de la Constitución y los artículos 9º (hoy 10º) de la Ley N° 18.575; 58º, letra a) de la Ley N° 18.834 y 61º, letra a) de la Ley N° 18.883. Ob. cit. Pág. 54.

posibilidad de corregir su propia torpeza, atendido el interés público en que se basa.

En razón de lo expuesto, no es posible aplicarle las restricciones que contemplan el artículo 1683 del Código Civil y la teoría de los actos propios para negar el ejercicio de esta autotutela en orden a invalidar un acto irregular emanado de funcionarios administrativos que lo ejecutaron o resolvieron para restablecer el orden jurídico quebrantado. Existe un interés superior de la sociedad en ello.

Nuestra jurisprudencia administrativa ha admitido finalmente esta autotutela pero con la limitación que ella no resulta procedente respecto de terceros de buena fe que tienen interés en el acto irregular, a quienes no alcanzaría la invalidación. Por su parte, la Corte Suprema, en dos fallos reconoció primero - en 1993 -¹⁴⁴ la idoneidad de esta vía para corregir actos irregulares administrativos, y luego - en 1999-¹⁴⁵ desarrolló algunos aspectos de esta facultad de la Administración y le reconoció legitimidad. Pero no puede sin embargo sostenerse aún que exista una amplia aceptación de esta facultad en sede jurisdiccional pues existen fallos recaídos en algunos recursos de protección que la rechazan.

3.5.3. El control de los Tribunales de Justicia

Cierra el sistema de control de constitucionalidad de los actos administrativos el control de los tribunales de justicia. Este tema se inserta dentro de lo que la doctrina denomina contencioso- administrativo.

¹⁴⁴ Gaceta Jurídica N° 159, pag. 185 y ss.

¹⁴⁵ Gaceta Jurídicas N° 235, pág- 247 y ss.

Sobre el particular es de sobra conocida la antigua disputa relativa a la competencia o incompetencia de los tribunales de justicia para conocer las contiendas contencioso-administrativas, cuestión que no incide en el control de constitucionalidad de los actos administrativos, ya que para efectuar este control todos los tribunales de la República tienen plena competencia, de una manera indiscutible que no admite interpretaciones polémicas de ninguna especie, según se desprende de las siguientes normas constitucionales.

En efecto, el artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución de 1980, establece la esencia misma del Estado moderno: el "principio de la bilateralidad" de la Constitución, consistente en que la Constitución obliga tanto a gobernantes como a gobernados, y que por lo mismo la Constitución es tan norma jurídica para unos como para otros. Este principio constitucional obliga también a los jueces, que al fallar deben tomar en consideración no sólo las leyes, sino que además, y muy especialmente, las normas constitucionales. Los jueces, en consecuencia, están obligados directamente a la Constitución, según lo dispone la disposición antes citada, y no indirectamente por las proyecciones de ésta a través de la ley. La Constitución no es un mero programa que se haga operante por intermediación de la ley, es norma; un sistema de normas jurídicas en acto, no en potencia. Esto significa que nuestros jueces letrados que deben fallar conforme a Derecho, deben fallar conforme a la ley y conforme a la Constitución; no sólo conforme a la ley. Por otra parte, el juez debe preferir, por sobre cualquier otra norma o disposición, las normas constitucionales, porque cualquier solución judicial que contravenga las normas constitucionales es de suyo inconstitucional. Este razonamiento es aplicable a todos los jueces, ordinarios y especiales. Así, después de un largo

suspense, en que estos asuntos fueron entregados por la Constitución de 1925 (art. 87°) a tribunales administrativos que nunca fueron creados, y de la prolongación de este suspenso por el art. 38° inciso segundo original de la Constitución Política de 1980, el asunto parece haber quedado definitivamente resuelto por la reforma de esta disposición.¹⁴⁶

El artículo 73° de nuestra Constitución Política, localizado en el Capítulo VI de la misma, denominado Poder Judicial, señala expresamente que “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecido por la ley. En relación con esta disposición, es necesario señalar que – según señala el Prof. Silva Bascuñan -¹⁴⁷ la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución debatió lo contencioso administrativo en aproximadamente 21 sesiones, y en la sesión 297, el profesor Bertelsen propuso agregar a la jurisdicción del Poder Judicial el conocimiento de las causas de lo contencioso administrativo, y posteriormente, en la sesión 304 se aprobó – a sugerencia del profesor Guzmán - un precepto que disponía que “la facultad de conocer de las causas civiles, incluido lo contencioso administrativo [...] y de las criminales pertenece a los tribunales.” Se establecía así la unidad de jurisdicción.

En su oportunidad, el Consejo de Estado concordó con esta proposición y reprodujo la norma aprobada por la citada Comisión, pero sin embargo la Junta de Gobierno no estuvo de acuerdo con ello y eliminó la referencia a que en la

¹⁴⁶ Que es del siguiente tenor: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiera causado el daño".

¹⁴⁷ Silva Bascuñan, Antonio. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VIII, Editorial Jurídica de Chile, 2002, págs. 115-120.

jurisdicción de los tribunales se comprendía el conocimiento de las causas contencioso administrativas y modificó el precepto constitucional recomendado por la Comisión, no obstante que éste había sido también aprobado y ratificado por el Consejo de Estado, y dio la siguiente redacción al artículo 38° del texto plebiscitado en 1980: “ Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso-administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiere causado el daño.”

Años más tarde, entre las reformas aprobadas a nuestra Constitución en el plebiscito del 30 de julio de 1989, mediante la ley N° 18.825, se encuentran dos específicas, que tienen relación con el tema de esta Tesis: 1.-) La que suprimió en el inciso segundo del artículo 38° la frase “ contencioso administrativo” , y 2.-) La que suprimió en el inciso primero del artículo la frase final que declaraba que “ Los Tribunales contencioso – administrativo – quedarán sujetos a esta superintendencia (la de la Corte Suprema), conforme a la ley “. De esta forma, mientras no se dicte la ley que determine los tribunales competente para ello, la doctrina y la jurisprudencia actuales, tienen el criterio de estimar que a partir de la citada reforma, los tribunales ordinarios han adquirido competencia plena para resolver las contiendas que versen sobre lo contencioso-administrativo, salvo que mediante una norma expresa estén asignadas a un tribunal especial. Se ha tenido presente para ello el principio de inexcusabilidad judicial consagrado en el artículo 73, inciso segundo de la Carta Fundamental, y, por la amplia competencia que los artículos siguientes artículos del Código Orgánico de Tribunales reconocen a los órganos del fuero común: “Artículo 1°.- La Facultad de conocer de las causas

civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley;”¹⁴⁸ y, “ Artículo 5° (inciso primero).- A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes.”¹⁴⁹

En concordancia con lo expresado, los órganos del fuero común han podido conocer las materias contenciosas administrativas aplicando los procedimientos comunes o los especiales que normas expresas han fijado sobre la materia, porque nuestra Constitución consagró al fin el principio de la unidad jurisdiccional, así se desprende de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 7°, en el inciso segundo del artículo 38°, y en relación con ambas normas, en el inciso primero del artículo 79°. Esta plenitud jurisdiccional de los tribunales que integran el Poder, permite sostener que en nuestro ordenamiento jurídico no existen reclamos derivados de lesiones o atropellos a los derechos de la personas que carezcan de un juez con jurisdicción y competencia para conocer de aquellos y para resolverlos, y restablecer el derecho vulnerado y/o para reimponer el orden público y la paz alterados.

Esta unidad jurisdiccional quedará definitivamente estructurada una vez que el legislador dicte la ley que materialice la existencia de los tribunales contenciosos

¹⁴⁸ Disposición establecida con rango constitucional en el artículo 73, inciso 2° de la Carta Fundamental.

¹⁴⁹ Los incisos segundo y tercero de esta disposición, conforme a la modificación introducida por el artículo 11° de la Ley N° 19.665, del 2000, determinan los tribunales ordinarios y especiales que integran el Poder Judicial, respectivamente.

administrativos; y, aun cuando ello no ocurra, este principio de unidad de jurisdiccional seguiría vigente pues este vacío institucional se llenaría con los tribunales ordinarios de primera instancia, que son la base de la pirámide jurisdiccional de la República.¹⁵⁰ Con todo, si bien las normas constitucionales en vigencia no fijan explícitamente las bases de un sistema general de contencioso administrativo ni de la organización de una magistratura especial llamada a pronunciarse sobre controversias de carácter administrativo; ni tampoco encargan directamente a la ley que dicte norma sobre ambos aspectos, como si lo hace en el artículo 60° N° 18, respecto de las bases de los procedimientos que deben regir los actos de la administración pública, tampoco ella impide al legislador que mantenga y continúe promulgando cuerpos normativos especiales que rijan asuntos determinados.¹⁵¹

De lo expresado, preceptos señalados, y de su correlación con los arts. 7° de la misma Constitución, 4° y 44° de la L.O.C. N° 18.575 sobre Bases de la Administración del Estado, art. 83° de la L.O.C. N° 18.695 de Municipalidades y el art. 5° del Código Orgánico de Tribunales se desprende que la competencia para conocer de estos asuntos está entregada a los tribunales ordinarios y que ella comprende tanto el contencioso anulatorio como el contencioso indemnizatorio de perjuicios.

Respecto de los actos legislativos, el juez supremo es, en definitiva, quien – mediante su interpretación de la Constitución - de oficio o a petición de parte, o a

¹⁵⁰ Caldera Delgado, Hugo. Ob. cit. Tomo I, págs. 240-241.

¹⁵¹ El Profesor Bascañan cita como ejemplos de leyes especiales que tienen normas sobre jurisdicción administrativa: Ley General de Aduanas; El Código Tributario; la Ley Antimonopolios; la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General; La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central; etc. Ob, cit. Pág. 118.

través del recurso de inaplicabilidad, aplica la solución adecuada a la norma fundamental. Los jueces inferiores carecen de facultad para dejar sin aplicación los preceptos legales, pues esa competencia ha sido reservada por la Carta Fundamental al más alto tribunal de la República. (art. 80°). De esta forma se garantiza que las soluciones judiciales respeten, en cuanto a la legislación aplicada, los términos constitucionales. Con esto se ha establecido un sistema concentrado de control de constitucionalidad de la ley. El Tribunal Supremo puede ni más ni menos que privar de efectos, aun cuando para el caso particular, a la ley inconstitucional.

El mandato constitucional contenido en el citado artículo 6°, determina que como el juez no puede fallar contra Constitución, puesto que esta norma jurídica lo obliga a someter su acción a la Carta Fundamental, cuando deba aplicar un acto administrativo contrario a ésta, si no quiere incurrir al sentenciar en vicio de inconstitucionalidad (sentencia nula), no tiene más remedio que dejar de aplicar el acto administrativo inconstitucional, prefiriendo la norma constitucional, porque al estar sometido a aquélla no puede dejar de aplicar la sanción que esta misma establece para los actos dictados contrariamente a las normas constitucionales, esto es, la nulidad. Si el juez así no lo hace viola la Constitución. Este comportamiento es obligatorio para todo órgano que ejerza jurisdicción.

Esta situación se torna particularmente grave si no se adopta criterio semejante, por cuanto en tal supuesto la infracción a la norma suprema sería triple: por una parte, las violaciones cometidas por la Administración al dictar un acto contrario a las disposiciones constitucionales, acto administrativo inconstitucional; por otra, el juez, al subsumir el acto administrativo violatorio en su decisión

jurisdiccional reproduce la inconstitucionalidad, violando con ello, el propio juez, la norma superior y, finalmente, el juez vuelve a violar la Carta Política al dar valor jurídico a un acto que, de acuerdo al mismo texto fundamental, es nulo. Por eso que el único camino adecuado es reconocer la facultad del juez para declarar la nulidad del acto administrativo inconstitucional.

Otra solución significa colocar al juez en situación de no discutir jamás la constitucionalidad de los actos administrativos, solución que obligaría a aquél a aceptar incluso a aquellos actos administrativos nulos que exceden las normas constitucionales, y, consecuentemente, a fallar en contradicción con el texto fundamental, no obstante que los preceptos de este texto supremo lo obligan en su actuar judicial.

Por tanto, si no se quiere que el juez falle violando el texto constitucional no se puede dejar, por motivo alguno, de reconocer el poder que tiene para revisar la constitucionalidad de los actos administrativos, y, en su caso, formalizar jurídicamente la nulidad del acto contrario a la Carta Fundamental; declaración que producirá efectos *ex tunc*, es decir, que el acto se entenderá ineficaz desde la época misma de su dictación.

Esto significa, que el sistema constitucional chileno consagra un sistema de control difuso de la constitucionalidad de los actos administrativos, es decir, que cualquier tribunal puede declarar la falta de ajuste a la Carta Fundamental, a diferencia de lo que acontece con la ley respecto de la cual la Constitución monopoliza esta facultad de control en la Corte Suprema. En suma, el máximo tribunal tiene que, producir la uniformidad de criterio frente a la diversidad de

criterios y contradicciones que podrían producirse en los distintos niveles de los tribunales inferiores. La Constitución no monopoliza la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos administrativos en algún Tribunal específico, como lo hace con la ley, sino que, por el contrario, al vincular a todos los órganos del Estado en cuanto su accionar a la Constitución, obliga a todos los tribunales a operar conforme a ella, y por lo mismo a acatarla y a hacerla respetar.

Es obvio que de los tres sistemas reseñados, y sin desconocer la importancia de los otros, este último, el de la jurisdicción ordinaria, resulta ser el más importante para los ciudadanos; los otros son controles inter-institucionales que benefician de modo indirecto a aquéllos; en cambio, el control del juez es una vía directa de protección a los administrados, y la vía más amplia de protección y defensa de la Constitución. De este modo el juez no sólo es protector de los administrados, sino, el más importante baluarte de la institucionalidad fundamental. Del juez depende, respetando y haciendo respetar las normas constitucionales y dando protección a los ciudadanos, la vigencia real del Estado de Derecho. De nada vale un texto constitucional cuando el juez lo ignora en el desarrollo de sus funciones.

En el ejercicio de esta función jurisdiccional, especial mención debe hacerse a los recursos de protección y amparo, acciones constitucionales, consagradas en los artículos. 20° y 21° de la Constitución, que son ejercidas frente a los actos u omisiones que las motiven, sea que éstos provengan del Poder Ejecutivo, de sus órganos o de los Municipios; y vulneren sea en grado de privación, perturbación o amenaza el ejercicio legítimo de los derechos constitucionales y sus garantías que estas acciones cautelan.

Otras acciones constitucionales contra actos de la Administración están constituidas por la reclamación contra el desconocimiento o privación de la nacionalidad, regulada por el art. 12° de la Constitución y por un Auto Acordado del 26.1.1976 y, aquellas a que se refieren el art. 19 N° 24, en materia expropiatoria que decide la Administración, y cuyo reclamo se entrega a los tribunales ordinarios. Una de tales acciones, regulada por el art. 9° del D. L. N° 2.186, concerniente a la reclamación de ilegalidad del acto administrativo expropiatorio, tiene por objeto modificarlo o privarlo de efectos, según los casos. La otra es la acción reclamatoria de la indemnización expropiatoria, que regulan los arts. 12° al 14° del D.L. citado, que constituye la Ley Orgánica del Procedimiento Expropiatorio.

Cabe mencionar, asimismo, el denominado Contencioso-administrativo municipal; procedimiento contenido en el art. 136° de la L.O.C. N° 18.695 de Municipalidades, destinado a impugnar los actos u omisiones ilegales del Alcalde o de los funcionarios municipales y a habilitar sea la vía penal, en caso de delito, o la vía ordinaria civil para la indemnización de los perjuicios. Conforme a este procedimiento, la correspondiente acción reclamatoria - previo agotamiento de la vía administrativa de la que conoce el propio Alcalde - resuelve en sede jurisdiccional ante la Corte de Apelaciones respectiva.

