



VNIVERSITAT E VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo y Procesal

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU
CONTROL JUDICIAL EN EL DERECHO CHILENO, A
LA LUZ DEL DERECHO ESPAÑOL. UN ESTUDIO DE
DERECHO COMPARADO.**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Mariela Alejandra Valdés Pérez

Director:

Dr. D. Juan Francisco Mestre Delgado

Valencia, 2016

AGRADECIMIENTOS

Quisiera manifestar mis agradecimientos al Gobierno de Chile que, a través de la Comisión Nacional de Ciencia y Tecnología y a su programa de formación de Capital Humano avanzado de Doctorado en el extranjero, ha financiado parte de mis estudios de postgrado, espero poder ser un aporte al país.

De la misma manera quisiera agradecer a la Universidad de Valencia que a través del Departamento de Derecho administrativo y procesal perteneciente a la Facultad de Derecho, me ha permitido cursar mis estudios de postgrado al alero de su prestigio y excelencia, oportunidad que ha sido muy importante no sólo en mi formación académica sino que también se ha convertido en una experiencia muy gratificante a nivel personal.

También quiero dar las gracias, especial y expresamente, a mi director de tesis el Dr. Juan Mestre Delgado en primer lugar, por motivarme a tomar este desafío, pero también por su tiempo, paciencia y dedicación en mi formación académica y en la dirección de esta tesis pues cada reunión ha sido un aprendizaje.

Finalmente, no puedo dejar de expresar mis agradecimientos a todos quienes han estado conmigo durante este proceso brindándome su apoyo, principalmente a Eduardo, mi marido, por ser el compañero de este viaje, por su contención y amor diario, pero por sobre todo debo agradecer a mis padres por haber estado, a pesar de la distancia, siempre conmigo y para todo aquello que he necesitado, sin ellos y sin su apoyo esto no sería posible. A Eduardo y a mis padres dedico este trabajo.

ABREVIATURAS

ART.:	Artículo
C.E.:	Constitución española
CPR:	Constitución Política de la República
INC.:	Inciso
LBGAE:	Ley de Bases generales de la Administración del Estado
LBPA:	Ley de Bases de los procedimientos administrativos
LJCA:	Ley de Jurisdicción contencioso administrativa
LPAC:	Ley de Procedimientos administrativos comunes
Nº:	Número
SCA:	Sentencia de Corte de Apelaciones
SCS:	Sentencia de la Corte Suprema
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
SSCA:	Sentencias de Cortes de Apelaciones
SSCS:	Sentencias de la Corte Suprema
SSTC:	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS:	Sentencias del Tribunal Supremo
TFUE:	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN GENERAL	7
METODOLOGÍA	11
PARTE PRIMERA	13
LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU CONTROL JUDICIAL EN EL DERECHO CHILENO	13
I. BASES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	15
1. El principio de legalidad y el principio de juridicidad.....	15
2. Las potestades administrativas.....	23
3. Potestad reglada y potestad discrecional	26
II. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	32
1. Delimitaciones conceptuales.....	32
1.1. Concepto.....	32
1.2. Discrecionalidad y arbitrariedad	36
1.3. Otras figuras relacionadas con la discrecionalidad administrativa ..	38
a) La discrecionalidad técnica	39
b) Los conceptos jurídicos indeterminados	42
c) Los actos políticos o de gobierno.....	45
2. La configuración de la discrecionalidad administrativa	48
2.1. La discrecionalidad administrativa desde el punto de vista de las potestades administrativas	48
2.2. La discrecionalidad administrativa desde el punto de vista del acto administrativo.	53
2.3. La discrecionalidad administrativa desde el punto de vista de la estructura normativa	55
3. Fundamentos de la discrecionalidad administrativa	57
3.1. El bien común	58
3.2. La ley, norma general y abstracta.	60
3.3. La discrecionalidad como técnica de interpretación	62
4. Límites de la discrecionalidad administrativa	63
4.1. Los principios generales del Derecho	64
a) El principio de legalidad y juridicidad.....	65
b) La prudencia gubernativa.....	66
c) Los principios de probidad, transparencia y publicidad	66
d) El principio de razonabilidad	68
e) El principio de proporcionalidad.....	69
f) Los principios de eficiencia y eficacia.	70
4.2. La motivación.....	71

4.3. Límites constitucionales.....	74
III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD	
ADMINISTRATIVA	78
1. El control judicial de la Administración	79
2. Evolución histórica del control del poder público	84
3. El recurso de protección como vía procesal del control judicial	88
4. Técnicas de control judicial	89
4.1. Examen de legalidad	92
4.2. Examen de arbitrariedad	94
a) Los hechos de la decisión administrativa.....	94
b) Motivación del acto administrativo.....	99
c) Finalidad de la norma y bien común. La desviación de poder.....	103
d) Los principios generales del Derecho	108
4.3. El control judicial de la oportunidad de ejercicio de una potestad.....	111
4.4. El control judicial de la discrecionalidad técnica.....	114
5. Límites judiciales del control de la discrecionalidad.....	117
IV. SÍNTESIS	121
PARTE SEGUNDA	125
LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU CONTROL JUDICIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	125
I. BASES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	127
1. Los principios de legalidad y juridicidad.....	127
2. La atribución de la potestad	133
2.1. Potestades administrativas	140
2.2. Potestades regladas y discrecionales.....	143
II. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	147
1. Precisiones en torno al concepto.....	147
1.1. Evolución	147
1.2. Discrecionalidad y arbitrariedad	154
1.3. Figuras relacionadas con la discrecionalidad.....	157
a) La discrecionalidad técnica	157
b) El acto de gobierno.....	163
2. Configuración de la discrecionalidad administrativa.....	167
2.1. La discrecionalidad en las consecuencias jurídicas de la norma. Los conceptos jurídicos indeterminados	169
2.2. La discrecionalidad en el supuesto de hecho de la norma.	178
2.3. La trascendencia de la configuración normativa de la discrecionalidad.....	182

3.	La función de la discrecionalidad administrativa	184
3.1.	Las limitaciones del Poder Legislativo	185
3.2.	El complemento de la posición institucional de la Administración	186
3.3.	La concreción del interés general.....	187
4.	Las potestades administrativas discrecionales	189
4.1.	Discrecionalidad política.....	189
4.2.	Discrecionalidad de iniciativa	190
4.3.	Discrecionalidad ordinaria o de gestión.....	190
4.4.	La potestad reglamentaria	191
4.5.	La potestad de planificación.....	192
5.	Límites de la discrecionalidad administrativa	193
5.1.	El interés general.....	194
5.2.	Límites organizativos y procedimentales.....	196
5.3.	Límites establecidos por la propia actuación administrativa	197
5.4.	Motivación de las decisiones discrecionales.....	199
5.5.	Los principios generales del Derecho	202
a)	El principio de interdicción de la arbitrariedad.....	203
b)	El principio de proporcionalidad.....	204
c)	Los principios de eficacia y eficiencia	205
d)	Los principios de razonabilidad y racionalidad	206
e)	Los principios de buena fe y confianza legítima.....	207
III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD		
ADMINISTRATIVA		
1.	Aspectos históricos	210
2.	Aspectos procesales de la discrecionalidad administrativa	221
3.	Técnicas de control judicial	227
3.1.	Los hechos determinantes	229
3.2.	La desviación de poder.....	234
3.3.	Los principios generales del Derecho	244
a)	El principio de interdicción de la arbitrariedad.....	247
b)	Los principios de racionalidad y razonabilidad	249
c)	El principio de proporcionalidad.....	252
4.	Los límites del control judicial	255
IV. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD		
ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO EUROPEO		
1.	El recurso de anulación.....	269
2.	El recurso por omisión	272
3.	Los límites del control judicial del TJUE	274
V.	SÍNTESIS	276

PARTE TERCERA	277
LOS PROBLEMAS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO CHILENO Y LA APLICACIÓN DE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA EN LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES.....	277
I. PLANTEAMIENTO	279
II. LA DETERMINACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU ALCANCE EN EL DERECHO CHILENO.....	282
1. Los fundamentos de la discrecionalidad administrativa en el Derecho chileno como bases del control judicial	282
1.1. La discrecionalidad administrativa tiene una concepción positiva	283
1.2. La discrecionalidad es inherente a la función de administrar	284
1.3. La arbitrariedad es rechazada por el Ordenamiento jurídico	286
1.4. La discrecionalidad administrativa debe ser controlada judicialmente	288
2. La configuración de la discrecionalidad administrativa en la norma. Los conceptos jurídicos indeterminados. Nuestra posición.....	290
III. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN PARA LAS DEFICIENCIAS QUE EL CONTROL JUDICIAL PLANTEA	301
1. Las técnicas de control judicial.....	302
1.1. Los hechos determinantes	304
1.2. La motivación.....	310
1.3. La desviación de poder.....	316
1.4. Los principios generales de Derecho	324
a) Los principios de razonabilidad y racionalidad	324
b) El principio de proporcionalidad.....	326
c) El principio de transparencia y publicidad.....	328
d) El principio de probidad administrativa	330
2. El necesario control judicial de materias relacionadas con la discrecionalidad de la Administración.....	331
2.1. El control de la oportunidad.....	331
2.2. La discrecionalidad técnica	336
2.3. Los actos de gobierno.....	342
3. El establecimiento de los límites del control judicial	347
3.1. La función del juez, el tipo de control y sus límites	348
3.2. Reconocimiento constitucional de la Administración	350
3.3. El principio de separación de poderes.....	351
3.4. Excepciones a la sustitución judicial	353

4. Obstáculos procesales del control judicial: la obligatoria revisión de los procedimientos judiciales	355
CONCLUSIONES FINALES.....	363
BIBLIOGRAFÍA	369

INTRODUCCIÓN GENERAL

La discrecionalidad es un elemento que se encuentra presente en todos los órganos del Estado para el funcionamiento del mismo, sin embargo, aquella que ha sido atribuida a los órganos que forman parte de la Administración se ha convertido desde los orígenes de esta institución, en un dilema difícil de abordar.

Lo anterior ha obedecido a distintas razones siendo su identificación con una libertad sin límites reconocida a quien apareciera ejerciendo potestades públicas en un momento determinado, característica importante de este problema así como también el difícil proceso de control de la propia Administración por parte de los tribunales de justicia, producto de la rigidez en la comprensión del principio de separación de poderes heredado de la Revolución francesa. En este contexto, la discrecionalidad administrativa no es sino parte de este último fenómeno que generaría espacios propicios en donde la arbitrariedad podría segundar al ejercicio de potestades públicas apoderándose de ámbitos que debían quedar por definición fuera de cualquier aspiración o móvil particular e irracional a riesgo de lesionar los derechos de los ciudadanos así como el propio Derecho y su función. No obstante, el mayor logro en la evolución del Derecho administrativo ha sido someter a la Administración a límites jurídicos y especialmente al control de los tribunales de justicia, alcanzando con ello nuevos espacios antes excluidos del ámbito judicial como lo era la discrecionalidad administrativa.

A partir de aquí, el control judicial se ha convertido en el protagonista del estudio de la discrecionalidad administrativa, dando lugar a importantes debates, discusiones e interrogantes con el objeto de precisar cuál es la mejor manera de llevar a cabo el examen jurídico de esta materia por los tribunales de justicia, constituyendo la evaluación, evolución del mismo y la determinación de los términos en que se desarrolla, un aspecto fundamental en la precisión de su eficacia como garantía en la atribución de las potestades administrativas discrecionales así como de los derechos de los ciudadanos.

La especial trascendencia que el mismo ha cobrado, permite que se hable incluso de la necesidad de formular una propia teoría de su control como tema pendiente de desarrollo jurídico¹ lo que evidencia la importancia de que esta materia constituya un tema obligado de estudio en cualquier Ordenamiento jurídico que establezca los cimientos de un Estado de Derecho.

En este contexto, el Derecho chileno no puede ser una excepción resultando muy importante conocer cómo se controla judicialmente la discrecionalidad administrativa, las aristas que se encuentran en estrecha conexión con esta materia así como las problemáticas que se encuentran presentes y que requieren solución en este Ordenamiento jurídico. Esta necesidad adquiere además especial relevancia pues, por una parte, el control judicial de la Administración se ha entregado a los tribunales ordinarios a partir de una reforma constitucional de 1989, siendo un periodo de control no muy extenso, y por otra, porque este control judicial se da en un escenario en donde no existen tribunales contenciosos administrativos pero si una serie de órganos y procedimientos dispersos entre los que destaca el recurso de protección, proceso de naturaleza cautelar que ha sido la principal vía que disponen los ciudadanos para impugnar la arbitrariedad y a través de ello, el ejercicio de potestades discrecionales de la Administración.

De lo señalado anteriormente se deriva nuestro interés por el estudio del control judicial de la discrecionalidad administrativa, objeto de nuestra investigación, en el Derecho chileno y además en el Derecho español, siendo el principal objetivo de este trabajo la confrontación de ambos Ordenamientos jurídicos con el fin de apreciar la experiencia comparada española en el tratamiento de esta materia, y así extraer alternativas o elementos que permitan mejorar nuestro Derecho en esta temática. Para el cumplimiento de este objetivo se precisa también alcanzar otros de forma previa como es determinar y describir cuál es el tratamiento de la discrecionalidad administrativa en el Derecho chileno, cómo se desarrolla su control judicial, cuáles son las técnicas de control

¹ FERNÁNDEZ TORRES, J., Discrecionalidad y arbitrariedad, dos décadas después, en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, coord. por García de Enterría Martínez-Carande, E., Alonso García, R., Vol. 1, 2012 p. 1146.

empleadas para dichos efectos y cuáles son las principales carencias y deficiencias del mismo que precisan de solución. De la misma manera, se busca describir y exponer cómo se ha estudiado en el Derecho español la discrecionalidad administrativa y especialmente su control por parte de los tribunales contenciosos administrativos, las técnicas de control utilizadas y el tratamiento de los distintos aspectos relacionados con esta materia.

Para llevar a cabo el desarrollo de esta investigación, hemos estructurado este trabajo en tres partes. La parte primera se refiere al tratamiento que ha recibido la discrecionalidad administrativa en el Derecho chileno, las materias que se tratan con ocasión de su estudio y cómo se realiza su control judicial por los tribunales superiores de justicia dejándose en evidencia los aspectos que plantean algunas interrogantes y que requieren de solución. La parte segunda abordará de la misma manera la discrecionalidad administrativa en el Derecho español así como las materias que se relacionan con ella y el control judicial de la misma.

Finalmente, en la parte tercera se sintetiza el problema que arroja el estudio de la discrecionalidad administrativa en el Derecho chileno y especialmente de su control judicial como punto de partida de la discusión, y se intentará dar solución, gracias a la experiencia jurídica del Derecho español, a los obstáculos y dificultades encontradas, de una forma que resulte más acorde con la realidad jurídica chilena de acuerdo a nuestro punto de vista.

METODOLOGÍA

Para cumplir con los objetivos propuestos en esta investigación, se utiliza como base metodológica el método de Derecho comparado entre el Derecho chileno y el Derecho español. La elección de este último como Ordenamiento jurídico de referencia se justifica por tener al igual que el primero, un sistema jurídico continental y ser de gran influencia en el ámbito administrativo chileno.

También se ha utilizado en la primera y segunda parte de este trabajo una metodología descriptiva o de lege data a través de la cual se expone la actual situación jurídica de la discrecionalidad administrativa y su control judicial en ambos Ordenamientos jurídicos.

PARTE PRIMERA

**LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU CONTROL
JUDICIAL EN EL DERECHO CHILENO**

I. BASES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

1. El principio de legalidad y el principio de juridicidad

Calificar a un Estado moderno y democrático como un Estado de Derecho implica necesariamente corroborar la existencia de los pilares básicos que lo sustentan los cuales conducen principalmente, a la existencia de un sistema jurídico en el que se respeten los derechos fundamentales y encuentren plena aplicación tanto mecanismos efectivos de control y de responsabilidad así como la observancia del principio de legalidad y juridicidad². Así, en la Constitución Política de la República de Chile (en adelante CPR), la presencia del principio de la primacía de la persona humana (art. 1); la tutela judicial (art. 19 n° 3); la prohibición de la arbitrariedad (art. 19 n°2, n°22, n°17 i y art. 20); el sometimiento de la Administración a control judicial (art. 38 inc. 2) y sobre todo el principio de legalidad o juridicidad (art. 6 y art. 7) nos permiten afirmar la consagración del Estado de Derecho.

En este contexto, el principio de legalidad adquiere una vital importancia en cuanto a la supervivencia del Estado de Derecho pues el respeto y la observancia del primero, especialmente por cada órgano institucional, permite en consecuencia, el respeto y la consolidación de cada una de las exigencias jurídicas que este contempla.

En el Derecho chileno este importante principio ha sido entendido en términos generales como la subordinación de la Administración a la ley quedando los límites del actuar administrativo determinados por las disposiciones legales preestablecidas³, o en otras palabras, como el deber que tiene la Administración del Estado de someter su actuar al Ordenamiento jurídico,

² CEA EGAÑA, J., Derecho constitucional chileno, Tomo 1, 3ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2015, pp. 291-292.

³ SILVA CIMMA, E., Derecho Administrativo chileno y comparado, Introducción y fuentes, T. 1, 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 35.

pudiendo realizar sólo aquello para lo que expresamente fue autorizada⁴. Por otra parte, suele distinguirse entre lo que se ha denominado el principio de legalidad en sentido estricto y el principio de reserva legal. Cuando se apunta a que la Administración del Estado no actúe en contravención al sistema jurídico, estamos refiriéndonos al principio de legalidad el que tiene un carácter marcadamente negativo, en cambio cuando se señala que la Administración sólo puede actuar cuando así se le ha permitido expresamente, se habla de principio de reserva legal⁵, aspecto en el que se manifiesta con fuerza la vinculación positiva que representa la ley en nuestro sistema jurídico⁶ y que ha llevado a reconocer el marcado acento legalista del país por el excesivo apego a lo que la ley establece.

El origen de este fenómeno se remonta al siglo XIX en el que la expansión de las ideas revolucionarias francesas que postulaban la igualdad, el principio de separación de poderes y la supremacía de la ley como las máximas a alcanzar, no tardaron en ser absorbidas al igual que en el resto de Europa, produciéndose el progresivo abandono de un sistema singular, adaptado a la realidad de la Colonia⁷, por aquel que representaba las ideas ilustradas y en las que el poder legislativo ocupaba una posición dominante como único ente determinador de normas en lo jurídico⁸. De esta forma, el principio de legalidad en su expresión de respeto máximo por la ley fue introduciéndose con fuerza en el sistema jurídico chileno aunque no ajeno a la realidad jurídica externa pues tal como ocurriría en Europa, el principio de legalidad entendido en términos originarios como restringido a la ley propiamente tal, fue ampliándose y extendiéndose a otras realidades normativas, como la potestad reglamentaria o los decretos leyes e incluso a otras representaciones más complejas no quedándose en la sola

⁴ BERMÚDEZ SOTO, J., Derecho Administrativo general, 3ª edición actualizada, Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 103.