3.6. Extensión y límites del control jurisdiccional.

En lo que se refiere a los tribunales que integran nuestro Poder Judicial, y la función que tienen asignada, el texto de la Constitución es bastante claro. Tal

función – como hemos ya expresado - es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 73º) de manera exclusiva y excluyente, ya que los tribunales no pueden ejercer otras funciones distintas de aquellas que les sean expresamente atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. En relación con la actuación administrativa esa función se traduce en una tarea de control, pero estrictamente de un control de juridicidad y de sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican. No puede pretenderse que el control judicial vaya más allá del estricto control en derecho, en ningún caso. Y ello porque, conforme al artículo 6º de la Constitución, los jueces y tribunales están sometidos únicamente al imperio de la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. . “ De aquí deriva la obligación de los órganos judiciales de atenerse a un control de naturaleza estrictamente jurídica, que es plenamente coincidente con la prohibición de sustituir a otros órganos constitucionales en el ejercicio de otras funciones decisorias distintas, pues, dos órganos de poderes constitucionales diferentes no pueden desarrollar legítimamente una misma función.” ¹⁵² Nuestro Tribunal Constitucional – que no integra ese Poder, comparte esta doctrina, pues ha sostenido que las “ alegaciones que miran al mérito de la norma, lo que claramente excede la órbita de competencia de este Tribunal. Como reiteradamente se ha declarado por esta sede, dichos juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación”, para terminar agregando que “ No es en consecuencia procedente que un requerimiento enderezado a que este Tribunal se aboque a analizar y decidir más allá de su esfera de atribuciones, que en esta materia importa sólo un examen

¹⁵² Sánchez Morón , Miguel, Ob. Cit.,, págs. 156-157.

jurídico de constitucionalidad del impugnado decreto, debiendo prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual.”¹⁵³

Establecido lo anterior, el control jurisdiccional (es decir jurídico) de la discrecionalidad administrativa tiene también sus límites, pues los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o, de cualquier forma, no jurídicos de la decisión sin exceder la esfera de las funciones que tienen atribuidas. De donde deriva la necesaria cautela y autolimitación en el uso de aquellas técnicas (razonabilidad, proporcionalidad, concreción de conceptos indeterminados, etc...) que más fácilmente pueden encubrir una apropiación por los órganos jurisdiccionales del propio ámbito de lo discrecional, atribuidos por las leyes a la Administración.

No se trata, por tanto, de que los juristas no sean capaces de inventar (o de imponer) nuevas técnicas para “reducir” la discrecionalidad administrativa, ni de que esa supuesta impotencia tenga su origen en interpretaciones equivocadas de la separación de poderes. Lo que sucede sencillamente es que una cosa es administrar (gobernar), función constitucionalmente atribuida a los órganos del Poder Ejecutivo, para lo que se requiere en muchas ocasiones una buena dosis de discrecionalidad, y otra cosa es la función de juzgar, que comporta el control de los aspectos estrictamente jurídicos del ejercicio de los poderes discrecionales, pero no la sustitución de las decisiones administrativas discrecionales por las de los jueces y tribunales. No es cuestión de dogmas, sino que se trata de principios y

¹⁵³ Fallo Rol N° 325, de fecha 26, junio, 2001, considerando N° 38, recaído en un requerimiento de veinte Senadores contra el D.S. N° 20, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 22.01.2001, sobre restricción a vehículos catalíticos.

consecuencias elementales de la organización del Estado en una sociedad democrática.¹⁵⁴

En consecuencia, el control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa sólo se puede extender, aparte de los aspectos reglados específicos que resulten de la normas jurídicas aplicables en cada caso y con unas u otras peculiaridades según los supuestos de discrecionalidad, al control de la desviación de poder, al de la existencia de los hechos determinantes y al error de derecho que derive de una apreciación manifiestamente incorrecta de los mismos, al control del respeto a los principios generales del derecho, incluido el de las decisiones arbitrarias por manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, así como al control del cumplimiento de las garantías organizativas, procedimentales y formales (motivación) que vinculan en todo caso el ejercicio de las potestades discrecionales.

Este proceso de control no está establecido para sustituir al titular de la decisión política, sino que tiene dos objetivos exclusivos: a) controlar si en dicha decisión se ha respetado el principio constitucional y base del sistema mismo de Estado de Derecho, de la sumisión de la Administración a la Constitución y a la Ley, que es el marco en cuyo seno la decisión debe precisamente producirse; y b) garantizar una tutela judicial a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Este segundo objeto es el que elimina de raíz la vieja doctrina sobre el carácter meramente revisor de esta jurisdicción, doctrina que ha sido una atadura para su desarrollo en el sentido de una “tutela judicial efectiva”. No es exacto entonces sostener que el desarrollo del “Estado de Derecho” supone una retracción

¹⁵⁴ Sánchez Morón (1), p. 92 y 93

de los poderes de control del juez contencioso-administrativo y la consagración de una mayor libertad frente a dicho juez por parte de los gestores públicos.

Uno de los pilares del debate sobre el control jurisdiccional de la discrecionalidad es que ese control debe respetar, en cualquier caso, el papel constitucional que al Ejecutivo reserva el sistema político. Ese respeto es tanto más exigible cuanto que en el Estado de Derecho, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular y han sido colocados en sus cargos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre. Un gobierno de jueces como alternativa al sistema democrático de gobierno sería simplemente una catástrofe, y no sólo por el posible argumento de que los jueces no hayan sido designados por elección del pueblo, sino, sobre todo, porque el poder judicial no está erigido, ni está por tanto capacitado, para gobernar, sino para dar efectividad al Derecho, el cual es una parte, y no toda, del gobierno humano, aunque sea cierto que ese gobierno haya de realizarse en un Estado de Derecho en el marco propio del Derecho. Un gobierno de jueces es, pues, una alternativa absolutamente inimaginable, y por tanto insoportable, rigurosamente, como supuesta fórmula política.

Nada hay de sorprendente, entonces – según Bandeira de Mello - ¹⁵⁵, en que el control jurisdiccional de los actos administrativos, aún dictados en nombre de alguna discrecionalidad se extienda necesaria e insuperablemente a la investigación de los motivos, de la finalidad y de la causa del acto. Ningún

¹⁵⁵ Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, Anuario de Derecho Administrativo, 1975/1976, Ediciones Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, p.458.

obstáculo existe a tal proceder, pues es medio - y de sobra fundamental - por el cual se puede garantizar el acatamiento a la ley, a la afirmación del Derecho.

Tampoco hay nada de extraño en el examen, por nuestros Tribunales, de los motivos del acto, pues la indagación de la ilegalidad administrativa admite el conocimiento por el Poder Judicial de las circunstancias objetivas del caso. Cabe al Poder Judicial apreciar la realidad y la legitimidad de los motivos en que se inspira el acto discrecional de la administración". Si no existe el motivo, o si de él el administrador extrajo consecuencias incompatibles con el principio de derecho aplicado, el acto será nulo por violación de legalidad. No solamente el error de derecho, como el error de hecho autorizan la anulación jurisdiccional del acto administrativo".

Las violaciones más audaces a la legalidad, que afectan la finalidad de la competencia del administrador o se basan en motivo falso o no idóneo, que solamente pueden ser comprobados mediante el conocimiento judicial de los trámites del acto censurado. De hecho, es el examen de los motivos -sea en cuanto a la existencia de ellos, sea en cuanto a la idoneidad que posean para determinar la voluntad del agente en la dirección que haya tomado- el medio hábil para la contención del administrador en la esfera discrecional que le asiste.

Se ha rechazado suponer que la mera invocación de las palabras legales relativas a los fundamentos que el acto debe tener o finalidades que debe perseguir

sea suficiente para sustraerlo al examen judicial, cuando las expresiones normativas se revisten de cierta generalidad o imprecisión.¹⁵⁶

Así como al Poder Judicial compete sancionar todo comportamiento ilegítimo de la Administración que aparezca como frontal violación del orden jurídico, le compete, igualmente, sancionar cualquier comportamiento administrativo que, a pretexto de ejercer apreciación o decisión discrecional, traspasa las fronteras de ella, esto es, desborda los límites de libertad que la asistían, violando, de tal modo, los preceptos normativos que señalan los confines de la libertad discrecional. A tales efectos los presupuestos de hecho que sustentan la actuación administrativa constituyen un recurso impostergable para comparación del Derecho, y el juez, en este caso, se mantiene estrictamente en su función cuando procede al cotejo entre el enunciado legal y la situación concreta.

Tanto en el examen de los motivos, como en la búsqueda de la finalidad, al juez aún le compete controlar la legitimidad de la actuación administrativa. Este examen nos conduce a la desviación de poder; esto es, cuando el comportamiento del agente, generalmente por “móvil viciado” no está conforme con la finalidad prevista por la regla de competencia. Como la ley no apoya la intención orientada para un fin diverso de aquel que en ella se contiene, ni sustenta comportamiento de cualquier modo desajustado con su finalidad, el acto es nulo.¹⁵⁷ Lo cierto es que, en

¹⁵⁶ Creer que en casos de este orden el agente está libre, gracias a la remisión a estas expresiones algo fluidas, correspondería atribuirle una significación mágica. Tales palabras no tienen el don de transformar las cosas, de reconstruir las realidades, de fabricar un universo de fantasía, como sucede en las historias de hadas o en los cuentos infantiles. Para el agente público no hay inmunidad, justamente porque el juez puede comparecer a solicitud de los interesados, a fin de circunscribir un comportamiento discrecional al plano de legitimidad y del respeto a los derechos y garantías individuales.

¹⁵⁷ Se distinguen algunas modalidades en la desviación de poder: caso en que el agente no persiguió un interés público, cuando por un interés personal de favorecimiento o persecución, realiza el acto por razones personales, ajenas a la finalidad, pública; caso en el que persigue un fin de interés público, pero extraño a la categoría de

las diferentes hipótesis, se toma como referencia la finalidad normativa, esto es, su alcance, su significado en Derecho y se confronta con ella el acto administrativo, sancionándolo si fue practicado en desacuerdo con el objetivo legal.

Negar al juez la verificación objetiva de la materia de hecho, en cuanto influye en la formación del acto administrativo, sería convertir el Poder Judicial en mero endosante de la autoridad administrativa, sustituir el control de la legalidad por un proceso de referencia extrínseco.

Otro medio de contraste judicial del acto administrativo es el examen de su causa, esto es, relación de adecuación entre presupuestos del acto y su objeto. Trátase aquí de una congruencia, de una compatibilidad lógica, eso es, de una relación de pertinencia entre el elemento fáctico que sirvió de soporte para la dictación del acto y su contenido. El examen de la causa presenta especial relevancia en los casos en que la ley omitió la enunciación de los motivos, de los presupuestos, que proporcionaría la relación del acto. En estas situaciones no habría cómo cotejar el motivo legal con la situación fáctica para comparar el ajuste o desajuste entre ellos, precisamente por haber faltado la indicación normativa. Aún aquí la libertad discrecional encontraría límites. Admitido que el agente pudiese escoger el motivo en función del cual haya emitido el acto, cumple que esté lógicamente relacionado con el contenido del mismo, en vista de la finalidad que lo categoriza. Lo mismo acontece cuando la norma se haya servido de conceptos prácticos, esto es, algo imprecisos, para designar los motivos o la finalidad, aún así persisten como útiles para delimitar la discrecionalidad. Y ello, porque todo

intereses considerados en su competencia; caso en el que se vale de una vía jurídica para alcanzar fines públicos que se pueden conseguir a través de otra vía jurídica .

concepto, por imperativo lógico, es una noción finita, que tiene contornos reconocibles.

Por último, si la ley no expresó el motivo legal del acto, cabe aún al juez investigar si hay o no correlación lógica entre los supuestos fácticos del acto y el contenido idóneo para la obtención de los fines que la ley eligió como perseguibles en el caso.

Todo este procedimiento es no sólo un derecho que le asiste al juez, sino, sobre todo, un deber indeclinable, porque corresponde a decir el derecho en el caso concreto. Es, el medio específico y propio de identificar los confines de la libertad administrativa y asegurar el principio de juridicidad, noción fundamental en el Estado de Derecho. Además, representa la expresión concreta de los otros dos grandes principios: que nadie es obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa sino en virtud de un acto fundado en la ley; y, que ninguna lesión de un derecho individual puede ser sustraída a la apreciación del Poder judicial.

3.7. El control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica

Pretender que todo lo que sea limitación de las potestades administrativas es bueno por sí, y no por el fin de pervivencia del principio de juridicidad al que ha de responder, ignorando los excesos que en ese control se pueden producir, implica una línea argumental que ni coadyuva al imperio de la ley ni a los principios de celeridad, eficacia y economía que, por imperativo constitucional y por su directa vinculación a la satisfacción de los intereses públicos, han de regir la actividad de

la Administración.¹⁵⁸ Sustentar esa tesis, no se compadece con la realidad de toda una serie de reiterados pronunciamientos judiciales que mantienen, sin fisuras, la consideración a la discrecionalidad técnica como límite de revisión. Siendo en el marco de los procesos selectivos del personal al servicio de las Administraciones Públicas donde en mayor medida se debate la irrevisabilidad de la apreciación técnica efectuada por la Administración.

Ahora bien, ¿quiere decirse con ello que en todo aquel supuesto en que la decisión administrativa se encuentre fundada en criterios de carácter técnico, ha de existir una exención al control judicial?. Evidentemente no. Vemos pues, que para la atribución de márgenes de la llamada discrecionalidad técnica a la Administración no sólo ha de exigirse una decisión fundada en criterios de carácter científico o técnico, sino que ha de recabarse igualmente una cierta dificultad en la reproducción del juicio técnico que haga deseable la pervivencia del dictamen administrativo. Ambas condiciones concurren en los procesos de selección de personal al servicio de las Administraciones y ello explica la pervivencia desde el propio punto de vista jurisprudencial de dicho concepto.

A este respecto, la jurisprudencia española mantiene el criterio del respeto en la revisión jurisdiccional por el principio de la discrecionalidad técnica de los

¹⁵⁸ Modernamente, el principio de la discrecionalidad técnica es considerado en España, más que como un adecuado y razonable parámetro de modulación del control jurisdiccional de los actos administrativos, como una especie de pretexto sabiamente argüido para mantener esos elementos de nepotismo y arbitrariedad, muy especialmente en la selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Es tal el furor con que tales planteamientos se manifiestan, que se ha llegado, incluso, a la paradójica situación de que algunos en su afán revisor, cuando el Tribunal Constitucional de ese país reconoce y acepta el concepto de la discrecionalidad técnica como límite de la revisión contenciosa, vierten airadas críticas contra el mismo, tachando con tintes peyorativos a su doctrina de influenciada por anteriores pronunciamientos del Supremo y levantando, a su vez, una más particular visión de la tutela judicial efectiva que la propugnada por el supremo intérprete de la Constitución.

tribunales y comisiones de selección del personal de las Administraciones. Al efecto podemos citar al Tribunal Supremo español ha señalado que: “ Es jurisprudencia constante que los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación del valor de los méritos aportados o ejercicios realizados».

Comoquiera que de la anterior mención parece deducirse una cierta indiferenciación entre la discrecionalidad en sí misma considerada y la que se da en calificar de discrecionalidad técnica, acudiremos a un segundo pronunciamiento del ese alto tribunal donde con mayor nitidez se identifica el carácter técnico de la apreciación administrativa: «Porque el tribunal no tiene, como en este caso, potestades para fiscalizar el contenido de una actuación que por esencia es discrecional en su aspecto técnico, y esto es precisamente lo que ocurre con las valoraciones efectuadas por los órganos calificadores, insusceptibles de control jurídico, como no sea en los supuestos extremos de desviación de poder o notoria arbitrariedad, y entonces sólo para anular las mismas, pero nunca para sustituirlas por otras.»¹⁵⁹

¹⁵⁹ Doctrina reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo español: «Que los artículos 1, 41, 42 y 83 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuyen competencia a los Tribunales para anular los actos administrativos cuando incurrieren en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, sin que los mismos puedan sustituir a las Comisiones y Tribunales que por sus conocimientos científicos o técnicos han de valorar el historial académico, méritos y capacidad de los aspirantes...».