⁵ BERMÚDEZ SOTO, J., "*Derecho Administrativo general...*", op. cit., p. 104.

⁶ CAZOR ALISTE, K., Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución, Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Valdivia, Vol. 8, 1997, p. 91.

⁷ BRAVO LIRA, B., Anales de la judicatura chilena, Vol. I, Poder Judicial, 2011, pp. 35 y ss.

⁸ PANTOJA BAUZÁ, R., Del principio de legalidad al principio de la juridicidad, en La Administración del Estado en Chile, decenio 1990-2000, coord. R. Pantoja Bauzá, Editorial Cono Sur, 2000, p. 488.

vinculación a normas escritas⁹. Con ello comienza una etapa más evolucionada del mismo en que la sujeción ya no sólo se produce con respecto de la ley sino que en relación a todo el Ordenamiento jurídico, con lo que el principio de legalidad es entendido como un principio de juridicidad, proceso que no se produce de forma casual sino que de acuerdo a Pantoja, encuentra su razón “en la incorporación en el ordenamiento de Derecho, en calidad de criterios jurídicos positivos, de ciertas ideas finalistas o teleológicas” que una vez positivadas se transformaron en mandatos imperativos para la sociedad, destacando de acuerdo al autor la eliminación de la razón de Estado, la creación una jurisdicción contencioso administrativa, de una jurisdicción constitucional y del procedimiento administrativo¹⁰. Así, el principio de juridicidad se ve claramente reflejado en nuestra Carta Fundamental especialmente en su art. 20 CPR que con ocasión de establecer el recurso de protección, se refiere al restablecimiento del Derecho¹¹.

En este sentido, esta nueva dimensión ha convertido al propio término “ley” o “legalidad” en una noción muy amplia que comprende la Constitución de cada país, las leyes propiamente tales y los reglamentos (que para un sector de la doctrina chilena son leyes en sentido material), quedando la Administración vinculada a distintas jerarquías normativas adquiriendo especial relevancia la sujeción absoluta a la Carta fundamental, lo que ha dado lugar a un proceso de “Constitucionalización de la Administración Pública”¹².

Así, cuando se habla del principio de juridicidad se está extendiendo la sujeción a todo el Ordenamiento jurídico, superándose el concepto de Estado de

⁹ PANTOJA BAUZÁ, R., “*Del principio de legalidad al principio de la juridicidad...*”, op. cit., p. 491. El autor señala que el principio de legalidad original ha desplazado su objetivo de la delimitación externa de la organización administrativa (competencia y formas) por medio del imperio del Derecho (objetivo), hacia una finalidad de justicia, representada por la idea de respeto hacia las personas y a la situación ciudadana en que estas se encuentran en la sociedad.

¹⁰ PANTOJA BAUZÁ, R., “*Del principio de legalidad al principio de la juridicidad...*”, op. cit., pp. 491- 492.

¹¹ PANTOJA BAUZÁ, R., “*Del principio de legalidad al principio de la juridicidad...*”, op. cit., p. 504.

¹² SILVA CIMMA, E., “*Derecho Administrativo chileno y comparado, Introducción...*”, op. cit., pp. 35, 68. Con ello quedaría superado según el autor, el principio de separación de poderes que sería desde su punto de vista el fundamento básico del principio de legalidad en los ordenamientos políticos de corte liberal.

Derecho para pasar a un Estado constitucional de Derecho, el cual descansa según Soto Kloss en 3 pilares básicos:

a) Para la validez de cualquier actuación de un órgano del Estado, se precisa de una previa y expresa habilitación jurídica que le permita actuar.

b) La actuación debe realizarse de acuerdo a la forma o procedimiento que la ley señale.

c) En caso de vulneración de estos mandatos, la sanción sería la nulidad de derecho público, que para el autor y la mayoría de la doctrina chilena, tiene las características de ser ipso iure, imprescriptible e insanable¹³.

Estas condiciones de actuación se encuentran expresamente señaladas en el art. 7 CPR siendo este precepto junto con el art. 6 CPR las normas que consagrarían en Chile, aunque no expresamente, el principio de legalidad o juridicidad, así como también el art. 2 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado n° 18.575 (en adelante LBGAE). Los dos primeros establecerían el principio de legalidad en sentido estricto, en tanto que la última norma el principio de reserva legal¹⁴. Así, el art 6 CPR señala que:

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

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

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

¹³ SOTO KLOSS, E., Derecho administrativo, Bases fundamentales, tomo II, El principio de juridicidad, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 23, 47.

¹⁴ BERMÚDEZ SOTO, J., "Derecho Administrativo general...", op. cit., p. 104.

Como se observa, este artículo del cual se señala que es la primera norma en materia de legalidad o juridicidad en el Derecho chileno, establece el sometimiento del Estado al Ordenamiento jurídico o a un “bloque de juridicidad”¹⁵ pues el precepto no se limita a una determinada norma jurídica, ni siquiera a la Constitución ya que extiende el mandato además a las normas que sean dictadas en concordancia con lo que la Carta Fundamental señale lo que incluiría a la potestad reglamentaria no sólo del Ejecutivo sino que también de las Cámaras legislativas y de las Magistraturas judiciales para dictar autos acordados¹⁶.

Lo dicho por el texto constitucional es recogido por el mencionado art. 2 LBGAE configurándose un mandato específico para la Administración y los órganos que la conforman al señalar que:

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

Como expresión además del principio de reserva legal, la doctrina ha dejado de manifiesto que este precepto plantearía dos problemas. El primero de ellos viene dado porque esta norma que establece la exigencia de previa habilitación sólo tiene rango de ley y el segundo, por la determinación de cuál debe ser el rango jerárquico de la norma que entrega una determinada atribución a la Administración para que esta pueda actuar, pues la Administración solo podrá hacerlo cuando sea habilitada previamente¹⁷, lo que se encuentra ineludiblemente vinculado para nuestro Tribunal Constitucional a los límites de la potestad reglamentaria y de la reserva legal.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho que el sistema de reserva y dominio legal imperante en la Constitución en vigor, se estructura en dos niveles

¹⁵ BERMÚDEZ SOTO, J., “Derecho Administrativo general...”, op. cit., p. 95.

¹⁶ PANTOJA BAUZÁ, R., “Del principio de legalidad al principio de la juridicidad...”, op. cit., p. 489.

¹⁷ BERMÚDEZ SOTO, J., “Derecho Administrativo general...”, op. cit., p. 104.

de ejercicio de la potestad legislativa, el primero de ellos se basa en los arts. 32 n° 6 y 63¹⁸ en virtud de los cuales se establece una reserva general y de común aplicación que comprende por un lado las materias de ley y por otro, la potestad reglamentaria del Presidente de la república como atribución exclusiva; el segundo nivel se encuentra en casos específicos de la Constitución, de donde resulta que algunas veces la reserva legal será absoluta y otras veces relativa dejando en este último caso a la potestad reglamentaria un mayor campo de acción¹⁹ por lo que determinar el rango jerárquico de la norma que atribuye potestades a la Administración no es fácil de establecer de forma previa.

No obstante este alcance, lo cierto es que en el Derecho chileno la Administración para poder desarrollar su actividad precisa de una norma previa que le atribuya las potestades necesarias para actuar en uno u otro sentido. Así lo expresa también el ya señalado art. 7 CPR que establece los requisitos y condiciones que deben cumplirse previamente para que los actos de los órganos de la Administración del Estado sean válidos.

Artículo 7°.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

¹⁸ Artículos que se refieren el primero, a cuáles son las materias de ley y el segundo, a la potestad reglamentaria del Presidente de la República como atribución exclusiva.

¹⁹ SSTC de 26 de abril de 1997, Rol 254/1997 y de 9 de abril de 2003, Rol 370/2003. Cabe señalar que la potestad reglamentaria en el Derecho chileno no ha estado exenta de discusiones doctrinales y jurisprudenciales. Así se ha dejado de manifiesto por CARMONA SANTANDER, C., Tres problemas de la potestad reglamentaria: Legitimidad, intensidad y control, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, n° 3, 2001.

Esta norma constituye un importante límite constitucional al actuar general de la Administración y sobre todo a su actuar discrecional pues establece claramente los requisitos previos de validez de una actuación no sólo de los órganos administrativos sino que del aparato estatal en general.

Tanto el art. 6 inc. 3° CPR y el art. 7 CPR, así como el art. 2 LBGAE contemplan al final de sus mandatos la infracción de lo establecido en ellos y la consecuencia de la misma. En el Derecho chileno como ya hemos adelantado, la doctrina mayoritaria señala que la sanción en caso de contravención o violación al mandato constitucional del art. 6 sería la nulidad de derecho público, y fundamentan su tesis en el art. 7 inc. final CPR el que utiliza la expresión “nulo”²⁰. En este mismo sentido ha apuntado la jurisprudencia de la Corte Suprema. No obstante, existe otra opinión en doctrina que señala que la sanción de nulidad del art. 7 sólo se encuentra circunscrita a ese mismo art. 7 sin que sea posible, por su carácter de sanción, aplicarse a otros preceptos como el art. 6 CPR y 2 LBGAE siendo la sanción la que establezca la propia ley en cada caso²¹.