Más aún, se concreta en el carácter técnico de la apreciación la imposibilidad de revisión judicial del pronunciamiento al señalar: «En cualquier caso, aunque se asimilase la actuación de los miembros de una comisión calificadora o valoradora de méritos docentes al ejercicio de una potestad administrativa, es evidente que su tarea es de carácter técnico, sin que este Tribunal pueda corregir valoraciones no regladas por estándares fijos, ni entrar en juicios de preferencia por razón de la extensión de las exposiciones o del acierto de los proyectos y programas docentes propuestas por los concursantes o de los planes de investigación de los mismos... ».

En este último pronunciamiento, el Tribunal no se conforma ya con proclamar la irrevisabilidad de los dictámenes amparados por la discrecionalidad técnica, sino que delimita objetivamente cuál es el ámbito de esa exclusión. No sólo se requiere que el fundamento de la decisión sea técnico, sino que además exista una dificultad en la reproducción de la valoración que haga aconsejable, desde el más elemental principio de justicia, la pervivencia de tal pronunciamiento. No en vano la citada sentencia reconoce la imposibilidad e insuficiencia, en estos casos, de la prueba pericial para sustituir el juicio administrativo, delimitando objetivamente el ámbito de discrecionalidad, con acierto, en valoraciones no regladas y en la ponderación de méritos de carácter estrictamente científico.¹⁶⁰

¹⁶⁰Es jurisprudencia constante, en España, (entre otras, STS 3.a, 7.a, 13-3 1991) que los Tribunales calificadores de concursos y oposiciones gozan de amplia discrecionalidad técnica, dada la presumible imparcialidad de sus componentes, especialización de sus conocimientos e intervención directa en las pruebas realizadas, pues en principio los Tribunales de Justicia no pueden convertirse, por sus propios conocimientos o por los que le pueda aportar una prueba pericial especializada; en segundos Tribunales calificadores que revisen todos los concursos y oposiciones que se celebren, sustituyendo por sus propios criterios de calificación lo que en virtud de esa discrecionalidad técnica corresponde al Tribunal que ha de juzgar las pruebas selectivas.

Hasta aquí, hemos visto la plena vigencia jurisprudencial – en España - de la teoría de la discrecionalidad técnica de Tribunales y Comisiones de selección, como límite a la revisión judicial de los actos administrativos que en ella se fundamentan. Por ello que nos encontraremos con pronunciamientos donde no sólo se alude a la irrevisabilidad contenciosa de los juicios técnicos, sino incluso a la inalterabilidad de los mismos por parte de la propia Administración, que han estimado que los juicios técnicos que emiten la comisiones de selección vinculan a la Administración y por ello no pueden ser sustituidos por una decisión de ésta ni de los Tribunales de este orden jurisdiccional, en razón del carácter revisor de sus potestades. Por eso, cuando se revisa de oficio -o en vía de recurso-, las resoluciones de tales órganos de selección, deben practicarse de nuevo las pruebas o trámites afectados por la irregularidad, lo que revela que la Administración no puede sustituir a aquéllos en la calificación de las pruebas selectivas, sino limitarse a apreciar los vicios jurídicos en que hayan podido incurrir con arreglo a las bases de la convocatoria o normas legales o reglamentarias que deban presidir su actuación.

Pero ante las preguntas de que si en virtud de la invocación de la noción de discrecionalidad técnica, el conjunto de los procedimientos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas, han de estar exentos del control judicial; y si está exento de control el juicio técnico, sea cual fuere el modo en el que aquél se hubiera producido; nos adherimos a aquellos que creen que ninguna de ambas preguntas puede contestarse afirmativamente.

Evidentemente la materia que nos ocupa no está exenta, en modo alguno, del control de los Tribunales de Justicia; lo que sucede es que aquél deberá centrarse

en nociones distintas a la pretendida sustitución de la ponderación técnica de los intervinientes en los procesos selectivos; ello implicará que el control judicial deberá apuntar a cuestiones tales como la legalidad de las disposiciones reguladoras de la composición del tribunal o comisión de selección, y muy especialmente, de los méritos determinantes de las valoraciones objetivas en los casos en los que, además de una determinada apreciación técnica forzosamente subjetiva, se añaden a ella específicos conceptos objetivamente constatables, tales como los años de servicio o la posesión de determinados títulos de capacitación profesional, así como, y muy especialmente, la observancia por parte del órgano interviniente de las disposiciones reguladoras del proceso selectivo que adquieren el carácter de ley del concurso u oposición, según reiterada jurisprudencia.

En cuanto al fondo, si bien el órgano llamado a juzgar del concurso-oposición goza de discrecionalidad técnica para valorar los méritos de los concursantes, sin que el juicio que ha emitido pueda ser sustituido por los Tribunales en el ejercicio de su potestad revisora, tal discrecionalidad administrativa se halla limitada por las normas que la convocatoria establece sobre los méritos evaluables, los puntos a otorgar por cada uno de ellos y el procedimiento que debe seguirse para la apreciación de las condiciones exigidas a los aspirantes y la resolución de las pruebas selectivas.

Hemos visto, pues, que la materia de oposiciones y concursos no está exenta al control jurisdiccional y que en aquellos aspectos no amparados por el principio de discrecionalidad técnica, aquella función revisora se desarrolla con plenitud. Ahora bien, planteada una segunda cuestión, cual es la de los eventuales límites a esa facultad de apreciación técnica, en este sentido es evidente que el dictamen

técnico no puede permanecer inmune en determinados supuestos en los que las circunstancias concurrentes muestren una notoria arbitrariedad. En tales casos la discrecionalidad técnica encontrará su límite en la desviación de poder, supuesto en el cual el Tribunal de Justicia podrá desplegar la correspondiente decisión anulatoria, nunca la sustitución del pronunciamiento técnico por otro diferente, pues en el caso de que prospere una impugnación contenciosa, procederá una reiteración de los ejercicios y no la adopción de una solución técnica divergente por parte del Tribunal. Adquiere singular relevancia pues frecuentemente la pretensión de los recurrentes se articula no sólo como pretensión de nulidad del acto administrativo correspondiente, sino que – además - la petición del reconocimiento de la situación jurídica del actor y su acceso a la plaza pretendida, para lo que, aún en extremos supuestos de anulación, no es competente el órgano jurisdiccional.

Otros límites de la discrecionalidad técnica son los de la manifiesta arbitrariedad y el evidente desconocimiento de los principios de mérito y capacidad.

En definitiva, y a modo de conclusión, podemos señalar lo siguiente:

- La discrecionalidad técnica, como límite al ejercicio de las funciones revisoras del control jurisdiccional de la Administración, mantiene plena vigencia y justificación, que reafirma su procedencia como adecuado elemento de objetividad y ponderación de dicha función revisora.

- La discrecionalidad técnica, esencialmente reconocida en el marco de los procesos selectivos del personal al servicio de las Administraciones Públicas, no

incorpora una auténtica situación de discrecionalidad al existir un estricto componente teleológico que priva de facultad alguna de opción al órgano interviniente; lo que sucede es que para llegar a esa única decisión justa existe un margen de apreciación técnica no susceptible de control jurisdiccional por basarse en criterios estrictamente científicos, de una parte y de otra, por existir una cierta dificultad en la reproducción del juicio valorativo que no puede ser soslayada por medio de pruebas periciales.

No obstante, a dichos factores han de unirse otros de indudable trascendencia en refuerzo de dicha noción de irrevisabilidad; así la concepción del control jurisdiccional sobre la Administración como un estricto control de juridicidad, la delimitación competencial e intrínseca distinción entre la función administrativa y la función judicial y las propias garantías de objetividad que la construcción de la discrecionalidad técnica comporta.

- La presencia de la discrecionalidad técnica no implica que los procedimientos de selección de personal al servicio de las Administraciones Públicas se encuentren exentos al control de los Tribunales de Justicia; lo que sucede es que aquél recaerá en cuestiones distintas de la pura valoración técnica o científica de los aspirantes. Serán, por ello, controlables la legalidad de las bases, la composición de los Tribunales, la observancia de las normas de procedimiento, el estricto cumplimiento de dichas bases por parte del órgano interviniente, planteándose jurisprudencialmente la aplicación a estos supuestos de las distintas técnicas de control de la discrecionalidad administrativa, que hemos ya examinado.

- Finalmente Tribunales y Comisiones de Selección, en el ejercicio de su

valoración técnica, no están exentos de cualquier control, pues se reconocerá un límite último a su discrecionalidad técnica, constituido por la notoria arbitrariedad y la desviación de poder, supuestos en los cuales, dada la extrema gravedad de los vicios apreciados, conceptualmente delimitados por la jurisprudencia, debilitará la preferencia de su juicio técnico, que será anulado, aunque nunca sustituido, por otro.

3.8. La sustitución de la decisión discrecional de la Administración por los Tribunales.

Al término ya, queda sólo una última cuestión por resolver y es la relativa a los poderes del juez para sustituir la decisión administrativa viciada, que ha sido anulada. Se trata de una de las cuestiones más debatidas. ¿ Deben los Tribunales limitarse a anular un acto objeto de la impugnación o, yendo más allá, deben sustituir la decisión discrecional por otra, judicial.¹⁶¹

La discrecionalidad ha sido, es y seguirá siendo el gran problema del Derecho Administrativo. Sin embargo, es evidente que los esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia a lo largo de siglo y medio han logrado reducir el problema a unos límites muy modestos, en principio. Lo que empezó considerándose una imposibilidad metafísica de control (actos de puro mando, de mero imperio, no contenciosos) es hoy sólo una cuestión de simple dificultad de control, dificultad material, además, y no jurídica, puesto que no hay legalmente ningún inconveniente de principio que obstaculice ese control, al que, según es bien sabido, se puede llegar, incluso, por la vía de las técnicas analizadas, que, en

¹⁶¹ González – Deleito Dominguez, Nicolás. La integración de las cláusulas de atribución de potestades administrativas discrecionales. Discrecionalidad administrativa y control judicial, Ob. cit. p. 212- 223.

último término, impiden aceptar resultados manifiestamente irrazonables o inicuos.

162

Una vez que el juez ha determinado que la decisión administrativa discrecional debe ser anulada, nos encontramos con un vacío dejado por dicha declaración porque frente a la nulidad del acto se plantean dos opciones al juzgador:¹⁶³

- Remitirse a la Administración para la dictación de un acto conforme a derecho:
- Dictar él mismo la decisión de reemplazo, sustituyendo a la Administración. Ambas opciones cuentan con adeptos y detractores y ambas pueden ser fundamentadas desde un punto de vista doctrinal y positivo.

Sin embargo, parece que es la primera de ellas la que lógicamente se encuadra mejor con la naturaleza de la potestad que se está fiscalizando. En efecto, no podemos perder de vista que la Administración al actuar en ejercicio de potestades discrecionales cuenta con un espectro más o menos amplio de libertad de elección, una libertad que no es autoatribuida, sino que le ha sido otorgada positivamente por el legislador para que en una determinada materia tome la decisión que objetivamente le parezca sirve de mejor modo los intereses generales de la sociedad. Sin embargo, tan amplias potestades del juzgador no pueden ser entendidas de un modo tan amplio como para justificar la sustitución de la Administración por el juez. La ley autoriza al juez para adoptar medidas tendientes al restablecimiento de

¹⁶² Fernández, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y Discrecionalidad*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991., p. 93.

¹⁶³ Bermúdez Soto, Jorge, *El control de la discrecionalidad administrativa*, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, XVIII, 1996, p. 283.

una situación jurídica de un particular, pero no lo autoriza para administrar. De este modo, podrá fijar límites a la actuación, ordenar la salvaguardia de ciertos intereses, pero en ningún caso podrá tomar él mismo la decisión sin desfigurar la función de juzgar que constitucionalmente le ha sido asignada.

Por su parte la Administración podrá, dentro de los límites impuestos por la decisión judicial, elegir otra de las opciones del espectro de posibilidades que le ofrecía la potestad discrecional.

Parece indudable que los Tribunales han de poder en todo caso hacer lo primero. Cualquiera que sea el margen de decisión, está claro es una intuición elemental, imposible de descalificar con las razones artificiales de la técnica o la dogmática jurídica, que un Tribunal no puede dar por bueno el trazado de una carretera o la calificación de un examinando cuando resulte probado que aquel trazado o esta calificación se deben al interés puramente personal del agente administrativo que adoptó el acuerdo o, más simplemente, cuando constituyen un verdadero y escandaloso disparate. Anular la decisión manifiestamente injusta, cuando en efecto lo sea, es algo que no se puede negar a los Tribunales so pretexto de principio técnico alguno.

Otra cosa es sustituir la decisión administrativa impugnada por otra distinta. ¿Es esto posible? Desde la perspectiva que impone el planteamiento antes expuesto, parece que no. Postula en favor de la respuesta negativa igualmente otro principio técnico, el del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Parte minoritaria de la doctrina sostiene, sin embargo, que no debe negarse todo valor a la supuesta imposibilidad de sustitución. Si se sustituye la decisión administrativa sin ningún reparo en tantas y tantas ocasiones es, indudablemente, porque esa sustitución no repugna ni se enfrenta con ningún inconveniente de principio. Si no se sustituye en otras habrá que concluir que ello se debe a diferentes razones y, por supuesto, no generales en cuanto no derivadas de ningún principio general. Así, si la Constitución ha optado formalmente por atribuir al juez la decisión última de todo litigio entre la Administración y los ciudadanos y de decidirlo en toda su integridad, no habría ilegitimidad cuando hace la sustitución. Entre el criterio de la Administración y el de los jueces, la Constitución ha optado formalmente por este último, cualesquiera que puedan ser sus inconvenientes. Ante esta opción constitucional todo razonamiento se debilita por mucha que pueda ser su fuerza aparente. El juez podrá operar la sustitución en la medida en que se le suministren por las partes elementos de juicio suficientes para realizar una crítica seria y fundada de la decisión atacada y una valoración de las circunstancias de hecho igualmente consistente. En definitiva, el problema es, en buena parte, de prueba. Unas veces será más fácil y otras más difícil. Lo importante es que pueda hacerse y que ningún principio impide que se haga.

No hay ejemplo más evidente, de lo anterior, que el del justiprecio expropiatorio, en el que la revisión judicial abarca sin dificultad no sólo la anulación del que la Administración haya fijado, sino la determinación de un precio nuevo con precisión de hasta decenas de pesos.

La técnica jurídica no es más que un instrumento para facilitar el acceso a la justicia; por eso cuando en lugar de facilitar lo entorpece, hay que prescindir de

sus supuestas exigencias, que se descalifican en la medida en que se rebelan contra su función específica.

En nuestro sistema constitucional, como en todo ordenamiento jurídico democrático la función de los órganos del poder judicial no consiste en sustituir los órganos de gobierno y administración en la definición de los intereses públicos a perseguir y en la determinación de las medidas a adoptar en el marco del derecho.¹⁶⁴ Para llegar a esta conclusión, hemos tenido presente las siguientes consideraciones:

A.- Una de las funciones de los tribunales es controlar la acción de la Administración, no sustituir sus decisiones, porque las cuestiones políticas no son analizables jurídicamente y por ello no puede el juez sustituir lo que es competencia de la Administración, sino que debe limitarse sólo a analizar si el acto administrativo entra dentro del marco normativo que habilita a la Administración para aprobarlo y si el ejercicio de esta competencia respeta la gramática del texto, pero también su finalidad y justificación. No se analiza si es el mejor, sino si es ajustado a la ley que lo habilita.