Como puede observarse, el principio de legalidad o juridicidad, se manifiesta con una clara vinculación positiva respecto de los órganos del Estado en general lo que incluye a la Administración. Sin embargo, se ha señalado que esta vinculación aparece en un aspecto negativo respecto de ciertos actos del Ejecutivo específicamente aquellos que dicen relación con la potestad reglamentaria así como con los denominados actos políticos o de gobierno²², actuaciones que son esencialmente discrecionales.

Con este planteamiento se supera otro en virtud del cual se creía que el estado de necesidad, el poder de policía, los actos políticos y la discrecionalidad

²⁰ SOTO KLOSS, E., “*Derecho administrativo, Bases fundamentales...*”, op. cit., pp. 23, 47. Para este autor esta nulidad opera ipso iure, es imprescriptible e insanable. Respecto a la nulidad de derecho público la doctrina se encuentra dividida en torno a sus características.

²¹ BERMÚDEZ SOTO, J., “*Derecho Administrativo general...*”, op. cit., pp.100 y ss. El autor también agrega como argumento a su tesis que el art. 7 obliga también a los particulares no siendo posible aplicarles a ellos la nulidad de derecho público como sanción pues esta está reservada para el actuar jurídico de la Administración estando la sanción al actuar ilegal de la Administración en lo que señale la propia ley.

²² CAZOR ALISTE, K., “*Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativo...*”, op. cit., pp. 95-96.

administrativa podían configurarse como excepciones al principio de legalidad sin que ello significara una vulneración que pudiese acarrear la nulidad de derecho público. Respecto de esta última los autores están de acuerdo en señalar que hoy no se puede afirmar que la discrecionalidad administrativa sea una excepción al principio de legalidad pues si el legislador ha dejado a la Administración un margen de actuación más amplio para actuar es porque el mismo así lo ha querido, de manera que sería un grave error calificarlo como tal. Aún cuando un órgano de la Administración ejerza una potestad discrecional, dicha actuación estará dentro del principio de legalidad o juridicidad. Sostener lo contrario significaría la imposibilidad de requerir de la justicia la tutela frente a actos arbitrarios de la Administración del Estado lo que hoy resulta inaceptable²³ o bien, llevaría al absurdo de señalar que la excepción “estaría autorizada tácitamente por la Constitución” lo que equivale a sostener que la inconstitucionalidad de una ley otorga facultades discrecionales. Ello es en palabras de Caldera, irrazonable, antijurídico y “constituye algo más grave que un error jurídico medular de parte de quienes sostienen esta teoría: es una herejía”²⁴.

Compartimos totalmente este razonamiento jurídico, y además consideramos que cada una de estas figuras al emanar del Ordenamiento jurídico no pueden ser consideradas como una excepción al principio de legalidad o juridicidad pues deben presentarse en los términos que el mismo los ha concebido. A pesar de la fuerte y amplia discrecionalidad que los rodea, ello no puede significar el amparo al uso arbitrario de ciertas potestades o facultades o la falta de control de las mismas pues estas siempre tendrán que ceñirse al margen impuesto por el Ordenamiento jurídico y la Carta fundamental. Sostener lo contrario es incompatible en un Estado moderno, democrático y de Derecho.

²³ SILVA CIMMA, E., *“Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción...”*, op. cit., pp. 41-42.

²⁴ CALDERA DELGADO, H., *Tratado de Derecho Administrativo*, v.1, Ediciones Parlamento, Santiago, 2001, pp. 113, 115.

2. Las potestades administrativas

De acuerdo a lo expuesto en las páginas anteriores, en el Derecho chileno para que un órgano del Estado actúe válidamente, debe hacerlo dentro de los márgenes del principio de legalidad y juridicidad, es decir, del Ordenamiento jurídico en general. En este sentido, la importancia del principio de legalidad o juridicidad es capital pues junto con ser el gran límite del poder, actúa como una condición habilitante para el ejercicio de dicho poder, siendo este carácter atributivo la real dimensión del mismo²⁵. De esta forma, los entes que forman parte de los órganos estatales para el cumplimiento de funciones públicas se mueven en el ámbito del Derecho público en el cual sólo se puede realizar aquello que expresamente se autoriza, a diferencia de los particulares que pueden hacer en el ámbito privado todo aquello que no se ha configurado en un precepto prohibitivo.

La Administración por tanto está sometida a un régimen diferente al que se le aplica a los ciudadanos, régimen que se justifica por su naturaleza misma como sujeto de derecho y por el especial estatuto jurídico que la rige el cual comprende el reconocimiento de potestades públicas las cuales despliegan importantes efectos en la realidad socio jurídica que administra.

De acuerdo al Tribunal Constitucional las potestades públicas son “poderes jurídicos para imponer conductas”²⁶. En este sentido, las potestades que ejerce la Administración le otorgan una posición jurídica privilegiada con respecto a los sujetos de derecho privado o administrados, sin embargo, se ha dejado de manifiesto por la doctrina que la “*potestas*”, que en latín significa poder o facultad²⁷, además de ser ejercida dentro de los límites que franquea el Ordenamiento jurídico por ser de tipo jurídica, se encuentra sobre todo “finalizada al beneficio de un tercero” y “constituye un deber de actuación a

²⁵ BERMÚDEZ SOTO, J., “*Derecho Administrativo general...*” *op. cit.*, p.90.

²⁶ STC de 30 de diciembre de 2014, Rol 2561/13.

²⁷ SILVA CIMMA, Enrique, “*Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción...*”, *op. cit.*, p. 32

quien le ha sido conferido”²⁸. Lo importante a recalcar en esta definición, es que como señalan los autores, las potestades son un poder finalizado, es decir, persiguen un fin que en el caso del Estado o de sus órganos, no es otro que promover el bien común y respetar los derechos de la persona humana²⁹, sujeto primordial en el sistema jurídico chileno tal como lo señala el art. 1 inc. 4° CPR.

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”

La norma constitucional vincula a todos los entes del Estado que ejercen potestades públicas ya sea que realicen una función administrativa, legislativa o judicial y ello porque así lo ha dejado de manifiesto el constituyente al establecer este mandato constitucional en el primer precepto del texto fundamental otorgándole una importancia categórica. En el caso de la Administración del Estado, esta finalidad se configura también como una obligación legal específica que el legislador le encomienda la cual se encuentra reiterada en el art. 3 LBGAE³⁰ y que constituye el fundamento de sus potestades públicas, es decir, de las potestades administrativas y que encuentra una manifestación en la satisfacción del interés general. De esta forma las potestades administrativas deberán encaminarse al cumplimiento de este, al que el art. 55 LBGAE se refiere en los siguientes términos:

“El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se

²⁸ SOTO KLOSS, Eduardo, *“Derecho administrativo, Bases fundamentales...”*, op. cit., p. 51

²⁹ SOTO KLOSS, Eduardo, *“Derecho administrativo, Bases fundamentales...”*, op. cit., p. 52.

³⁰ Artículo 3º. *La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.*

expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.

Así, las potestades administrativas definidas como “poderes jurídicos de que está dotado el Jerarca o la Administración para que pueda actuar o cumplir sus cometidos”³¹ no se otorgan con otro sentido que el satisfacer finalmente los intereses generales de la comunidad y concretar el bien común en aspectos específicos³².

Esto último es indispensable para el equilibrio de las posiciones jurídicas entre los ciudadanos y la Administración pues la conexión con los intereses públicos específicos es lo que permite a la Administración sostener una posición de superioridad frente a los particulares y sus propios intereses en pos del interés de la comunidad³³ permitiéndole a la Administración del Estado actuar y cumplir con la función de administrar todo cuanto haya sido puesto bajo el ámbito de competencia, bajo la jefatura suprema del Presidente de la República, a quien en su calidad de Jefe de Estado se le ha encomendado dicha función de acuerdo con lo dispuesto por el art. 24 CPR y art. 1 LBGAE³⁴.

³¹ SILVA CIMMA, E., “Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción...”, op. cit., p. 32

³² MORAGA KLENNER, C., Tratado de Derecho administrativo, La actividad formal de la Administración del Estado, Tomo IV, Legal Publishing, Santiago, 2010, p.24.

³³ FERRADA BORQUEZ J., Las potestades públicas de la Administración del Estado en la tutela de los intereses públicos: a propósito de la sentencia 634/2007 del Tribunal Constitucional, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 15, n°1, 2008, p. 121.

³⁴ Art. 24 *El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.*

Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

El 21 de mayo de cada año, el Presidente de la República dará cuenta al país del estado administrativo y político de la Nación ante el Congreso Pleno.

Art. 1 de la LBGAE. El Presidente de la República ejerce el gobierno y la administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y

Esta concepción de las potestades administrativas que las encuadra dentro del principio de juridicidad y las fundamenta en la finalidad que debe cumplir el Estado mediante la función administrativa, también se extiende a las denominadas potestades exorbitantes de la Administración. Siguiendo a Ferrada, la influencia del Derecho francés también se manifiesta en relación a estos poderes tan característicos de la Administración y exclusivos de ella que en el caso del Derecho chileno se mantuvieron muy presentes hasta la mitad de la década de los setenta, periodo en que se introduce una visión neoliberal lo que produce un cambio de paradigma en el modo de ver la actividad administrativa que redujo a la Administración a un ente puesto al servicio de los intereses privados³⁵. En esta época hubo un sector de la doctrina que simplemente negó la existencia de los poderes exorbitantes de la Administración, mientras que otro, sin llegar a negarlo completamente, estableció límites para su existencia y ejercicio. En la actualidad tanto la doctrina como la jurisprudencia han reafirmado la existencia de los poderes exorbitantes de la Administración frente a los derechos de los particulares pero fundamentados en los intereses públicos que tutelan y sobre todo en conexión con el bien común³⁶ pues a pesar del poder que las mismas representan, estas no dejan de ser potestades que la Administración debe ejercer con estricto apego al marco jurídico pudiendo afirmarse por tanto que todas las potestades administrativas tienen límites y su ejercicio debe ser objeto de control judicial, sea cual sea el tipo de que se trate.

3. Potestad reglada y potestad discrecional

El estudio de la discrecionalidad administrativa en Chile ha sido tradicionalmente enfocado desde la perspectiva de las potestades administrativas y como tal, la potestad discrecional ha sido reconocida como una de las más

las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

³⁵ FERRADA BORQUEZ, J., Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno, *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, v. 20, n°2, 2007, pp. 74-75.

³⁶ FERRADA BORQUEZ, J., "*Las potestades y privilegios de la Administración...*", op. cit., pp. 77-78.

importantes potestades de la Administración junto con la ejecutiva, la de mando, la potestad jurisdiccional, la disciplinaria y reglamentaria³⁷.

Respecto del reconocimiento de la potestad discrecional en Chile así como de sus principales características, se pueden distinguir de acuerdo a la doctrina dos etapas distintas. La primera de ellas coincide con la primera mitad del siglo XX, periodo en que imperaba respecto de la discrecionalidad administrativa la teoría de la vinculación negativa que entendía la discrecionalidad como un poder existente producto de vacíos legales. Así en 1936 el autor Juan Iribarren señalaba que la potestad discrecional era aquella que ejercen los funcionarios públicos y que no está sujeta a ritualidades o guiada por ley alguna, supone una ausencia de reglamentos, y está determinada por el fin que debe ser el bien público³⁸. Años más tarde, el profesor Guillermo Varas sostenía un planteamiento similar al anterior al señalar que los actos administrativos eran reglados o discrecionales según obre la Administración sin atenerse a ningún precepto jurídico preexistente o por el contrario, deba sujetarse a determinados preceptos constitucionales o legales³⁹.

Como puede observarse, para estos autores, la diferencia entre la potestad discrecional o reglada, o bien entre en su manifestación, acto discrecional o reglado, radicaba principalmente en la existencia o inexistencia de un texto o una norma legal previa que guiara a la Administración del Estado para actuar en un determinado sentido. La principal característica de este razonamiento jurídico descansa por tanto, en la prescindencia total del principio de legalidad como instrumento habilitante o atributivo de potestades discrecionales, lo que contrasta con la noción que se tiene hoy, en donde el principio de legalidad es por excelencia el gran límite en materia de discrecionalidad, pues las potestades discrecionales se encuentran establecidas en las normas que el Ordenamiento

³⁷ SILVA CIMMA, E., *"Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción..."*, op. cit., pp. 32-34

³⁸ IRIBARREN CABEZAS, J., *Lecciones de Derecho Administrativo, Apuntes de clases revisados por el profesor*, Editorial Nascimento, 1936, pp. 34, 53, 137.

³⁹ Cit. por MORAGA KLENNER, C. *"Tratado de Derecho administrativo, La actividad formal..."*, op. cit., p. 34.

jurídico ampara, de forma que ante la falta de previsión por parte del legislador de una norma habilitante para la actuación de la Administración, esta no puede actuar sin quebrantar con ello las normas constitucionales expuestas, con las consecuencias que ello genera.

La expresión de la concepción negativa de la discrecionalidad administrativa se manifestaba también en el hecho de que esta no era objeto de control judicial, pues en términos generales no lo era la Administración, la que se encontraba al margen del control de los tribunales ordinarios desde 1925 hasta el año 1989⁴⁰.

Esta primitiva idea respecto de la potestad discrecional y de la discrecionalidad sufre, al menos doctrinariamente, un cambio en 1952 cuando el administrativista Patricio Aylwin, quien sería cuarenta años más tarde Presidente de Chile, señala que tanto la potestad reglamentaria como discrecional existen como producto del Ordenamiento jurídico, haciendo radicar la principal diferencia entre ambas no en la existencia de una previa atribución por medio de una disposición legal, sino que en la libertad que tenía la autoridad para decidir la oportunidad o momento en el que actuar y posteriormente, las medidas a desplegar para ejecutar la decisión adoptada⁴¹.

Hoy la diferenciación entre potestad discrecional y reglada está lejos de la primera concepción negativa de la discrecionalidad centrándose la principal diferencia entre ambas en el grado de adhesión a la norma jurídica, prevista por la misma disposición normativa. De esta forma y siguiendo a Silva Cimma la potestad reglada se entiende como aquella que se limita simplemente a ejecutar lo que la ley o reglamento ha dispuesto⁴², sin que la autoridad administrativa, en su ejercicio, pueda introducir elementos ajenos a los contemplados por la norma

⁴⁰ SOTO KLOSS, E., *"Derecho Administrativo, Temas Fundamentales..."*, op. cit., pp. 626-627. Adelantaremos que la Constitución política de 1925 en su art. 87 establecía la creación de Tribunales Administrativos sin embargo, dichos tribunales nunca fueron creados declarándose incompetentes los tribunales ordinarios para controlar a la Administración.

⁴¹ Cit. por MORAGA KLENNER, C., *"Tratado de Derecho administrativo, La actividad formal..."*, op. cit., p. 34.

⁴² SILVA CIMMA, E., *"Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción..."*, op. cit., p. 34

jurídica. Toda la actuación que deberá desplegar la Administración estará detalladamente en la norma. Por su parte, la potestad discrecional se entiende como “la materialización de los atributos que se otorgan a un órgano administrador a fin de dictar normas y prescripciones de contenido libre y lato dentro de un margen más o menos amplio conferido explícitamente por el legislador, sean generales o no, con vistas a actuar oportuna y convenientemente, pero debiendo en todo caso enmarcar su acción dentro de la ley”⁴³ definiéndose dicha potestad de forma residual pues se presenta cuando las exigencias de la legalidad se han agotado⁴⁴.

También se ha señalado por algunos que la existencia de la potestad discrecional no admite graduaciones, esta existe o no existe⁴⁵, y se ha dicho también que en una potestad discrecional existen siempre elementos reglados y en ocasiones elementos discrecionales⁴⁶ tal como ocurre con los actos administrativos, respecto de los cuales hoy es generalmente aceptado que siempre poseen elementos reglados sin que pueda hablarse de actos totalmente discrecionales⁴⁷, constituyendo indiscutiblemente dichos elementos reglados el objeto del control judicial⁴⁸.

Ahora bien, a pesar de que se afirme que la potestad discrecional se presenta de un modo absoluto, ello no significa que la identificación de la misma y su distinción frente a una potestad reglada resulten del todo fácil para quien debe discernir el tipo de potestades que puede o no ejercer. Al respecto, se ha señalado generalmente como pauta que ayuda en la distinción de una y otra potestad el uso de ciertas palabras utilizadas por el legislador al configurarlas. Así, se ha señalado que las expresiones “puede”, “podrá” a las que adicionamos

⁴³ SILVA CIMMA, E., *“Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción...”*, op. cit., p. 34

⁴⁴ PIERRY ARRAU, P., El control de la discrecionalidad administrativa, Revista chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, v.11, n°2-3, 1984, p. 480.

⁴⁵ PIERRY ARRAU, P., *“El control de la discrecionalidad administrativa...”*, op. cit., p. 480.

⁴⁶ SOTO KLOSS, E., *“Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...”*, op. cit., p. 142.

⁴⁷ BERMÚDEZ SOTO, J., *“Derecho Administrativo general...”* op. cit., p. 142.

⁴⁸ CALDERA DELGADO, H., *“Tratado de Derecho Administrativo, v.1...”*, op. cit., p. 15; En el mismo sentido CAMACHO CEPEDA, G., La discrecionalidad administrativa en tela de juicio: notas para un reexamen de la cuestión, Revista Gaceta Jurídica, n° 24, abril año 1990, pp. 17-18.

“facúltese”, generalmente estarán presentes en las normas que confieren potestades discrecionales, no obstante, su inclusión no siempre significa otorgarle ese carácter a una potestad pues a veces tienen un sentido distinto⁴⁹ como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional que en el caso de “podrá” señala que no es sinónimo de discrecionalidad sino que denota una modalidad restrictiva en el ejercicio de la atribución, “una facultad que será ejercida de forma legítima únicamente cuando se hayan cumplido los presupuestos allí señalados y no antes o en ausencia de ellos”⁵⁰. En el mismo sentido también lo han reconocido los Tribunales Superiores de Justicia al conocer de Recursos de protección interpuestos en contra de decisiones de la Administración que esta ha adoptado en virtud de supuestas potestades discrecionales, llegando a dicha conclusión por el sólo uso de la palabra “facúltese” en la norma que regula su potestad⁵¹.

De esta forma, la autoridad o funcionario que quiera poner en acción las potestades que se le han atribuido para cumplir sus cometidos debe no sólo asegurarse que se le ha conferido dicha potestad de forma previa sino que también determinar a priori el carácter de la potestad otorgada pues al amparo de una falsa discrecionalidad se puede actuar más allá de lo que el Ordenamiento jurídico querría que se extendiera la actuación administrativa. Si llega a la conclusión que ha sido facultado para ejercer potestades discrecionales siempre deberá hacerlo dentro de un margen que estará delimitado por la norma jurídica atributiva siendo dicha potestad producto de una habilitación que además de previa, debe ser explícita pues así lo exige el art. 7 CPR. Así, el principio de legalidad o juridicidad será el principio rector dentro del cual debe ser desplegada cualquier potestad de tipo discrecional y esta para adecuarse a él deberá siempre ajustarse a la finalidad de la potestad, a los criterios explícitos de la ley y a los

⁴⁹ MORAGA KLENNER, C., “*Tratado de Derecho administrativo, La actividad formal...*”, op. cit., p. 35.