¹⁶⁴ El Tribunal Constitucional español ha recalado “ la necesidad de que los juzgadores resuelvan *secundum legem* y ateniéndose al sistema de fuentes establecido “ y declarado que “ a los tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las leyes, y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o son o no adecuados en abstracto. “. Pero lo mismo podría decirse de los medios adoptados por los Gobiernos en su función de dirección política y administrativa y de las Administraciones en su función de servicio de los intereses generales, cuando la adopción de esos medios no constituya simple aplicación de la ley, ya que esas son también funciones distintas de las de juzgar interpretando y aplicando el derecho. Por último, la jurisprudencia constitucional ha recordado (tomando pie de la obligación de los órganos judiciales de motivar sus decisiones en derecho) que, en virtud de los principios del Estado democrático de derecho y de “ una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la ley “, todo fallo judicial debe ser una decisión razonada *en términos de derecho* y no un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador

B.- El juez no puede sustituir la decisión discrecional de la Administración porque se encuentra impedido de reproducir el complejo proceso de formación de la voluntad de la Administración, que culmina en la expedición formal del correspondiente acto. Nunca puede ocupar el “hueco normativo”, nunca puede seleccionar o escoger el mismo la combinación de intereses que se ajuste o que mejor se ajuste al interés general, pues si lo hiciese, además de producirse una flagrante inconstitucionalidad, se juridificaría la política, con lo que “la política no tiene nada que ganar y la justicia mucho que perder”¹⁶⁵

C.- Si la discrecionalidad – facultad otorgada a la Administración – tiene una posición constitucionalmente protegida o reservada, cualquier resolución jurisdiccional que la invada, sustituyendo los juicios y apreciaciones de aquella es inconstitucional, porque en tal caso, los tribunales se sitúan fuera de su marco constitucional y legal al invadir espacios atribuidos a otros órganos del Estado. Se exceden de su función exclusiva de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” (artículos 73º, inciso primero de la Constitución y artículo 1º, inciso primero del Código Orgánico de Tribunales), convirtiéndose así en administradores.

D.- Estas extralimitaciones funcionales en que pueden intervenir los tribunales tienen un reflejo y una sanción explícitas, la nulidad y responsabilidad ulterior por aplicación del artículo 7º de la Constitución, y en el tema en comento, particularmente por lo que dispone el inciso segundo de ese precepto: “ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que

en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial. “. Sentencias del Tribunal Constitucional : 17/1981, 23/1988, 12/1991, entre otras, citadas por Miguel Sánchez Morón, Ob. Cit., pág. 157.

¹⁶⁵ Beltrán de Felipe, Miguel. Ob. cit., pág. 207.

expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.” Lo anterior como consecuencia de que cuando un órgano integrante de uno de los Poderes del Estado (como denomina al Poder Judicial nuestra Constitución en su Capítulo VI) excede los límites de las funciones que le corresponden e invade otros ámbitos, está incurriendo ya no en ilegalidad sino en inconstitucionalidad.

Es la Administración y sólo ella quien elige el modo de servir los intereses generales, elección esencialmente política, objetiva y no arbitraria entre alternativas ajustadas a los intereses generales, que responde a la función de gestión de un interés ajeno. Al juez – por el contrario - le corresponde llevar a cabo su misión constitucional de garante del respeto de dicha función y de los derechos e intereses de los ciudadanos, porque los tribunales, por su conformación, posición y función institucional no están llamados ni en condiciones de participar en el proceso de dirección y configuración de las condiciones de la vida colectiva.

E.- Lo actuado por la Administración en virtud de potestades discrecionales no es posible de sustitución por el órgano jurisdiccional, pues al hacerlo habría violado no solo la ley habilitante de las facultades discrecionales – espacio reservado constitucionalmente al Legislativo - y la norma contenida en el artículo 4º del Código Orgánico de Tribunales que expresa imperativamente: “ Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes.”, sino que estaría también violando la propia Constitución al invadir espacios que esta Carta Fundamental reserva al Ejecutivo, a quien corresponde exclusivamente la función ejecutiva; y, finalmente, la sustitución violaría la propia sujeción del juez

al imperio de la ley impuesta por el mencionado artículo 7° de nuestro Código Político.

F.- Además, y reforzando esta posición de la doctrinal fundada en las normas jurídicas mencionadas, nuestro Tribunal Constitucional, en fallo Rol N° 325, de fecha 26 de junio de 2001, ha señalado que: “ Como reiteradamente se ha declarado por esta sede, dichos juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación. No es en consecuencia procedente que un requerimiento enderezado por este Tribunal se aboque a analizar y decidir más allá de su esfera de atribuciones, que en esta materia importa sólo un examen jurídico de constitucionalidad del impugnado decreto, debiendo prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual.”

Pero aún queda por señalar, si se constata la infracción de alguno de los límites jurídicos del ejercicio de la discrecionalidad, el órgano judicial no puede determinar el contenido de la decisión a adoptar en sustitución de la anulada, salvo que en la realidad se llegue a la conclusión, mediante el razonamiento jurídico, de que sólo hay una solución posible en derecho. Pero esto equivale a decir que la decisión a adoptar en el caso no era discrecional, sino reglada, y que la sustitución de las decisiones administrativas discrecionales por otras decisiones judiciales no se conforma a la naturaleza y los límites con que se configura la función judicial en nuestra Constitución. Sólo que entonces será difícil explicar cómo una potestad prevista por el legislador como discrecional se ha podido transformar en potestad reglada en su aplicación al caso concreto. El riesgo de que la “unicidad” de la solución aplicable en derecho dependa más del criterio subjetivo del juez que de los datos objetivos es grande, lo que impone un uso muy prudente de la potestad

judicial de sustitución. Nuestro ordenamiento, por lo demás, prevé también los remedios jurídicos contra eventuales extralimitaciones semejantes en el ejercicio de la función de juzgar, porque una decisión judicial que no se funde en razonamientos jurídicos constituye una infracción al derecho a la jurisdicción de la parte lesionada por dicha decisión, derecho fundamental que no sólo sustentan los particulares, sino también las Administraciones públicas.

Recientemente se ha apelado, para postular una mayor extensión de los poderes del juez que controla a la Administración, a la contribución que los órganos judiciales pueden aportar a una mejor administración. Difícilmente se puede estar en desacuerdo con esta última idea. Siendo el Poder Judicial también un poder público, que forma parte del Estado en su acepción global, está vinculado por los mismos valores superiores y principios constitucionales que el resto de los poderes públicos y debe contribuir, en colaboración con éstos a su realización efectiva. En consecuencia, el juez no puede ser ajeno al funcionamiento de los demás poderes del Estado. Más aún, un deber implícito de lealtad constitucional, que recae sobre el Poder Judicial como sobre los demás poderes públicos, obliga a los jueces a tener en cuenta las exigencias de la buena administración: eficaz, imparcial, capaz de satisfacer los intereses públicos a los que debe servir, al tiempo que abierta a la sociedad y respetuosa de los derechos de los ciudadanos. En la medida en que tenga en cuenta estas exigencias el juez puede contribuir a administrar mejor, pero esta contribución debe prestarse a través de la función propia del juez y no desbordando sus límites ni confundiéndola con la que es propia de la Administración o del Gobierno. Contribuir a administrar mejor no es apropiarse de la discrecionalidad administrativa, ni sustituir a los gobernantes y administradores en la definición de los intereses públicos que, en el marco de la

ley, les corresponde. Contribuir a administrar mejor desde el desempeño de la función judicial es, sencillamente determinar en cada caso los límites jurídicos, exclusivamente jurídicos, de la acción administrativa; es corregir las actuaciones que superen esos límites; y es, en todo caso, establecer una doctrina jurisprudencial que complete el ordenamiento jurídico al interpretar y aplicar la Constitución y ley, la costumbre y los principios generales del derecho, con el objeto de ayudar a establecer los criterios jurídicos de buena administración. Se trata de una tarea larga, inacabable, en la que quedan cosas muy importantes por hacer y en la que los jueces y tribunales han de jugar un papel, el relevante papel que la Constitución les asigna para la promoción del bien común y del progreso de la sociedad.

El artículo 19° N° 3 de la Constitución ha venido a disipar las dudas al reconocer a todos, sin distinción, tanto si son titulares de derechos subjetivos, como si lo son sólo de meros intereses legítimos, el derecho a una jurisdicción, que para ser realmente tal debe, como es lógico, restablecer en su integridad el *statu quo ante* que indebidamente alteró el acto recurrido. Así las cosas, la cuestión es bastante más sencilla de lo que habitualmente se piensa. Es obvio que un juez no es quien para decidir en nombre del Derecho por dónde debe ir una carretera o dónde debe emplazarse una central nuclear o qué extensión debe tener el suelo no urbanizable de un término municipal y que, en casos semejantes, lo más que podrá decir desde la perspectiva jurídica que le es propia es que la carretera en cuestión no debe pasar por el concreto lugar por donde la ha trazado el proyecto aprobado por la Administración o que la central nuclear no puede legítimamente situarse en el emplazamiento por ésta previsto o, en fin, que no está justificada objetivamente la extensión dada por el planeamiento recurrido al suelo no urbanizable. Pero para explicar esto, que es, obviamente, así y así debe seguir siendo, no hay necesidad de

acudir en absoluto al viejo tópico de la oportunidad o de la prohibición. Basta atenerse a lo que constituyen los límites objetivos del proceso que al juez corresponde resolver, dentro de los cuales entra el restablecimiento de la situación jurídica anterior del recurrente, pero no su modificación o su mejora.

En cambio, es enteramente lícito y, además y sobre todo, constitucionalmente obligado por exigencias inherentes a la efectividad del acceso a la jurisdicción que la Constitución garantiza, incluir en el fallo estimatorio el reconocimiento de los derechos del recurrente indebidamente afectados por el acto anulado y adoptar cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de su situación jurídica anterior. Precisar en abstracto qué medidas lo serán es sencillamente imposible, porque depende en cada caso del concreto contenido de la situación jurídica de que se trate, del modo en que haya sido alterada por el acto recurrido y de la magnitud de esa alteración, cuestiones todas ellas que no pueden concretarse a priori.

La mera anulación puede ser suficiente en muchos casos para restablecer la situación jurídica del recurrente; en otros, en cambio, no basta, como es obvio, ya que ese restablecimiento reclama necesariamente una compensación económica, que la sentencia habrá de fijar de forma inexcusable so pena de negar la tutela efectiva a la que el recurrente tiene derecho; en otros, requerirá la adopción por la Administración de medidas ulteriores que la sentencia no puede por sí misma adoptar, aunque sí puede y deba fijar el resultado al que han de orientarse, lo cual podrá plantear problemas de ejecución que el Tribunal sentenciador habrá de resolver en su momento en orden a asegurar la efectividad de la tutela otorgada

Lo que no ofrece duda es que la situación jurídica alterada por el acto disconforme con el ordenamiento jurídico debe ser en todo caso restablecida., bien directamente por la propia sentencia si el juzgador cuenta con elementos de juicio suficientes para ello, bien indirectamente sentando en la propia sentencia las bases para su ulterior ejecución, porque así lo exige la efectividad del acceso a la jurisdicción que la Constitución garantiza.

Si la Administración ha actuado discrecionalmente en virtud y al amparo de una Ley que le habilita para ello y lo así actuado supera en sede jurisdiccional no sólo la confrontación con las distintas técnicas existentes para el control de los actos discrecionales, sino que, además, resiste el test de racionalidad, es obvio que tal actuación es ajustada a Derecho; y, si lo actuado administrativamente en virtud de potestades discrecionales es ajustado a Derecho y tampoco puede ser tachado de arbitrariedad, es claro que no será posible una sustitución por el órgano judicial de lo discrecionalmente decidido por la Administración, y, si no obstante, se produce dicha sustitución, por ello mismo el órgano judicial habrá violado no sólo la Ley habilitante de las facultades discrecionales, sino la propia Constitución. Esto último es así porque, en tal caso extremo, la sustitución judicial violaría no sólo el espacio constitucionalmente reservado al Legislativo, sino también el espacio constitucionalmente reservado al Ejecutivo, a quien corresponde exclusivamente la función ejecutiva. Finalmente, la sustitución violaría la propia sujeción del juez al imperio de la Ley impuesta por el artículo 6º de la Carta Fundamental.

Siempre que exista la posibilidad de que la Administración elija entre dos o más opciones igualmente justas, la sustitución judicial no será posible sin una

extralimitación contraria a la división de poderes, con lo que entraríamos en un supuesto de arbitrariedad del Poder Judicial.

En nuestro país, el recurso de protección tiene el mérito de haber hecho derecho vivo a las disposiciones constitucionales, constitucionalizando todas las áreas del derecho y ponerlas en conexión con los derechos fundamentales; a su vez, en el ámbito del Derecho Administrativo ha afectado significativamente – en forma positiva - el sistema de control de ésta al constituirse en el medio procesal más eficaz y expedito que existe en nuestro ordenamiento jurídico para amparar los derechos fundamentales de las personas, al punto que se le ha privilegiado por sobre otros recursos o acciones especiales de reclamo, a lo que debe agregarse la interpretación extensiva que se ha hecho de los derechos que la Constitución garantiza, particularmente el de la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad.¹⁶⁶

Por su parte, la acción de nulidad de derecho público, que emana de los artículos 6º, 7º, 19 Nº3, 38º y 73º de la Constitución Política, que como hemos ya expresado configuran nuestro principio de juridicidad, cobra especial relevancia cuando no resulta procedente el recurso de protección.¹⁶⁷ Acción ésta de habitual aplicación en las confiscaciones y expropiaciones ilegales de los años 1970 a 1976 realizadas por Decretos Supremos.

Una interpretación rígida y errónea el principio de la separación de los poderes en que éstos fueron percibidos desvinculados funcionalmente, autónomos y desligados de los demás poderes, como si cada poder fuera un Estado dentro del

¹⁶⁶ Ferrada Bórquez, Juan Carlos, Ob. cit., pág 622-623.

¹⁶⁷ Particularmente cuando se advierte una tendencia doctrinal y jurisprudencial a reconocer a esta acción un carácter de imprescriptible e insanable.

Estado, llevó durante un prolongado tiempo a los tribunales a abstenerse de conocer de las demandas que perseguían la nulidad de actos administrativos, pues consideraban que hacerlo implicaba invadir atribuciones propias del Ejecutivo, pero, como hemos expresado, existe autorización constitucional expresa para ello, y actualmente prevalece la idea de que los poderes del Estado deben funcionar coordinadamente en la obtención de su finalidad de búsqueda incesante del bien común y su efectiva realización.

Además, hay que tener presente que el poder del Estado es único e indivisible y que la distribución de competencias persigue – entre otros fines – evitar la concentración de las funciones esenciales del Estado en un solo ente o persona, por cuanto ello representaría una seria amenaza para las libertades y derechos que la Constitución asegura a favor de las personas.

En un Estado de Derecho, todas las potestades públicas deben ser ejercidas con sujeción estricta al principio de juridicidad; así, aún aquella antigua categoría de actos denominados “actos de gobierno” son impugnables ante los tribunales ordinarios de justicia, y en ciertos casos ante el Tribunal Constitucional. Más aún, si en el futuro se entregara este control jurisdiccional a tribunales especiales y estos no fueren creados, será siempre competente el Poder Judicial para llevar a efecto el control de la Administración.¹⁶⁸ Desde luego, si todos los poderes del Estado pueden comprometer la responsabilidad de éste, es obvio que los actos emanados del ejecutivo deben estar sujetos al control jurisdiccional.

En ausencia de los tribunales administrativos, los tribunales ordinarios de

¹⁶⁸ Caldera Delgado, Hugo, Tratado de Derecho Administrativo, Ediciones Parlamento Ltda, 2001, Tomo I, p. 256.

justicia detentan la plenitud jurisdiccional en materia contenciosa administrativa, y ello es consecuencia de la unidad jurisdiccional consagrada en el inciso primero del artículo 73°, en el inciso segundo del artículo 38°, vinculados ambos por el inciso primero del artículo 79°. Lo anterior nos permite afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico no existen reclamos derivados de lesiones o atropellos a los derechos de las personas que no tengan un juez con competencia para conocer y resolver tales infracciones de la Administración.¹⁶⁹

Por ello, los tribunales ordinarios al examinar la juridicidad de los actos de la Administración no la están sustituyendo por cuanto sólo están ejerciendo las funciones jurisdiccionales, siempre motivadas en un derecho de los administrados, razón por la cual podrán ordenar siempre a aquélla su ajuste a la juridicidad vigente.¹⁷⁰

Como consecuencia de lo expuesto, los actos discrecionales son impugnables ante la jurisdicción, la cual tiene plenas competencias para revisar los elementos reglados que siempre existen en los mismos, que se refieren a la existencia de la potestad discrecional invocada para decidir por la Administración, al denominado control de los hechos determinantes del ejercicio de tal potestad, a la competencia del órgano que dictó el acto y a la adecuación del procedimiento seguido para la adopción del mismo.

A pesar de todo, debe insistirse en que la doctrina general de control del ejercicio de potestades discrecionales expuesta es aplicable por los jueces y

¹⁶⁹ Caldera Delgado, Hugo, Ob. cit. p. 240.

¹⁷⁰ Caldera Delgado, Hugo, Ob.cit. p. 242-243.

tribunales, debiendo asumir éstos con decisión el papel que la Constitución les otorga, sin que pueda hablarse de la existencia en este sector de una función administrativa no fiscalizable. El juez, en definitiva, deberá vigilar si la decisión de la Administración era la mejor de las decisiones posibles.

Es cierto que el control es difícil, pero no imposible, y por ello los juristas se esfuerzan en reducir el ámbito de las decisiones exentas de control a fin de satisfacer efectivamente los principios constitucionales derivados de la configuración de un Estado de Derecho.

Al término de esta formidable reducción de la discrecionalidad queda de ésta un último residuo, aquel en el que se manifiesta como una apreciación de valores singulares (la oportunidad es sólo uno de ellos) sobre la que se monta la libertad de elección en que en último extremo consiste. Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo, porque los Tribunales sólo pueden usar para la medida del actuar administrativo criterios jurídicos generales lo general es justamente lo propio del Derecho, en donde radica su objetividad, y no en apreciaciones subjetivas y contingentes de la justicia de los casos concretos. Es en esa libertad última de decisión, en vista de lo singular y de lo concreto, en donde radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el juez está exento y que nunca puede pretender sustituir. El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades.

CAPITULO IV

4. JURISPRUDENCIA

Corresponde ahora determinar de qué forma, y en qué medida los órganos de control administrativo y los jurisdiccionales establecidos en nuestra Constitución han tratado la discrecionalidad administrativa. Para estos efectos, hemos examinado los principales fallos y dictámenes que constituyen la jurisprudencia administrativa y judicial desde los años 1978 a la fecha, y, con especial énfasis, a los emitidos durante el período de vigencia de la actual Constitución.

Esta jurisprudencia emana de dictámenes de la Contraloría General de la República y de fallos de los Tribunales de Justicia, y en este último caso, fundamentalmente de aquellos dictados en Recursos de Protección. Haremos a continuación una breve referencia a los más importantes de aquéllos, a efectos de identificar las tendencias existentes sobre la materia que nos preocupa.¹⁷¹

4.1. Jurisprudencia administrativa

De no mucho desarrollo, y no obstante comprender aspectos de la discrecionalidad administrativa relativos a: sus límites, margen de apreciación, juridicidad, control, motivación, principios de derecho e interdicción de la

¹⁷¹ Los distintos mecanismos propuestos por la doctrina para efectuar el control de la discrecionalidad administrativa no han sido totalmente acogidos por nuestros Tribunales, y otros han sido interpretados equivocadamente (conceptos jurídicos indeterminados y motivación de actos discrecionales). Sus fallos, salvo casos excepcionales, carecen de una línea argumental que permita conocer los elementos de juicio empleados en su decisión. Por su parte, y en lo que se refiere a los Dictámenes de la Contraloría General, este organismo se ha dedicado más al análisis de las materias que afectan la legalidad de los actos administrativos antes que a examinar el procedimiento de formación de los actos discrecionales.

arbitrariedad, resulta un tanto contradictoria la posición doctrinal sustentada por la Contraloría General de la República, cuyos dictámenes mayoritariamente sustentan una idea contraria a la sostenida por los Tribunales de Justicia que, en síntesis, sostiene que, constatada la existencia de una facultad discrecional en la norma que rige la actuación del administrador, no corresponde a dicho organismo pronunciarse sobre los actos emanados de dicha facultad, y en otros dictámenes sustenta la opinión de que ese máximo órgano constitucional de control carecería de facultades para fiscalizar los actos discrecionales de la Administración.

Pueden destacarse como emblemático entre aquellos que sustentan la primera posición, el dictamen No. 679, del año 1992, el cual luego de negar la existencia de una sinonimia entre autonomía universitaria y discrecionalidad manifiesta que: “*La autonomía universitaria no significa una discrecionalidad que faculte al órgano o entidad autónoma para marginarse del principio de legalidad y, consecuentemente del control administrativo o jurisdiccional;*” y, entre aquellos que sustentan la otra posición, el dictamen N° 3.120, del año 1990, en el cual se ha expresado que: “*la Contraloría carece de atribuciones para calificar las circunstancias o antecedentes tenidos en consideración por el Presidente de la República para remover de su empleo, a proposición del Ministro del Interior, a cualquier empleado público*”.

Si bien como se ha expresado, se trata – la primera - de una opinión mayoritaria, existen opiniones minoritarias que reconocen facultades al organismo contralor para fiscalizar los actos discrecionales de la Administración, minoría que - al parecer – y afortunadamente, se viene incrementando en estos últimos dos años, aplicando con energía y mayor amplitud las facultades de control de

constitucionalidad y de legalidad que la Constitución y su propia Ley Orgánica Constitucional, le asignan.

Como ejemplos más destacados de esta jurisprudencia administrativa, podemos hacer referencia a los siguientes dictámenes, en los cuales ha sostenido expresamente que:

4.1.1. El régimen de legalidad es antagónico al de la libre discrecionalidad en la actividad administrativa, por cuanto los actos de la administración se encuentra sujetos al control de legalidad encomendado a la Contraloría General de la República, no puede coexistir la obligada legalidad de los actos con el opuesto sistema de discrecionalidad, *salvo en cuanto esta provenga de un texto legal expreso*. Si así no se entendiera, la misión de control encomendada al órgano fiscalizador sería superflua o quedaría desvirtuada.¹⁷²

4.1.2. Reconoce la discrecionalidad de la autoridad administrativa para efectuar el encasillamiento del personal de un servicio público, *por encontrarse facultado para ello en la ley*.¹⁷³

4.1.3. A propósito de ascensos en el Ejército, ha sostenido que la potestad presidencial no es enteramente discrecional (Dictamen N° 18.498/92) porque según los artículos 7° y 29° de la Ley N° 18.948, el Presidente de la República *no puede resolver los ascensos sin contar con la correspondiente proposición y, a su vez, tal decisión sólo puede recaer en funcionarios comprendidos en la respectiva propuesta*.¹⁷⁴

¹⁷² JURO74721N66, Base de Datos Computacional, Contraloría General de la República, Santiago, 2001, a propósito de la aplicación de medidas disciplinarias distintas a las señaladas específicamente en la ley, invocando para ello una pretendida facultad discrecional no determinada en aquélla.

¹⁷³ JURO26121N86, (Fuente citada)

¹⁷⁴ JURO24509N92, (Fuente citada)

4.1.4. Reconoce discrecionalidad a los Alcaldes – como máxima autoridad municipal- para determinar la duración de los cometidos funcionarios que disponga para el personal municipal, *que en todo caso, siempre debe ser limitada.*¹⁷⁵

4.1.5. La normativa vigente habilita a la administración para que, en ciertos casos, pueda servirse - en las obras de infraestructura que ejecute – de alguno de los sistemas de construcción existentes, teniendo para ello un relativo margen de discrecionalidad. *Pues queda entregada a la decisión de la autoridad el sistema a utilizar.*¹⁷⁶

4.1.6. En materia de licitaciones, las proposiciones de adjudicación de las comisiones técnicas constituyen meras sugerencias para la superioridad que, ponderando circunstancias de mérito, conveniencia u oportunidad, puede adjudicar no necesariamente al licitante que figure en el primer lugar de la proposición, y aún, rechazar todas las ofertas, pero esta discrecionalidad de la autoridad no puede significar arbitrariedad, *por cuanto se requiere que sus decisiones sean debidamente fundadas.* No resulta pues procedente que el rechazo de todas las propuestas pueda hacerse sin expresión de causa.¹⁷⁷

4.1.7. Tratándose de subvenciones y aportes municipales, la municipalidad respectiva goza de discrecionalidad para otorgarla o no, de invalidarla o no, pero no le asiste tal discrecionalidad en cuanto a la forma en que debe ejercerse tal atribución, por lo que *resulta improcedente el otorgamiento al alcalde - por parte del consejo de desarrollo comunal – de autorizaciones genéricas e indeterminadas en cuanto al monto y beneficio de aquellas.*¹⁷⁸

¹⁷⁵ JURO12154N98, (Fuente citada)

¹⁷⁶ JURO17860N97, (Fuente citada)

¹⁷⁷ JURO14764N96, (Fuente citada)

¹⁷⁸ JURO12363N92, (Fuente citada)

4.1.8. La autonomía universitaria *no significa una discrecionalidad que faculte al órgano o entidad autónoma para marginarse del principio de legalidad de la administración estatal y del control administrativo y jurisdiccional* que la constitución establece en los artículos 6º, 7º, 20º, 38º, 87º y otros.¹⁷⁹

4.1.9. Los intendentes regionales gozan de cierta discrecionalidad para la utilización de los recursos denominados “tres por ciento de libre disposición” del D.L. 3000/79, artículo 7º, pero sus actos administrativos que los formalizan *están afectos a control de legalidad cuando exceden los montos que en cada caso señala la norma.*¹⁸⁰

4.1.10. El otorgamiento de ciertos beneficios remuneratorios vinculados a la productividad académica en una universidad estatal, representa un beneficio cuyo otorgamiento, vigencia y monto es de competencia del Rector y corresponde al ejercicio de potestades discrecionales, *que exigen especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración en orden a motivar sus actos*, máxime cuando la respectiva decisión expresa una alteración de las circunstancias que impulsaron originalmente el otorgamiento del beneficio. *Ello por cuanto la mencionada exigencia tiene por objeto asegurar que los actos de la Administración no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, que cuenten con fundamento racional, y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente*, lo cual impide, por cierto, establecer diferencias arbitrarias entre personas que se encuentren en la misma situación.¹⁸¹

4.1.11. Las facultades discrecionales que se conceden para aprobar o rechazar las solicitudes de condonación de créditos cuando no existe disposición

¹⁷⁹ JURO00679N92, (Fuente citada)

¹⁸⁰ JURO15769N80, (Fuente citada)

¹⁸¹ Dictamen N° 11.158, 30, marzo, 2000, Contraloría General de la República

legal que obliguen a acogerlas, *no puede en caso alguno dar lugar a decisiones arbitrarias*, siendo pertinente añadir que, con arreglo a los números 2 y 22 del artículo 19º de la Constitución Política, *tampoco su ejercicio puede traducirse en actuaciones discriminatorias*.¹⁸²

4.1.12. Atribución exclusiva no significa que actos queden al margen de control preventivo de legalidad, ya que *facultad discrecional no importa actuación al margen del derecho*. Control de legalidad consiste en verificar si decreto o resolución se ajusta a la constitución y las leyes.¹⁸³

4.1.13. No existiendo reglamentación acerca de la decisión que debe adoptar la Contraloría General en orden a ejercer determinados procedimientos de control, los artículos 132º y 133º de la Ley N° 10.336 entregan al juicio discrecional del Contralor la resolución de practicar inspecciones y de instruir sumarios, *situación que no resulta inconciliable con los principios de derecho administrativo*, ya que emana de normas positivas de ese ordenamiento.¹⁸⁴

4.1.14. Un municipio no puede modificar o alterar unilateral y discrecionalmente las cláusulas de un contrato de suministro y distribución de tarjetas de estacionamiento suscrito con un particular, pues las municipalidades como órganos públicos *deben someterse estrictamente a la regulación jurídica* de los actos en que participen, que no pueden alterarse discrecionalmente por el alcalde, ni aún existiendo consenso con los terceros.¹⁸⁵

4.1.15. El otorgamiento o término de subvención o aporte a entidad sin fines de lucro es un acto discrecional de la municipalidad, sin desmedro de las facultades

¹⁸² Dictamen N° 5.498, de 11, febrero, 1990, Contraloría General de la República.

¹⁸³ JURO55770N72, (Fuente citada)

¹⁸⁴ JURO00825N82, (Fuente citada)

¹⁸⁵ JURO23374N92, (Fuente citada)

de Contraloría contempladas en la Ley N° 10.336 y el D.L. 1263, de 1975, *en cuanto a la fiscalización de esa clase de recursos*.¹⁸⁶

4.1.16. Modificación de criterios sustentados en una Circular ministerial, reemplazados en otra posterior constituye la aplicación de un principio de administración discrecional, que en ningún caso la obliga a mantener los criterios adoptados, *los cuales son esencialmente modificables, considerando su efectividad en la aplicación práctica*. Lo anterior, sin desmedro de que los afectados por los cambios, puedan intentar todas las acciones que la normativa legal vigente les otorga para hacer valer sus derechos eventualmente transgredidos.¹⁸⁷

4.2. Jurisprudencia judicial

De mucho mayor desarrollo que la jurisprudencia administrativa, y pronunciándose prácticamente sobre todos los aspectos que se relacionan con la discrecionalidad administrativa, nuestra jurisprudencia judicial exhibe a su vez una tendencia hacia un mayor y más estricto control de aquélla. El mérito en esta expansión del control de juridicidad lo obtiene – sin duda alguna – el recurso de protección que, a falta en nuestro país de una ley de procedimiento contencioso administrativo, se ha transformado en la gran barrera de contención contra los abusos de la Administración,¹⁸⁸ y en una segunda posición respecto del control de la discrecionalidad administrativa – producto del complejo procedimiento requerido al efecto - se encuentra la labor que desarrollan los Tribunales

¹⁸⁶ JURO17671N95, (Fuente citada)

¹⁸⁷ JURO46331N99, (Fuente citada)

¹⁸⁸ En un interesante trabajo, el Profesor Pierry destaca los efectos negativos que habría tenido el recurso de protección al sustituir en la práctica al contencioso administrativo: fallos dictados sin alegatos, en cuenta; sin instancia de discusión adecuada en la materia; tribunal no permanente, conformado por diversas Salas, de integración cambiante, resuelto por jueces diversos, todo lo cual llevaría a la incertidumbre, particularmente en el

ordinarios, a través del contencioso anulatorio e indemnizatorio. El examen de la jurisprudencia judicial así lo confirma.