⁵⁰ STC de 30 de marzo de 2006, Rol 465/06.

⁵¹ SCS de 30 de enero de 1984 Rol 17.667/1984; en el mismo sentido SCA de Santiago de 30 de noviembre de 1983.

principios generales de Derecho público⁵². La autoridad administrativa estará finalmente obligada y vinculada a la competencia que se le ha otorgado.

La flexibilidad que otorgan las potestades discrecionales les permiten a los órganos administrativos adaptar su actuar a la realidad, la que es por definición variable, aspecto importante que respalda la conveniencia de su configuración en el Ordenamiento jurídico. De esta forma, los temores que generalmente se asocian a este tipo de potestades administrativas y que apuntan especialmente a señalar que donde exista una potestad discrecional podrá existir fácilmente arbitrariedad⁵³ deben ser superados, sobre todo cuando sea posible verificar a través de un adecuado control judicial, que su ejercicio sea correcto, razonable y ajustado a Derecho, constituyendo este la mejor garantía para excluir dichas sospechas.

⁵² OELCKERS CAMUS, O., El principio de la legalidad en las actuaciones de la Administración del Estado, en *La Administración del Estado de Chile, decenio 1900-2000*, coord. R. Pantoja Bauzá, Universidad de Chile, Editorial Cono Sur, Santiago, 2000, p. 476. El autor señala que también pueden existir criterios implícitos, sin embargo el art. 7 de la CPR exige que la autorización previa tenga un carácter expreso.

⁵³ SOTO KLOSS, E., Ilegalidad y arbitrariedad en el recurso de protección, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 78, n°1, enero-abril 1981, p. 24.

II. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

1. Delimitaciones conceptuales

1.1. Concepto

Quedando expuesta las singularidades de una potestad administrativa discrecional, es necesario determinar cuál es su contenido, o lo que es lo mismo, qué se entiende por discrecionalidad administrativa. Al respecto, cuando hablamos de discrecionalidad administrativa, inmediatamente el término se ve asociado a cierta libertad, autodeterminación o albedrío de la que goza la Administración del Estado a la hora de adoptar determinadas decisiones en la esfera de su competencia. En el Derecho chileno los autores más destacados no han hecho pocos esfuerzos en intentar identificar el vocablo “discrecionalidad” y precisar sus elementos así como los límites del mismo. En esta tarea, se ha expuesto con detalle y con ayuda de la filología, el origen del término. Así, se ha señalado que la palabra discreción viene de “discretio” que es lo que los griegos llamaban “prognosis” y los latinos traducían también especialmente por “providencia”, lo que da una idea de prudencia, de manera que discrecionalidad es sinónimo de prudencialidad⁵⁴ y sugiere discernir, cernir, distinguir con exactitud, seleccionar entre lo bueno y lo malo, constituyendo por tanto un acto propio de la razón⁵⁵.

En las ideas conceptuales que surgen de la doctrina chilena respecto de la discrecionalidad administrativa es posible encontrar distintas definiciones aunque no existe una diferencia sustancial entre unas y otras. En este sentido podemos identificar al menos cinco elementos claves que se encuentran presentes en estos conceptos aportados por la doctrina más autorizada.

⁵⁴ SOTO KLOSS, E., *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales*, 2ª edición, Abeledo Perrot; Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 376.

⁵⁵ SALINAS BRUZZONE, C., ¿Legalidad en entredicho? Comentarios sobre discrecionalidad administrativa, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n° 20, 2002, pp. 623-624.

La primera característica que define a la discrecionalidad administrativa es la libertad producto de que la actuación del órgano estatal no está previamente determinada en la norma jurídica⁵⁶. Sin embargo, esta libertad no puede ser concebida como una “facultad de autodeterminación absoluta”⁵⁷ sino como una facultad que supone su ejercicio dentro de ciertos márgenes⁵⁸ delimitados ante todo por el principio de juridicidad.

El siguiente elemento clave y presente en la idea de discrecionalidad es el reconocimiento del principio de legalidad el que se manifestará en la norma jurídica concreta que regula dicha facultad, no pudiendo ser desbordado en ejercicio de la potestad discrecional pues este principio es el margen que limita el ejercicio de la discrecionalidad y el que determina el espacio en el que dicha facultad puede desplegarse⁵⁹. De esta forma el principio de legalidad está estrictamente ligado a la idea de la discrecionalidad administrativa no pudiendo existir esta última sin la primera teniendo el órgano administrativo que someter su acción a los fines y medios previstos en la norma que le atribuye la facultad de actuación⁶⁰. En este sentido se ha señalado que tal discrecionalidad no es un privilegio que sitúe a la Administración sobre el Derecho sino que es una consecuencia de una facultad jurídica y no de hecho, una circunscrita capacidad jurídica, una actividad subconstitucional y sublegal pues el Jefe está sometido a la Constitución y las leyes, por tanto, la discrecionalidad no es sino presencia de ley⁶¹.

Es posible encontrar en las definiciones de los autores además de los dos elementos anteriores una alusión clara al fundamento que es la razón de ser de la concesión hecha por el legislador en favor de la Administración y que es la satisfacción del bien común, el que estaría expresado en la norma que consagra la potestad discrecional mediante los hechos objetivos que esta describe como

⁵⁶ PIERRY ARRAU, P., “*El control de la discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., p. 480.

⁵⁷ SOTO KLOSS, E., “*Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...*”, op. cit., p. 378.

⁵⁸ SILVA CIMMA, E., “*Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción...*”, op. cit., p. 34; CEA EGAÑA, J., “*Hermenéutica constitucional...*”, op. cit., p. 12.

⁵⁹ SILVA CIMMA, E., “*Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción...*”, op. cit., p. 34.

⁶⁰ CEA EGAÑA, J., “*Hermenéutica constitucional...*”, op. cit., p. 12.

⁶¹ CEA EGAÑA, J. “*Hermenéutica constitucional...*”, op. cit., p. 12.

necesidad pública. En este sentido, la finalidad de la potestad discrecional es la adopción por parte de la autoridad de la mejor medida que se encuentre a su alcance y que permita satisfacer eficiente y oportunamente la necesidad pública de que se trata⁶².

Los autores también se refieren al espacio en el que la discrecionalidad desplegará su acción destacándose tanto la medida adoptada así como el momento u oportunidad en que tendrá lugar. Respecto de la decisión de la medida a ejecutar esta significa elegir previamente entre varias alternativas pues la discrecionalidad significa esencialmente escoger entre dos o más posibilidades de actuación que ha establecido el legislador, siendo “solo una la idónea para satisfacer la necesidad pública de que se trata, es decir, la que aparece precisamente, la oportuna, la adecuada, proporcionada según el caso concreto”⁶³. En la adopción de la medida es muy importante que se encuentre presente el principio de razonabilidad pues en caso contrario, se caerá fácilmente en la arbitrariedad⁶⁴.

Por otra parte se encuentra el ámbito de la decisión administrativa que dice relación con el momento u oportunidad y conveniencia de la acción dentro de lo que la ley ha señalado⁶⁵, que también autoriza a la Administración para que sea esta la que determine la mejor circunstancia u ocasión que precipite su actuar.

Estos dos último elementos, elección de la medida y determinación de la oportunidad, son determinantes en las potestades administrativas de carácter discrecional pues no estarán presentes cuando la Administración actúe en estricto apego a la norma jurídica en ejercicio de facultades regladas convirtiéndose en dos aspectos importantes y también controvertidos en las posibilidades de control por parte de los órganos habilitados para ello.

⁶² SOTO KLOSS, E., “*Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...*”, op. cit., p. 378.

⁶³ SOTO KLOSS, E., “*Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...*”, op. cit., p. 380.

⁶⁴ SOTO KLOSS, E., “*Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...*”, op. cit., p. 379.

⁶⁵ CEA EGAÑA, J., “*Hermenéutica constitucional...*”, op. cit., p. 13; SILVA CIMMA, E., “*Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción...*”, op. cit., p. 41.

Finalmente, se ha señalado que la discrecionalidad administrativa puede ser objeto de control judicial en todos aquellos elementos no discrecionales de la potestad administrativa o bien del acto administrativo, control que deberá ser por tanto, estrictamente jurídico⁶⁶.

Fuera de las definiciones elaboradas en el seno de la doctrina chilena, encontramos aquellas planteadas por los órganos que ejercen una función jurisdiccional en nuestro país. Así, la Contraloría General de la República, órgano encargado de realizar el examen de legalidad preventivo de las actuaciones de la Administración, ha definido la facultad discrecional como “la voluntad de elección de la administración, dentro del marco legal y en su ámbito de competencia, de llevar a cabo tales actuaciones (autorizadas por la norma) cuando la situación lo amerite”⁶⁷.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado en torno a la discrecionalidad administrativa una idea que no deja de sorprender pues en vez de utilizar la expresión “libertad” comúnmente presente en las definiciones de la doctrina, ha señalado que “discrecionalidad es la expresión de la confianza necesaria que el constituyente y el legislador han depositado en el órgano...para el cumplimiento de su función”⁶⁸. Este concepto entregado por el Constitucional nos parece muy interesante puesto que establece como base de la discrecionalidad la “confianza”, lo que viene a reafirmar que la Administración se encuentra en la obligación de velar por el estricto cumplimiento del principio de legalidad o juridicidad y del principio de probidad.

En síntesis y teniendo en consideración todos aquellos elementos que surgen en relación con la discrecionalidad administrativa, esta se puede

⁶⁶ CALDERA DELGADO, H., “*Tratado de Derecho Administrativo, v.1...*”, op. cit., p. 15; CAMACHO CEPEDA, G., La discrecionalidad administrativa en tela de juicio: notas para un reexamen de la cuestión, Revista Gaceta Jurídica, n° 24, abril año 1990, pp. 17-18.

⁶⁷ Dictamen de la Contraloría General de la República de 7 de noviembre de 2007, n°50183. El paréntesis es nuestro.

⁶⁸ STC de 30 de diciembre de 2014, rol 2561/13.

conceptualizar como un margen de libertad que el legislador ha otorgado a la Administración del Estado con el objeto de que esta adopte la decisión más conveniente para su administración, confiando en que esta la ejercerá teniendo como fin último el bien común, y respetando los límites establecidos tanto por el Ordenamiento jurídico en general como por la norma jurídica que habilita su actuación, siendo sólo en sus aspectos jurídicos objeto de control judicial.

De esta forma, la concepción negativa de la potestad discrecional o de la discrecionalidad propiamente tal cuyo origen se encontraba en los vacíos legales o en ausencia de normas jurídicas que determinara la actuación del ente administrativo ha quedado superada instalándose definitivamente en el Derecho chileno una concepción positiva de la misma al tener que desplegarse aquella bajo el amparo del principio de legalidad y nunca fuera del Ordenamiento jurídico.

1.2. Discrecionalidad y arbitrariedad

Es frecuente la asociación que se realiza entre las nociones de discrecionalidad y arbitrariedad. Esta última generalmente se ha relacionado con aquello que es producto de un actuar caprichoso o voluntarioso sin que los fundamentos que lo justifiquen puedan obedecer a razones objetivas. Rodeada de estos mismos elementos aparece identificada la arbitrariedad en el Derecho chileno⁶⁹ centrándose, el punto de conexión o mejor dicho de transición entre lo que debiendo ser una actuación discrecional se convierte en arbitraria, en la carencia de una fundamentación objetiva o razonable, es decir, de motivación. Así, se ha señalado que la discrecionalidad “siendo una potestad jurídica, no podrá dar lugar a la arbitrariedad sin convertirse en la negación del Derecho, desnaturalizando su propia esencia”⁷⁰. En este sentido, discrecionalidad y arbitrariedad son términos contrapuestos que no pueden identificarse como

⁶⁹ PANTOJA BAUZÁ, R., *“Del principio de legalidad al principio de la juridicidad...”*, op. cit., p. 502.

⁷⁰ SILVA CIMMA, E., *“Derecho Administrativo chileno y comparado, Introducción...”*, op. cit., p. 34

similares pues la última corresponde al espacio llenado por el ejercicio de potestades discrecionales desvirtuadas en donde hay “inexistencia de los hechos que fundamentan un actuar o sea una actuación carente de fundamentación”⁷¹.

Ambos conceptos, discrecionalidad y arbitrariedad, han sido relacionados también por los Tribunales superiores de justicia. El Tribunal Constitucional, siguiendo a la doctrina española⁷² ha señalado que en la arbitrariedad hay una ausencia de razones en un accionar determinado, es un simple porque sí, siendo la tendencia en hacerla sinónimo de falta de fundamento, de mero capricho o voluntad. En el actuar no arbitrario señala, hay motivo, es decir, un antecedente de hecho y derecho, en que se funda, y una justificación, es decir, un proceso racional de una decisión que la explica, en fundamentos objetivos. Agrega que la posibilidad de optar no libera al órgano respectivo de las razones justificativas de su decisión y que la determinación de esa suficiencia, consistencia, y coherencia es un tema de control de la discrecionalidad⁷³.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha señalado respecto de la discrecionalidad (sin que con ello haya formulado un concepto más preciso de la misma) que esta no es sinónimo de arbitrariedad concluyendo que su ejercicio por parte de la autoridad se encuentra sometido a exigencias, parámetros y límites⁷⁴. Lo arbitrario es aquello “producto del mero capricho de quien incurre en él, de modo que la arbitrariedad indica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, esto es, falta de proporción entre los motivos y la finalidad que alcanza”⁷⁵.

Fuera de las referencias doctrinales y jurisprudenciales en relación con la arbitrariedad, en el Derecho chileno no es posible encontrar una norma expresa que consagre constitucionalmente la interdicción de la arbitrariedad como principio general tal como ocurre con el Ordenamiento jurídico español como

⁷¹ SOTO KLOSS, E, “*Illegalidad y arbitrariedad en el recurso de protección...*”, op. cit., p. 24.

⁷² En este punto el Tribunal Constitucional sigue a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., Curso de Derecho administrativo, T.1, Civitas, Madrid, 2002, pp. 480-481 y ss.

⁷³ STC de 15 de abril de 2010, Rol 1341/09.

⁷⁴ SCS de 6 de diciembre de 2012, Rol 8856/2012.

⁷⁵ SCS de 20 de octubre de 2008, Rol 5791/2008.

tendremos oportunidad de ver. Sin embargo, en la Carta fundamental es posible encontrar preceptos que aluden a aquella específicamente al consagrar algunos derechos fundamentales como lo es: la igualdad ante la ley, en la que se prohíbe el establecimiento de diferencias arbitrarias por parte de la ley y de la autoridad (art. 19 n°2); la no discriminación arbitraria por órganos del Estado en materia económica (art. 19 n°22); la responsabilidad del Estado frente a resoluciones judiciales de imputación o condena arbitrarias o erróneas (art. 19 n°7 letra i); y el recurso de protección el cual procede frente a actos u omisiones arbitrarios o ilegales (art. 20). En el ámbito legislativo, destaca la ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, señalándose en su art. 2 que la discriminación arbitraria es para efectos de la ley “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable”.

Ahora bien, a pesar de no existir un único precepto constitucional unificador y expresivo del rechazo por parte del Ordenamiento jurídico chileno a la arbitrariedad sea cual sea el poder que la contemple, el principio de prohibición de la arbitrariedad constituye un principio general del Derecho que debe ser respetado aún cuando el mismo no tenga una consagración positiva reconociéndolo así también el Tribunal Constitucional chileno el que ha afirmado que este es un principio basal de la Carta Fundamental⁷⁶. Por tanto, el principio de prohibición de la arbitrariedad es un principio de Derecho público chileno, extendiéndose más allá de las diferenciaciones que pueda hacer el legislador pues alcanza a toda autoridad⁷⁷ y ámbito en el que intervengan potestades públicas.

1.3. Otras figuras relacionadas con la discrecionalidad administrativa

En el Derecho chileno existen otros aspectos y actuaciones que se han relacionado con la discrecionalidad administrativa, como son la denominada

⁷⁶ STC de 28 de diciembre de 2007, Rol 804/07.

⁷⁷ ROMÁN CORDERO, C., El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como mecanismo de control de la arbitrariedad del legislador, Revista de Derecho público, Vol. 72, 2010, p. 375.

discrecionalidad técnica y los conceptos jurídicos indeterminados, materias que han sido introducidas de forma más reciente en nuestro país y que han sido tratadas a nuestro juicio de forma dispersa lo cual puede originar nuevos espacios en relación con esta materia pero con más sombras que luces. Por otra parte se encuentran los actos políticos o de gobierno que si bien han sido abordados desde un prisma constitucional, consideramos que se encuentran especialmente relacionados con la discrecionalidad administrativa como veremos.

a) La discrecionalidad técnica

En relación con su denominación se ha dejado en evidencia la errónea utilización de la expresión y la contrariedad que expresa la misma pues se ha señalado que la noción de “técnica” evoca la presencia de reglas establecidas, claras y objetivas en la mayoría de los casos y que por tanto se excluiría la discrecionalidad si se entiende que esta permite elegir entre distintas soluciones igualmente válidas pues en un ámbito reglado sólo se podrá arribar a una única solución correcta que se encontrará determinada en la misma regla técnica o científica según sea el ámbito que se trate⁷⁸.

Ponce de León ha expuesto este tema de forma más sistematizada y profunda. Al respecto la autora señala que si bien la técnica como regla general implica la existencia de reglas objetivas o precisas en donde su naturaleza cognoscitiva no admite valoraciones, existen situaciones o materias en las que esto no se presenta de forma plena existiendo algunos espacios de opinabilidad⁷⁹ que a menudo se encuentran determinados por el uso de un lenguaje complejo, en donde aparecen conceptos jurídicos indeterminados que llevan consigo un margen de apreciación que admite valoraciones y una subjetividad que no pueden ser reproducidas en el ámbito judicial. Se reconoce que pueden existir tres

⁷⁸ PONCE DE LEÓN SALUCCI, S., Alcances y límites del control de la decisión discrecional fundada en conceptos técnicos, en XXXVIII Jornadas de Derecho público: Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado, Fondo de Publicaciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2008, p. 607.

⁷⁹ PONCE DE LEÓN SALUCCI, S., “Alcances y límites del control de la decisión discrecional...”, op. cit., p. 610.

situaciones regidas por la técnica, la primera es aquella en la que se identifican con reglas objetivas y precisas o bien que se basan en la experiencia y que no admiten ningún tipo de valoración y discrecionalidad, las cuales pueden ser plenamente controlables por el juez. La segunda situación es que la regla puede entregar al operador la opción de elegir una medida en base a un examen técnico siendo este un caso de simple discrecionalidad aun cuando la elección se concrete por profesionales o científicos⁸⁰. Finalmente se encontrarían los denominados casos límites complejos en donde la valoración o subjetividad de quien debe apreciar los informes técnicos o realizar una elección en base a los mismos no puede ser reproducida por otro órgano pues dicha labor excede una simple interpretación de la regla técnica que por la naturaleza de la misma permite un margen de discrecionalidad. Este sería el caso de los concursos, juicios pedagógicos, en materia de contratación pública en la elección de la oferta más conveniente así como en ámbitos en donde interviene la ingeniería o arquitectura y que deben apreciarse aspectos relacionados con los mismos⁸¹.