Para efectos de exposición, la jurisprudencia judicial podemos clasificarla tomando en consideración las distintas materias que tienen relación directa con la discrecionalidad administrativa; a saber:

4.2.1. En relación con la arbitrariedad.

Los siguientes fallos hacen suya la doctrina que rechaza la antigua alegación de que la existencia de una facultad discrecional excluye el control jurisdiccional y que por ello los Tribunales debían inhibirse de su fiscalización:

4.2.1.1. La Corte Suprema, ¹⁸⁹ *revocando* un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de agosto de 1998, que sostenía que: “cuando el Presidente de la República hace uso de la potestad discrecionales para llamar a retiro, no está obligado por la ley a expresar los motivos que lo hayan inducido a decidir, que quedan entregados a su libre determinación, y es lo que ha ocurrido en el Dto N° 304 de 3 de junio de 1998, del Ministerio de Defensa Nacional, el cual, por lo tanto no adolece de la ilegalidad que se le reprocha,” *estimó que existían actuaciones arbitrarias e ilegales contra el inciso 4º, del N° 3, del artículo 19 de la Constitución Política.*

sector económico. Pierry Arrau, Pedro. Tribunales contencioso administrativos. Revista de Derecho, Año I, N° 2, Consejo de Defensa del Estado. Pág. 97 y ss.

¹⁸⁹ R.D.J., 1998, T. 95, N°3, sec.V, pág. 222 - 223, 28, octubre 1998.

4.2.1.2. La Corte Suprema ¹⁹⁰ ha expresado que: “Comete arbitrariedad y, por lo tanto, vicia el acto que dictó el Ministro del Interior que deniega una residencia temporal sin que existan fundamentos para ello; la atribución de discrecionalidad que disponga la ley para ejercer potestades administrativas no habilitan de modo alguno a la autoridad para decidir *sin la correspondiente justificación racional* de la medida que adopta, fundada en los hechos y conforme a las exigencias que la ley indica.”

4.2.1.3. Tratándose de Decreto municipal de caducidad de adjudicación de concesión de estación de servicio y venta de combustible, por 20 años, se *plantea claramente lo que es la arbitrariedad* en ejercicio de la discrecionalidad, y la procedencia del recurso de protección.¹⁹¹

4.2.1.4. En el caso de un acto administrativo denegatorio de petición acerca de la composición de un tribunal que resolvió un recurso administrativo de apelación en materia de calificación cinematográfica, se manifiesta que la actuación del Presidente del Tribunal de Apelación no puede estimarse ilegal, pero si considerarse arbitraria, pues *sin justificación jurídica valedera que la sustente y contrariando la racionalidad natural implícita en el asunto, se ha negado, por mera voluntad a acceder a lo solicitado.*¹⁹²

4.2.1.5. En el caso de adulteración de decreto supremo hecha por un subsecretario tarjando expresiones y modificando su contenido (respecto del término del contrato de un funcionario consular), se aplica diccionario RAEL para entender lo arbitrario; esto es, *lo contrario a derecho, consecuencia de un acto u omisión tomados por la voluntad no gobernada por la razón, sino por el apetito o*

¹⁹⁰ R.D.J., 1992, T. 89, sec. V, págs. 113 – 116, 19, marzo, 1992.

¹⁹¹ R.D.J., 1982, T. 79, N° 2, 2.5, págs. 186 –190.

¹⁹² R.D.J., 1989, T. 86, N° 2, 2.5, págs. 191 – 196.

*el capricho o por un deseo sin motivación y fuera de las reglas ordinarias y comunes.*¹⁹³

4.2.1.6. En relación con un procedimiento de licitación pública, respecto de una concesión de servicio público municipal de recolección de desechos domiciliarios, se ha manifestado que: *Hay arbitrariedad en la eliminación de un oferente una vez abiertos todos los sobres de ofertas sin haberse objetado en su momento los antecedentes del primer sobre.*¹⁹⁴

4.2.2. Respecto a la injerencia del Poder Judicial en asuntos de competencia de otros poderes del Estado:

4.2.2.1. La Corte de Apelaciones de Puerto Montt,¹⁹⁵ en fallo confirmado por la Corte Suprema, expresó: “ Igualmente corresponde desestimar las alegaciones....de improcedencia del recurso antes señalado teniendo en consideración que el artículo 20 de la Constitución Política ha entregado a la competencia de las Cortes de Justicia el conocimiento de los reclamos que la misma disposición autoriza.....*no estableciendo limitación alguna para la se reclama.*”.

4.2.2.2. El Tribunal Constitucional, en fallo Rol N° 325 del año 2001, ha sostenido que ese Tribunal no tiene competencia para examinar “*juicios de mérito, oportunidad o conveniencia, que se encuentran radicados en los órganos de los cuales emana la respectiva regulación*”. Para señalar enseguida que “ en el

¹⁹³ R.D.J., 1990, T. 87, N° 2, 2.5, págs. 163 – 169.

¹⁹⁴ R.D.J., 1991, T.88, N° 2, 2.5, págs. 164 - 171

¹⁹⁵ Revista Fallos del Mes, N° 288, págs. 512 y sigtes., considerando 6°, 29, octubre, 1982.

examen jurídico de constitucionalidad debe “prescindir de cualquier consideración o raciocinio factual.”¹⁹⁶

4.2.3. En cuanto a la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad

En esta materia existe, en principio, concordancia en la jurisprudencia judicial y administrativa respecto a la marcada diferencia que existe entre discrecionalidad y arbitrariedad, siendo esta último producto del capricho o voluntad inmotivada del agente. Así podemos apreciarlo en las siguientes sentencias:

4.2.3.1. La Corte de Apelaciones de Santiago¹⁹⁷ ha expresado: “ que no puede excluirse, indudablemente, la posibilidad de que un determinado acto sea lícito, al no contrariar norma legal alguna, *no obstante la característica de ser arbitrario, al derivar de un simple capricho o voluntad inmotivada de quien dictó o ejecutó dicho acto que le estaba permitido realizar.*”

4.2.3.2. La Corte Suprema,¹⁹⁸ a su vez, acogiendo un voto de minoría expresado en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 26, julio, 1984, ha señalando que: “ el acto que motiva la acción *será arbitrario si no obedece a una o más razones sino al capricho del agente,*” agregando que el hecho de que la autoridad recurrida para que informe los motivos de su actuación no cumpla con dicho requerimiento demuestra que su actuación “ *no ha obedecido a una o más razones y, por tanto, merece la calificación de arbitraria*”.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Considerando N° 38.

¹⁹⁷ Gaceta Jurídica, N° 157, 1993, págs. 78 y sigtes.

¹⁹⁸ R.D.J., 1984, sección V, págs 113 y sigtes.

¹⁹⁹ Este fallo recayó en un recurso de protección interpuesto en contra del Jefe de Zona en Estado de Emergencia de la Región Metropolitana quien, en uso de sus facultades discrecionales, negó la autorización solicitada por los recurrentes para realizar un acto cultural en homenaje al ex Presidente de la República, Salvador Allende. La facultad discrecional cuestionada se ajustaba plenamente a las normas legales que regulaban la materia, pero su ejercicio, al ser inmotivado, mereció el calificativo de arbitrario.

4.2.3.3. También la Corte Suprema,²⁰⁰ ha manifestado que: “ La facultad discrecional concedida al Jefe de Estado *no lo releva de la obligación de expresar la causa real o efectiva de sus actos. Lo no motivado es ya, por ese solo hecho, arbitrario*”. Y agrega ese mismo fallo: “ que a falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un Estado de Derecho en que no hay margen – por principio – para el poder puramente personal.”²⁰¹

4.2.4. En relación con el control de la discrecionalidad administrativa

En cuanto a la procedencia del control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, nuestros Tribunales han emitido pronunciamientos al respecto, entre los cuales podemos citar:

4.2.4.1. Con ocasión de la cancelación de matrícula a estudiante universitario, se declaró expresamente que *los actos discrecionales como los reglados son susceptibles de control judicial.*²⁰²

4.2.4.2. Tratándose de una negativa a derecho de acceso a mecanismo de dólar preferencial, *se reconoce el control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales a través del recurso de protección.*²⁰³

²⁰⁰ Gaceta Jurídica, N° 131, 1991, págs. 41 y sigtes.

²⁰¹ Fallo recaído en un recurso de protección interpuesto contra el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, a raíz de la exoneración de funcionarios de dicha institución mediante decreto presidencial, cuya redacción correspondió al fallecido profesor Fernando Fueyo Laneri. Se ha seguido, en este caso, la línea argumental sostenida por José Tomás Fernández en su obra *Discrecionalidad y Arbitrariedad*, algunas de cuyas citas se incorporaron al fallo.

²⁰² R.D.J., 1980, T.77,2.1, págs. 109 – 111.

²⁰³ R.D.J., 1987, T. 84, N° 2, 2..5, págs. 159 – 162.

4.2.4.3. La Corte de Apelaciones de Santiago²⁰⁴, ha expresado que: “El ejercicio de atribuciones que la Ley ha conferido a una determinada autoridad administrativa con un margen de apreciación discrecional, no excluye el control judicial sobre su ejercicio a fin de comprobar si ha habido un *uso razonable* de ella o bien si ha sido ejercida con arbitrariedad.”

4.2.4.4. También esa Corte²⁰⁵ ha manifestado que: “ el reconocimiento institucional de una facultad discrecional no importa su sano o correcto ejercicio, *lo cual debe ser examinado, previo requerimiento por los Tribunales de Justicia.*

En sentido contrario, planteando una inmunidad de jurisdicción puede citarse que:

4.2.4.5. A propósito de declaración de monumento histórico mediante Decreto Supremo, se ha declarado que *los tribunales ordinarios carecen de atribuciones para examinar validez, razones o argumentos de actos discrecionales* pues ello llevaría a mezclar facultades jurisdiccionales y atribuciones judiciales propiamente tales con las que ejercen administrativamente los organismos públicos, *lo que no resulta de modo alguno aceptable.*²⁰⁶

4.2.5. Respecto a los elementos de control de la discrecionalidad administrativa.

Estos elementos de control dicen relación con:

4.2.5.1. Los elementos reglados:

²⁰⁴ R.D.J., 1994, T., sección V, págs. 42 y sig.

²⁰⁵ Gaceta Jurídica N° 154, págs 64 y sigtes. 1993.

²⁰⁶ R.D.J., 1981, T. 78, 2.5, págs. 284 – 288.

Nuestros Tribunales han aceptado este mecanismo de control y lo han acogido en diversos fallos, y podemos citar como ejemplo uno de la Corte Suprema,²⁰⁷ que confirmó otro de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en el que expresó: “ Las potestades discrecionales que la ley confiere a una autoridad administrativa *deben usarse en forma razonable y exclusivamente en las actividades o funciones para las que expresamente han sido conferidas.*”. En el mismo sentido, la Corte Suprema²⁰⁸ que manifestó: “ La discrecionalidad administrativa permite al órgano administrativo decidir si debe o no actuar en determinadas circunstancias y, en caso afirmativo, qué medidas adoptará. *Todo ello respetando las reglas generales establecidas por las Leyes.*”

4.2.5.2. Los hechos determinantes:

4.2.5.2.1. En relación con estos hechos determinantes, también nuestra Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse, aunque sin emitir una opinión doctrinaria, señalando que: “la facultad que se otorga al superintendente en el art. 55 de la Ley General de Bancos no importa una discriminación arbitraria; es una facultad discrecional *que deberá ser usada conforme a la sana razón al establecer dicho funcionario que una empresa bancaria no tiene la solvencia necesaria para seguir operando o que la seguridad de los depositantes exige su liquidación.*”

4.2.5.2.2. También en el caso del fallo de la Corte Suprema, dictado con motivo de la exoneración de funcionarios de la Policía de Investigaciones, se alude a esta materia, al establecer “ Los textos de tales oficios (que indujeron al

²⁰⁷ R.D.J., año 1990, sección V, págs. 5 y sigtes., 4, abril, 1990.

²⁰⁸ Gaceta Jurídica, N° 126, 1990, págs. 37 y sigtes.

Presidente de la República a dictar los decretos de retiro de los recurrentes) son idénticos entre sí, y además, *en ninguno de los casos se expresa la razón de hecho* que el Director General del Servicio haya tenido en consideración para tomar la decisión conducente, en último término, a la aplicación de dicha medida extremadamente grave.”²⁰⁹ Reitera la Corte la exigencia en orden a que el acto esté sostenido por presupuestos de hecho que lo justifiquen, como única vía para impedir que el acto sea declarado nulo.

4.2.5.2.3. La Corte de Apelaciones de Santiago ²¹⁰ ha expresado con claridad y precisión que: “ *Los hechos invocados deben existir real y concretamente, y no consistir en referencias vagas y generales*, única manera de dar validez jurídica a la decisión adoptada por la autoridad.” ²¹¹

4.2.5.3. Los conceptos jurídicos indeterminados: ²¹²

4.2.5.3.1. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago ²¹³ ha expresado que: “ *Las cláusulas abiertas que incluye el legislador mediante fórmulas elásticas, más o menos vagas* – interés público, bienestar general, salud pública – otorgan al administrador un flexible arbitrio interpretativo, pero en todas las situaciones, las causales que determinan la creación del acto *deben ser razonables y acreditadas* si el asunto se ventila en sede jurisdiccional. ”

²⁰⁹ Gaceta Jurídica, N° 131, pág. 41

²¹⁰ R.D.J. 1994, sección V, pág. 42.

²¹¹ Aún cuando los hechos determinantes son de vital importancia como mecanismos de control de la discrecionalidad, resulta extraño que la Contraloría General de la República no haga mención expresa de los mismos en sus Dictámenes.

²¹² La confusión existente en algunos cuerpos legales respecto a este concepto con el de facultades discrecionales, ha traído como consecuencia iguales efectos en nuestra jurisprudencia, que no ha asumido con claridad la diferencia entre ambos conceptos, sin que por ello haya cesado su labor de control.

²¹³ Fallo de 31, enero, 1994. Cit.

4.2.5.3.2. A su vez, en el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago,²¹⁴ resolviendo un recurso de protección, expresó que: “ La garantía del derecho de propiedad... Con todo lo extensa que se quiera, *tiene sin embargo las limitaciones que se derivan de su función social*. Y en éstas.....se encuentra la *utilidad y salubridad públicas*.”

4.2.5.4. El fin y la desviación de poder

4.2.5.4.1. Los tribunales han asumido también esta materia y en el ya citado fallo de la Corte Suprema²¹⁵ relativo a la exoneración de funcionarios de la Policía de Investigaciones,²¹⁶ alegándose la existencia de facultades discrecionales del Presidente de la República, se dejó sin aplicación a los afectados algunas normas legales y reglamentarias sobre sanciones administrativas, que implicaban la instrucción de un sumario administrativo previo. La Corte precisó al respecto: “ el poder discrecional es un poder eminentemente funcional en el caso de un Estado de Derecho. *Dicho poder está obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la cual fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también su conformidad a la ley y al Derecho.* ” y agrega: “ Cabe recordar, de modo indispensable, que *nuestro ordenamiento contempla específicamente las disposiciones que debieron aplicarse en este caso ante el comportamiento*

²¹⁴ Revista Fallos del Mes N° 346, 1987, págs. 604 y sigtes.

²¹⁵ Gaceta Jurídica, N° 131, págs. 41 y sigtes., citado

²¹⁶ En este caso no se empleó el procedimiento regular contemplado en el Estatuto del Personal de ese Servicio, y se recurrió a un procedimiento más rápido: un decreto presidencial, que afectó el derecho de los funcionarios policiales a un debido proceso, como también su derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, y su derecho al respeto y protección de la honra de las personas y sus familias. Existió desviación de poder pues se emplearon facultades discrecionales para fines diversos a los considerados al momento de su otorgamiento, además de dejarse de aplicar disposiciones expresas, que justamente contenían los procedimientos y sanciones a aplicar a actos como los que imputaron a los citados funcionarios policiales.

supuestamente indebido de unos funcionarios que, a juicio de la autoridad policial, merecían alguna sanción”.

4.2.5.4.2. Siguiendo esta misma línea argumental, la Corte de Apelaciones²¹⁷ de Antofagasta, en fallo confirmado por la Corte Suprema, puntualizó que: “ La potestad discrecional que tiene el Servicio de Impuesto Internos como autoridad fiscalizadora *debe usarse en forma razonable y restringiéndola exclusivamente a las actividades que ameriten su intervención.*”

4.2.5.5. Los motivos.

4.2.5.5.1. Con respecto a los motivos, que constituye el elemento fundamental sobre el que descansa la validez del acto, la Corte Suprema²¹⁸ ha expresado que: “ *El acto que motiva la acción será arbitrario si no obedece a una o más razones sino al capricho del agente.*” Y “si la autoridad recurrida, requerida *para que informe los motivos de su actuación, no lo hace, demuestra con ello que su actuar no ha obedecido a una o más razones y, por lo tanto, merece la calificación de arbitraria*”. También esta Corte ha exigido que los motivos sean razonables, y al respecto ha expresado: “ Todo acto administrativo *debe tener fundamento o motivo y este debe ser apreciado razonablemente*, esto es, servir justificadamente a la adopción de determinada decisión.”²¹⁹

4.2.5.5.2. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago²²⁰ ha manifestado que: “No cabe estimar una medida de remoción de un funcionario municipal como

²¹⁷ Fallo de 15, enero, 1990, citado

²¹⁸ R.D.J., 1984, sección V, págs. 113 y sigtes., citado

²¹⁹ Gaceta Jurídica N° 126, 1990, pág. 37 y sigtes.

²²⁰ R.D.J., 1984, sección V, pág. 247.

arbitraria, esto es carente de razón o dictada solo por voluntad o capricho de su autor, *puesto que ha sido pronunciada por las motivaciones que constan en autos y que justifican al proceder de la autoridad.*”²²¹

4.2.5.5.3. Con motivo de la expulsión de un estudiante universitario, se reconoce existencia de un elemento discrecional en una potestad sancionatoria, en lo relativo a la determinación de los hechos, *pero la resolución que sancione dichos hechos debe ser fundada.*²²²

4.2.5.5.4. En otro caso de expulsión de un alumno universitario, se mantiene igual posición, y reconoce un elemento discrecional de una potestad sancionatoria, *pero exige resolución fundada.*²²³

4.2.5.5.5. Resolución de autoridad administrativa de vialidad que aplica multa al dueño de un predio y le ordena abrir un camino al interior de él, obliga que la decisión que adopte la autoridad de Vialidad en uso de dicha potestad *debe estar claramente fundamentada.*²²⁴

4.2.5.6. La oportunidad.

²²¹ En esta materia, el órgano contralor tiene una opinión completamente contraria a la sostenida por la doctrina, pues el Contralor General, al informar un recurso de protección interpuesto en su contra ha dicho que: “ si se decide usar esta atribución (discrecional), no es preciso fundarla, o sea, no se tiene que expresar las razones de conveniencia y oportunidad que se han considerado para resolver la situación ”.(Informe a la Corte de Apelaciones de Santiago, Dictamen N° 25.877, de 1994).

Esta opinión, contraria a lo sostenido por la doctrina y nuestros Tribunales, aunque no compartida, es discordante con lo establecido en el Dictamen N° 19.073, de 1992, que en lo pertinente manifiesta: “ la administración debe fundamentar la decisión, al hacer uso de la facultad examinada, puesto que ella no reviste características de completa discrecionalidad ”. De lo anterior pareciera desprenderse que el organismo contralor pretende que existe una gradación de la discrecionalidad que determina la mayor o menor motivación de los actos administrativos, pero ello constituye una teoría muy sui generis, que no tiene sustento lógico, doctrinal ni jurisprudencial.

²²² R.D.J., 1983, T. 80, N° 2, 2.5, págs. 94 – 100.

²²³ R.D.J., 1985, T. 82, N° 2, 2..5, págs. 40 - 50.

²²⁴ R.D.J., 1993, t. 90, N° 3, 2.5, págs.

4.2.5.6.1. En cuanto a la oportunidad, un interesante fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago ha determinado que²²⁵ “ La Carta Constitucional asegura a todas las persona el derecho de presentar peticiones a la autoridad. Esta garantía, que ni siquiera se ve limitada en los estados de excepción, conlleva, naturalmente, la de obtener del destinatario una actitud que, en el marco de la lógica, importe una reacción ante el estímulo requirente... *Aunque el punto sobre el que la petición recaiga esté reservado a la discreción del administrador, ha de tratársele en el marco de la ley, y con fundamento bastante como para descartar que esa discreción se transforme en arbitrariedad...* En consecuencia, *si la autoridad se niega a emitir un pronunciamiento ante una petición de los recurrentes para que se les permita regresar al país, se configura uno de los defectos legales que el artículo 21 de la Constitución manda corregir a las Cortes de Apelaciones, ya que la omisión anotada involucra una perturbación a la libertad personal, hecha con infracción a lo dispuesto en la Constitución “.*

4.2.5.6.2. Pero en otro caso, la misma la Corte de Apelaciones de Santiago²²⁶ sostuvo una opinión distinta en un fallo recaído en un recurso de protección deducido contra Capredena, por la demora de esa Institución en repactar una deuda del recurrente, que alegó que su abstención tenía respaldo legal por las facultades discrecionales concedidas. Al efecto esa Corte expresó: “ Al emplear el legislador de la Ley 18.239 (art. 1º) la forma verbal “facúltase”, ha entregado a las Instituciones de Previsión Social una potestad discrecional, *de la cual pueden o no hacer uso según su arbitrio, es decir, para que libremente den o no aplicación a la norma indicada..* Según este fallo, la Corte estima que la oportunidad es un

²²⁵ Gaceta Jurídica, N° 42, págs. 78 y sigtes.

²²⁶ R.D.J., 1983, sección V, pág 45 y sigtes.

elemento que no tendría límite alguno, ni siquiera en los derechos de los administrados.²²⁷

4.2.5.6.3. A propósito de restricción vehicular en la Región Metropolitana, se ha expresado que: *La discrecionalidad es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de lo razonable.* Es la libertad que el orden jurídico da a la administración para la elección oportuna y eficaz de los medios y el momento de su actividad debe encuadrarse dentro de los fines de la ley.²²⁸

4.2.6. Respecto a los límites.

4.2.6.1. La facultad discrecional contenida en los artículos 106° y 107° del Código Tributario representa una concepción acabada de discrecionalidad administrativa *pero reconoce límites que permiten su control.*²²⁹

4.2.6.2. La Adjudicación en propuesta para seleccionar proveedores JUNAEB, indica tres límites de la potestad discrecional: *Razonabilidad* (que la define); *buena fe* (que la define como principio general de derecho); *la ordenación del poder* (finalidad del Estado), y la *servicialidad humana.*²³⁰

²²⁷ Por su parte, la Contraloría General ha emitido opiniones contradictorias sobre la oportunidad, y en su Dictamen N° 29.723, de 1981, ha señalado: “ Contraloría carece de facultades para exigir a la Empresa de Correos de Chile que ordene las promociones que están pendientes, pues el ascenso, en cuanto al instante en que deba materialarse, es un acto discrecional, en el sentido de que no está sometido a plazo alguno. ” Pero en su Dictamen N° 43.849, de 1988, ha dicho que: “ Subsecretaría de Pesca debe resolver a la brevedad solicitud de permiso de pesca formulado por una empresa pesquera, porque, si bien no existe plazo legal o reglamentario expreso dentro del cual esa repartición deba pronunciarse, ello no significa que la decisión pendiente pueda adoptarse en cualquier tiempo por la autoridad, sino que esta dispone de un termino prudencial, a saber, el indispensable para ponderar los antecedentes del caso y resolver.”

²²⁸ R.D.J., 1992, T. 89, N° 2, 2.5, págs. 206 – 211.

²²⁹ R.D.J., 1981, T. 78, 2.5, págs. 1 – 21.

4.2.6.3. En el caso de una autorización de Dirección de Obras Municipales para lotear urbanizar y edificar conforme al Plano Regulador Comunal, se ha señalado que: Ninguna norma puede interpretarse de tal manera que conduzca a vulnerar la Constitución. Por ello cabe concluir que la discrecionalidad, de existir, *tiene por límites las garantías constitucionales.*²³¹

4.2.7. Respecto a la proporcionalidad y razonabilidad:

4.2.7.1. A propósito de la reincorporación de un alumno universitario, se entrega una noción de discrecionalidad que destaca uno de sus principales elementos: *su proporcionalidad* con los antecedentes que motivan la medida.²³²

4.2.7.2. En relación con la compensación de deudas tributarias, se plantea que, ejerciéndose una facultad con elemento discrecional, la administración *debe optar razonablemente por la decisión más conveniente.*²³³

4.2.7.3. Facultad del Superintendente de Bancos para revocar autorización de existencia de entidad bancaria, decretar su liquidación forzosa y declarar su disolución, *debe usarse conforme a la sana razón.*²³⁴

4.2.7.4. Con motivo de una decisión de autoridad administrativa de vialidad para construir bandejón o cuneta que impide acceso directo desde carretera a estación de servicio, se expresa que: Las potestades administrativas *deben ser ejercitadas de manera racional para evitar discriminaciones.*²³⁵

²³⁰ R.D.J., 1984, T. 81, N° 2, 2..5, págs. 51 - 54

²³¹ Corte Apelaciones Concepción, 13.junio, 1995. Confirmada por Corte Suprema, 20, septiembre, 1995.

²³² R.D.J., 1983, T. 80, N° 2, 2.5, págs. 40 – 45.

²³³ R.D.J., 1982, T. 79, N° 2, 2.5, págs. 128 –132.

²³⁴ R.D.J., 1983, T. 80, N° 2, 2.5, págs. 57 – 65.

²³⁵ R.D.J., 1985, T. 82, N° 2, 2..5, págs. 151-157.

4.2.7.5. Negativa de autoridad tributaria a timbrar facturas por parte de un Director Regional del S.I.I., permitió declarar que la potestad discrecional *debe usarse en forma razonable* y restringida exclusivamente a las actividades que ameriten su intervención.²³⁶

4.2.7.6. Resolución denegatoria de reclamación respecto de suministros eléctricos efectuados por Cooperativas *no es racional ni está debidamente fundamentada*, lo que permite que se burle el sistema de concesiones dispuesto por el legislador.²³⁷

4.2.7.7. En el caso de bloqueo de timbraje de facturas de venta durante cinco años por autoridad tributaria, se ha expresado que: Aún no siendo ilegal la medida de que se trata, *no está exenta de arbitrariedad*, ya que en el caso de autos *no aparece haber sido adoptada con la debida razonabilidad, al mantenerse por más de cinco años e indefinidamente* el bloqueo de timbraje de documentos al recurrente.²³⁸

4.2.7.8. A propósito del término de un convenio administrativo que pone fin a la administración de un liceo municipal, se ha manifestado que: “ El decreto impugnado en el presente recurso corresponde a un acto administrativo dictado en virtud de las facultades discrecionales de la autoridad, las que – como lo ha reconocido en numerosas oportunidades la doctrina jurisprudencial, no excluyen una posible arbitrariedad en su ejercicio, por cuanto si bien las cláusulas abiertas que incluye el legislador mediante fórmulas elásticas más o menos vagas – interés general, utilidad pública, bienestar general, salud pública – otorgan al administrador un flexible arbitrio interpretativo, en todas las situaciones, las causales que determinaban la creación del acto *deben ser razonables y acreditadas*

²³⁶ R.D.J., 1990, T. 87, N° 2, 2.5, págs. 5 – 9.

²³⁷ R.D.J., 1991, T. 88, N° 2, 2.5, págs. 81 - 86

²³⁸ R.D.J., 1993, T. 90, N° 3, 2.5, págs. 250 –252.

si el asunto se ventila en sede jurisdiccional. En el presente caso, apreciando los antecedentes en conciencia, esta Corte llega a la conclusión de que el decreto impugnado merece ser calificado de arbitrario *por cuanto sus fundamentos no aparecen razonablemente justificados*. “²³⁹

4.2.7.9. A propósito de una Resolución municipal que ordena reparar inmueble que amenaza derrumbe, se dictaminó que cuando a un órgano de la Administración del Estado una ley le confiere diversas alternativas para decidir, pudiendo adoptar varias medidas a fin de promover el bien común, *resulta arbitraria la resolución que dicta cuando carece de la debida y exigida racionalidad*, como no ser concordante con la realidad fáctica sobre la cual recae.

240

4.2.8. En relación con el margen de libre apreciación

4.2.8.1. En el caso de omisión de autoridad alcaldía de dar cumplimiento a resolución que acoge reclamo de ilegalidad, se señala que la autoridad administrativa, previo a adoptar su decisión, debe ponderar la conveniencia, utilidad, necesidad y oportunidad de dicha medida. *En dichas consideraciones recae el margen de libre apreciación* que confiere la discrecionalidad administrativa presente en una potestad pública.²⁴¹

4.2.8.2. En el caso de veda de pesca, aplicable a la pesquería pelágica, se expresó que hay discrecionalidad en el ejercicio de una potestad administrativa cuando el titular de un órgano *es habilitado por la ley con un margen de libre*

²³⁹ R.D.J., 1994, T. 91, N° 1, 2.5, págs. 42 - 45

⁴⁵ R.D.J., 1990, T. 87, N° 2, 2.5, págs. 112 - 122.

²⁴¹ R.D.J., 1989, T. 86, N° 2, 2.5, págs. 29 - 33.

apreciación en su función de satisfacer necesidades públicas, a fin de que al adoptar decisiones en que deben considerarse circunstancias singulares, se decida de la manera más conveniente, oportuna y eficaz para alcanzar dicha finalidad.²⁴²

4.2.8.3. Tratándose de facultades discrecionales, la autoridad respectiva puede “aceptar algunas solicitudes y negar otras”, atendidas las circunstancias concretas del caso que se presente. En definitiva, *el margen de libre apreciación conferido por la norma legal los habilita a actuar o no actuar*.²⁴³

4.2.9. Respecto al principio de juridicidad

4.2.9.1. Tratándose de la suspensión de inscripción en Registro de Contratistas del Ministerio de Obras Públicas, se configura una actuación dentro del espacio que fija la ley, *con plena sujeción al principio de juridicidad*, no en forma arbitraria o abusiva. Debe respetarse el principio de interdicción de la arbitrariedad.²⁴⁴

4.2.9.2. A propósito de la cesación de funciones de un funcionario público traspasado de servicio educacional, se señala que *la potestad discrecional debe ser siempre ejercida con pleno respeto del principio de juridicidad*, de lo contrario se estaría en presencia de un acto arbitrario.²⁴⁵

4.2.9.3. Con motivo del llamado a retiro de algunos detectives por parte del Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, se ha expresado que: El poder discrecional es un poder eminentemente funcional en el caso de un Estado de Derecho. *Dicho poder funcional está obligado a dar cuenta de su efectivo servicio*

²⁴² R.D.J., 1989, T. 86, N° 2, 2.5, págs. 20 – 29.

²⁴³ R.D.J., 1989, T. 86, N° 2, 2.5, págs. 133 – 136.

²⁴⁴ R.D.J., 1987, T. 84, N° 2, 2..5, págs. 112 - 115.

²⁴⁵ R.D.J., 1987, T. 84, N° 2, 2..5, págs. 236 – 241.

*a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la ley y al Derecho, y está expresa y plenamente sometido a las normas de la Carta Fundamental.*²⁴⁶

4.2.10. Improcedencia de discrecionalidad administrativa.

En relación con la destitución de un funcionario público de su cargo de oficial civil adjunto comunal, como medida disciplinaria producto de un sumario administrativo, se ha expresado que: *La discrecionalidad está vedada en la aplicación de la medida disciplinaria de destitución.* Lo anterior como consecuencia que *las medidas disciplinarias deben encontrarse siempre taxativamente señaladas por la ley.*²⁴⁷

Si tenemos presente que el examen efectuado a la jurisprudencia administrativa y judicial comprende a las últimas dos décadas, se advierte de inmediato que aún es insuficiente como para afirmar que nos encontramos frente a una línea jurisprudencial permanente en materia de discrecionalidad administrativa, pero junto con esta afirmación, es dable reconocer que se evoluciona hacia ello, y tal es el mérito de los fallos a que se ha hecho referencia - recaídos fundamentalmente en recursos de protección - pues se han hecho cargo de los diferentes elementos de la discrecionalidad administrativa, a la vez que tratan de orientar a la Administración en esta materia.

²⁴⁶ R.D.J., 1991, T. 88, N° 2, 2.5, págs. 123 – 134.

²⁴⁷ R.D.J., 1992, T. 89, N° 2, 2.5, págs. 22-31

De otro lado, el hecho que los Tribunales de Justicia no se abstengan de fiscalizar la actividad discrecional de la Administración, y hayan percibido con claridad la diferencia existente entre discrecionalidad y arbitrariedad, y la obligación de motivar y justificar objetivamente las actuaciones discrecionales, constituyen una notable actitud, en orden a disponerse por los administrados de una vía de impugnación, un tanto más amplia que antes, contra los abusos de aquélla, impropios en un Estado de Derecho.

No puede dejarse de destacar la poca recepción que algunos planteamientos doctrinales tienen en la Contraloría General de la República. Temas como la facultad de fiscalización de las potestades discrecionales y la necesidad de motivación de los actos emanados de ellas, no son permanente y profusamente desarrollados por el órgano contralor, lo cual no contribuye justamente a configurar una postura uniforme sobre el punto, con el agravante que es ese organismo la primera barrera de control que deben enfrentar los actos discrecionales, a través del control de legalidad.

Con todo, y pese a los esfuerzos realizados, falta aún un mayor desarrollo en nuestra jurisprudencia judicial y muy particularmente en la administrativa, que viene muy a la zaga de aquélla.

CONCLUSIONES

El trabajo de investigación que constituye esta Tesis se inició formulando como hipótesis el pleno control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, pero con la reserva de que este control no podía implicar la sustitución, por el juez, de las decisiones adoptadas por la Administración. Al efecto, se examinarían las principales doctrinas existentes y su posible aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. Lo mismo se haría en relación con las técnicas, órganos e instrumentos de control.

Las conclusiones de tal examen pueden sintetizarse como sigue:

1.- Actualmente, a diferencia de lo ocurrido hasta hace algunas décadas, la discrecionalidad administrativa no es ya una facultad de la Administración incondicionada de imposición, libre y exenta de cualquier posible control o corrección desde fuera, liberada de dar cuenta de si misma, de justificarse.

2.- La Constitución de 1980 estableció un sistema nacional de control de la Administración más complejo, a cargo de diferentes órganos externos a ésta, con competencias no exclusivas ni excluyentes, sino relacionadas y frecuentemente coexistentes, configurando así un doble control para un mismo acto, reforzando así la certeza y seguridad jurídicas. Se han reducido así al mínimo los ámbitos de inmunidad jurisdiccional administrativa.

3.- En concordancia con lo expresado en la conclusión anterior, es posible en nuestro país lograr el pleno control de la discrecionalidad administrativa por

cuanto nuestra Constitución Política contiene normas de aplicación inmediata para todos los órganos y sujetos jurídicos de la Nación, que junto a otros cuerpos normativo reconocen y aplican el denominado principio de juridicidad, elevado a suprema jerarquía en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, reafirmado en el artículo 2° de la Ley N° 18.575, con lo cual se obtiene así el sometimiento pleno de la Administración a la Constitución, la ley.

4.- La función que la Constitución y las leyes encomiendan a los órganos del Poder Judicial no consiste en sustituir a los órganos de gobierno y administración en la definición de los intereses públicos que se pretende obtener, como tampoco en la determinación de las medidas que la Administración deba adoptar en el marco del derecho para la prosecución y concreción de tales intereses. Les corresponde en cambio juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de manera exclusiva y excluyente, y no pueden, por tanto, constitucionalmente ejercer otras funciones distintas.

Lo anterior determina entonces que su control sobre la Administración debe ser siempre de naturaleza exclusivamente jurídica.

5.- En este estudio se examinaron, en profundidad, las dos más importantes tendencias existentes respecto del control de la discrecionalidad administrativa, la sustentada por Tomás Ramón Fernández, que puede resumirse en que “ todas las decisiones de la Administración son susceptibles de control judicial, incluidos los actos discrecionales, puesto que éstos no pueden ser arbitrarios porque deben estar motivados, y las razones no deben ser contrarias a la realidad y entre ellas y la decisión debe existir una relación de coherencia. Y que el control

judicial de tales actos es de juridicidad y no de mera legalidad, cuyo resultados puede ser la anulación del acto (normalmente); y, excepcionalmente, su sustitución por una decisión judicial cuando sea posible una única solución porque de esa forma se garantiza la efectividad de la tutela judicial; y, en segundo término, la tesis contraria, sostenida por Miguel Sánchez Morón y Luciano Parejo, un tanto más reduccionista de este control, que se sintetiza de la siguiente forma: El control judicial de la discrecionalidad administrativa sólo puede extenderse, además de los aspectos reglados específicos, al control de la desviación de poder, de existencia de los hechos determinantes, del respeto a los principios generales del Derecho, del cumplimiento de las garantías organizativas, procedimentales y formales (motivación), agregando la imposibilidad del órgano judicial de sustituir la decisión discrecional anulada salvo que haya una sola solución posible en Derecho.

Tras el examen señalado precedentemente, adherimos a la posición doctrinal mantenida por Tomás Ramón Fernández, que promueve una mayor extensión de control, y cuya instauración creemos perfectamente posible en nuestro país. En suma, control pleno de la discrecionalidad administrativa a través de los órganos, técnicas e instrumentos analizados y expuestos en el cuerpo principal de esta investigación, y rechazo a la sustitución de la Administración por los órganos jurisdiccionales, porque si bien puede aceptarse que los órganos judiciales pueden hacer importantes aportes para mejorar la Administración, esta contribución debe prestarse a través de la función propia del juez, y no excediendo sus límites, como tampoco confundiéndola con la que es propia de aquélla o del mismo gobierno. Una contribución de esa naturaleza implica sustituir a estos últimos en la determinación de los intereses públicos.

Afortunadamente, se advierte ya una tendencia doctrinal y de la jurisprudencia judicial en orden a ir desarrollando, cada vez más, líneas argumentales en ese sentido.

6.- También como conclusión, y sin que ello implique desconocer o minusvalorar el importante aporte del recurso de protección, hemos confirmado las consecuencias que se advierten debido a la falta en nuestro país de una ley de procedimiento administrativo; ley que regule esta materia en forma global y sistemática, determinando específicamente los recursos y procedimientos de tales procedimientos. De esta forma, se satisfaría la necesidad cada vez mayor de contar con una regulación moderna de esos procedimientos que, de cara al significativo desarrollo del derecho administrativo en las últimas dos décadas, impida la arbitrariedad. Su existencia, contribuiría a la vez – por medio de la nueva normativa legal y de sus correspondientes fallos - a una mejor y más extensa educación ética de administradores y administrados. En armonía con lo anterior, también resulta necesario crear tribunales contencioso administrativos cuyo beneficio más notorio sería, y esto es lo más importante: un mayor respeto de la juridicidad, sin tener que recurrir con tanta habitualidad al recurso de protección para obtener un oportuno amparo jurisdiccional.

7.- Finalmente, especial mención merece el hecho de que existe una mayor preocupación por el control de la Administración en nuestro país en la última década, con mayores, variados y mejores instrumentos de control, que contrariamente a lo que se piensa, no han afectado la eficiencia y eficacia de aquella, sino, por el contrario, la han fortalecido, porque inmerso en una concepción más moderna de gestión administrativa, este control es menos

burocrático y formalista porque se lo ha asumido con una concepción finalista de aquella.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALARCON JAÑA, Pablo Andrés. Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2000, 98 p.
- ANDALUCIA, Junta de. Discrecionalidad administrativa y control judicial, Madrid, Editorial Civitas. 1996.700 p.
- ANDRADE VERGARA, Mauricio. Facultades administrativas y discrecionales en relación con el recurso de protección. En: Escuela de Graduados. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2º Semestre, 1998.
- ARAGON, Manuel. El control como elemento inseparable del concepto de constitución. Revista española de derecho constitucional, N° 19, enero – abril, 1987.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime. Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del recurso de protección. Revista de Derecho Público, Universidad de Chile. Facultad de Derecho, N° 60, Julio – Diciembre, 1996.
- AYLWIN AZOCAR, Patricio. Efectos de la reforma del art. 38, inciso 2º, de la Constitución Política sobre régimen de lo contencioso administrativo, Cuadernos de Análisis Jurídico, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, N° 13.
- BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad administrativa, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1997. 330 p.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Discrecionalidad administrativa y control judicial, Anuario de Derecho Administrativo, Ediciones Revista de Derecho Público. Universidad de Chile.1975/1976.
- BELTRAN DE FELIPE, Miguel. Discrecionalidad administrativa y constitución. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1995. 278 p.

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge. El control de la discrecionalidad administrativa. Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso. XVII, 1996.
- CALDERA DELGADO, Hugo. Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, Volumen 16 N° 2, julio agosto, 1989.
- CALDERA DELGADO, Hugo. Tratado de derecho administrativo, Tomos I y II. Santiago, Ediciones Parlamento Ltda, 2001, 607 p. (I), 705 p. (II).
- CAMACHO CEPEDA, Gladys. La discrecionalidad administrativa en tela de juicio, Revista Gaceta Jurídica, N° 214, abril, 1998.
- CEA EGAÑA, José Luis. Hermenéutica legal, soberanía legal y discrecionalidad administrativa. Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, N° 1, enero-abril, 1984.
- CEA EGAÑA, José Luis. El sistema constitucional de Chile. Síntesis crítica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 1999, 360 p..
- COCA VITA, Eduardo. Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad Técnica. Revista de Administración Pública, N° 100 – 102, Volumen II, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- COCA VITA, Eduardo. También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los tribunales. Revista de Administración Pública, N° 108, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1985.
- CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, Jurisprudencia relativa a la discrecionalidad administrativa, Base de Datos Computacional, Santiago, 2001.
- DROMI, José Roberto. Instituciones de derecho administrativo. Buenos Aires. Editorial Astrea, Reimpresión, 1978.

- DE LA CRUZ FERRER, Juan. Sobre el control de la discrecionalidad administrativa en la potestad reglamentaria. Revista de Administración Pública, N° 116, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo. Discrecionalidad urbanística y garantías constitucionales. Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, N° 1, enero – marzo, 1998.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad. Madrid, Editorial Civitas. 1991.
- FERNÁNDEZ VASQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.
- FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. El principio del control en la administración del estado. El principio del control en la década 1990 – 2000. En: La administración del estado de Chile, Decenio 1990 – 2000, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Editorial Cono Sur Ltda., 2000, 780 p.
- FIAMMA O., Gustavo. El control de constitucionalidad de los actos administrativos. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 37-38, enero diciembre, 1985.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El control de los poderes discrecionales de la administración. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 17, enero-junio, 1975.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. Madrid, Editorial Civitas, 1983.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho. Madrid, Editorial Civitas, 1986.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. Madrid, Editorial Civitas, 4ª Edición ampliada, 1998.

- GIMENO FELIU, José María. Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento. Revista de Administración Pública, N° 137, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. La cuestión de la discrecionalidad administrativa referida al supuesto de hecho o presupuestos típicos objetivos de la intervención coactiva en el ejercicio del cargo. Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense.
- HUERGO LORA, A. La Motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso – contencioso administrativo. Revista de Administración Pública, N° 145, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1998.
- MARIN VALLEJO, Urbano. Vigencia actual de la invalidación de los actos administrativos. Revista de Derecho, Año I, N° 2, Consejo de Defensa del Estado. Santiago, diciembre, 2000.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. Del control de la discrecionalidad administrativa al Control de la Discrecionalidad Judicial. Revista de Administración Pública, N° 100 – 102, Volumen II, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1983.
- MARTÍNEZ MARIN, Antonio. El control de la actividad discrecional de la administración: el error en la apreciación de los hechos. Revista de Administración Pública, N° 124, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.
- MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio. La discrecionalidad en el derecho tributario.(condonación, comprobación, alzamientos, suspensión). Valladolid, Editorial Lex Nova, 1998.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo. Algunos principios claves en la protección de los derechos de los administrados. Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, XIV, 1991-1992.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo. El principio de legalidad. El contenido y alcance del principio de legalidad en las actuaciones de la

- administración del estado. En: La administración del estado de Chile, Decenio 1990 – 2000, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Editorial Cono Sur Ltda., 2000, 780 p.
- PANTOJA BAUZA, Rolando. La organización administrativa del estado, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, 477 p.
- PANTOJA BAUZA, Rolando. Del principio de legalidad al principio de la juridicidad. En: La administración del estado de Chile, Decenio 1990 – 2000, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Editorial Cono Sur Ltda., 2000, 780 p.
- PENAGOS, Gustavo. La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos. La desviación de poder. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1990.
- PEÑARRUBIA IZA, Joaquín Ma. La Moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica.. Revista de Administración Pública, N° 136, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio. Constitución política de la república de Chile. Concordancias, antecedentes y jurisprudencia, Santiago, editorial jurídica Cono Sur Ltda., 1999, 766 p.
- PIERRY ARRAU, Pedro. Tribunales contencioso administrativos. Revista de Derecho, Año I, N° 2, Consejo de Defensa del Estado. Santiago, diciembre, 2000.
- PRAT, Julio. El poder discrecional. Anuario de Derecho Administrativo, Ediciones Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, 1978.
- RAMÓN REAL, Alberto. El control de la administración, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 18, julio-diciembre 1975.
- RAMÓN REAL, Alberto. La fundamentación del acto administrativo, Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 27, 1980.

- RAMÓN REAL, Alberto. Los principios generales de derecho en el derecho administrativo. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 19-20, enero-diciembre, 1976.
- RIOS ALVAREZ, Lautaro. Los poderes discrecionales. Revista de Administración Pública, N° 99, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1982.
- RIOS ALVAREZ, Lautaro, Estado de derecho y control jurisdiccional de los actos de poder en la constitución chilena. En: El poder judicial en la sociedad democrática, Seminario Comisión Fulbright. Santiago, 1990.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Teoría de la interpretación jurídica, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995, 177 p.
- ROVIRA, Antonio. Jurisdicción y Constitución. Revista de Estudios Públicos N° 102, octubre – diciembre, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1998
- SAINZ MORENO, Fernando. Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Editorial Civitas. Madrid, 1976.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid. Editorial Tecnos , 1994
- SILVA CIMMA, Enrique, Derecho administrativo chileno y comparado. El control público. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, 237 p.
- SOTO KLOSS, Eduardo. Invalidación de los actos administrativos, Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, N° 2, junio - agosto, 1989.
- SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho administrativo, Tomos I, II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- SUAY RINCON, José. El control de la actividad discrecional de la administración: El error en la apreciación de los hechos. Revista de Administración Pública, N° 124, enero – abril. Madrid, 1991

VERDUGO MARINKOVIC, Mario. PFEFFER URQUIAGA, Emilio, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Derecho Constitucional, Tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZUÑIGA URBINA, Francisco. Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública: Posición constitucional, política y elecciones primarias. Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central de Chile, Año VI, N° 1, enero-diciembre, 2000.