Para ello será necesario identificar las situaciones que pueden darse en la práctica así como los límites del control judicial lo que dependerá, siguiendo a Ponce de León, de que tan discutible sea la técnica, cuestión que debería quedar determinada en el informe que realice el perito, ya sea en el ámbito administrativo o judicial. Ante casos de difícil comprensión es necesario responder a las siguientes preguntas, la primera es a quién autoriza la norma a realizar la integración del concepto y en segundo lugar, cuál es la naturaleza de la técnica en cuestión y el grado de opinabilidad u objetividad que la misma significa⁸². Si existe opinabilidad en lo que la aplicación de la norma científica o técnica señala, el juez solo puede realizar un juicio tolerable estando el límite del control judicial en “lo atendible, razonable, relativamente valido en una determinada circunstancia y suficientemente motivado recayendo el control

⁸⁰ PONCE DE LEÓN SALUCCI, S., “Alcances y límites del control de la decisión discrecional...”, op. cit., pp. 616-617.

⁸¹ PONCE DE LEÓN SALUCCI, S., “Alcances y límites del control de la decisión...”, op. cit., pp. 618 y ss.

⁸² PONCE DE LEÓN SALUCCI, S., “Alcances y límites del control de la decisión...”, op. cit., pp. 640-641.

posterior del juez en esos aspectos” así como en los aspectos de forma en que se ha ejercido la potestad y ello porque dicha opinabilidad corresponde a una verdad relativa que no puede ser determinada absolutamente ni por quien la ejecuta ni por quien controle⁸³.

Fuera de este análisis es posible encontrar en otros trabajos la expresión “discrecionalidad técnica” planteando si es posible utilizar este concepto en un sector regulado como es telecomunicaciones, para referirse a decisiones adoptadas en virtud de las cuales se aplican “conocimientos científicos, técnicos o profesionales que garantizan el acierto y eficacia de las mismas otorgándole a la preparación técnica un criterio determinante”⁸⁴ aludiendo a la discrecionalidad que entrega el legislador al órgano de defensa de la libre competencia empleando términos del lenguaje común y de la ciencia económica. Aquí se deja de manifiesto que en este caso se trata de conceptos jurídicos indeterminados los cuales gozan de un margen de apreciación pues se deben sopesar aspectos de valor en base a contenidos técnicos⁸⁵.

También se ha dicho respecto de la discrecionalidad técnica que la misma es una faceta de la discrecionalidad⁸⁶ que alude a la dificultad de ciertos asuntos evitados por los tribunales en un comienzo por su alta complejidad técnica⁸⁷ destacando especialmente casos ambientales. Sin embargo, esta situación ha experimentado un cambio desde el año 2009. Así, con anterioridad, la Corte Suprema al conocer de asuntos ambientales para evitar lo que a su juicio podía constituir una sustitución de competencias, tenía una actitud de deferencia con la autoridad administrativa al interior del Sistema de Evaluación de Impacto

⁸³ PONCE DE LEÓN SALUCCI, S., “*Alcances y límites del control de la decisión...*”, op. cit., pp. 617-618

⁸⁴ CAMACHO CEPEDA, G., Discrecionalidad administrativa y tarificación de los servicios de telecomunicaciones, Revista de Derecho, Revista de Derecho público, Universidad de Chile, Vol. 66, 2004, pp. 363-364.

⁸⁵ CAMACHO CEPEDA, G., “*Discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., p. 365.

⁸⁶ COSTA CORDELLA, E., Los tribunales administrativos especiales en Chile, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. 27, n°1, 2014, pp. 158-159.

⁸⁷ MENDOZA ZÚÑIGA, R., Acerca del control de la discrecionalidad técnica en materia eléctrica, Revista chilena de Derecho, vol.25, n°3, 1998, p. 716.

ambiental⁸⁸ criterio que cambia al comenzar la Corte efectivamente a controlar las decisiones técnicas ambientales en base a las normas de procedimiento administrativo y del Derecho administrativo en general⁸⁹ produciéndose un control de discrecionalidad intenso pues la revisión judicial no sólo verificaría la legalidad formal del acto sino que extendería su control sobre el expediente administrativo en base a un estándar legal⁹⁰. Este giro en el control judicial de la Corte Suprema ha suscitado que un sector de la doctrina acuse un activismo judicial por ir los jueces más allá de lo que las reglas jurídicas permitirían ocasionando con sus pronunciamientos judiciales un entorpecimiento al desarrollo energético del país⁹¹.

Como puede observarse, la denominada discrecionalidad técnica se encuentra relacionada en el Derecho chileno con los sectores regulados así como con las normas técnicas que ha introducido el legislador para regular estos ámbitos. Sin embargo, es necesario exponer cómo se lleva a cabo el control judicial de esta materia, aspecto en el que profundizaremos en páginas posteriores al tratar el control judicial de la discrecionalidad administrativa.

b) Los conceptos jurídicos indeterminados

La Corte Suprema siguiendo a la doctrina alemana y también a García de Enterría, ha señalado que estos conceptos son eventos no definidos expresamente por la ley, pero que ésta incorpora en la descripción de la hipótesis de aplicación de la norma señalando que su utilización por el legislador responde a la idea de flexibilidad del sistema ante descripciones taxativas y rígidas. En el mismo asunto, recoge la estructura de este tipo de conceptos señalando que estos tienen un núcleo de certeza, de absoluta certeza, un halo de imprecisión o de posible incertidumbre, y un lugar “más o menos alejado del centro, pero inexorable” de

⁸⁸ CORDERO VEGA, L., Corte Suprema y Medio ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?, Anuario de Derecho Público, 2012, p. 359.

⁸⁹ CORDERO VEGA, L., “Corte Suprema y Medio ambiente...”, op. cit., p. 365.

⁹⁰ CORDERO VEGA, L., “Corte Suprema y Medio ambiente...”, op. cit., p. 375.

⁹¹ GARCÍA, J., Y VERDUGO, S., “Activismo judicial en Chile...”, op. cit., pp. 48 y ss.

certidumbre categóricamente negativa y agrega que parece claro que cuando las partes discuten sobre la aplicación de dichos conceptos, le corresponde al juez determinar si el supuesto de hecho se acomoda o no a este tipo de conceptos⁹² pues a él le corresponde frente a la justicia del caso concreto, rellenar aquellos espacios de la norma que una fórmula abstracta no puede materializar⁹³. Así, en materia de propiedad intelectual la jurisprudencia de la Corte ha señalado de forma reiterada que tratándose de conceptos indeterminados de tipo técnico, estos requieren ser dotados de contenido por los jueces que aplican el Derecho para lo cual debe atenderse a dictámenes de tipo técnico⁹⁴. Sin embargo, todo esto se ha expresado desde un punto de vista general o transversal del Derecho sin relacionar a los conceptos jurídicos indeterminados especialmente con la discrecionalidad administrativa.

Los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito administrativo chileno se han visto relacionados por la doctrina con ocasión de la denominada discrecionalidad técnica así como con las reglas y normas que se encuentran presentes en el Derecho público chileno, especialmente en el ámbito económico o ambiental por ser sectores donde la especialidad y complejidad de las materias técnicas o científicas se expresan en la normativa jurídica.

En esta materia la doctrina ha señalado al igual que al referirse a las reglas técnicas que estos conceptos pueden ser objeto de un juicio cognoscitivo o discrecional⁹⁵ caso en el cual contendrá valoraciones que serán difíciles de controlar por el órgano jurisdiccional⁹⁶ lo que precisamente ocurre tratándose de materias de índole económica y sectorial en donde abundan la complejidad de los asuntos tratados. La razón se encontraría en la estructura que tienen los conceptos jurídicos indeterminados especialmente en “el halo del concepto” dentro del cual

⁹² SCS de 2 de agosto de 2012, Rol 5811/2010, cita a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Thomson-Civitas, 2005, pp. 147, 253.

⁹³ SCS de 25 de octubre de 2012, Rol 6030/2012.

⁹⁴ SCS de 3 de diciembre de 2012, Rol 5533/2012; 14 de mayo de 2013, Rol 9709/2012; 6 de agosto de 2013, Rol 494/2013; 24 de abril de 2014, Rol 10634/2013; 24 de julio de 2014, Rol 2039/2014.

⁹⁵ PONCE DE LEÓN SALUCCI, S., *“Alcances y límites del control de la decisión discrecional...”*, op. cit., p. 621.

⁹⁶ CAMACHO CEPEDA, G., *“Discrecionalidad administrativa y tarificación...”*, op. cit., pp. 363-364.

no es posible tener una certeza ni positiva ni negativa respecto de la situación a la que el concepto se aplica dando lugar a un espacio que va más allá de la simple interpretación y en la que aflorarían valoraciones y aspectos subjetivos que se escapan de la esfera cognoscitiva. En este punto pueden existir varias opciones descartándose una única solución⁹⁷. Este margen de apreciación que puede encontrarse detrás de un concepto jurídico indeterminado sumado a su utilización descuidada por parte del legislador en ámbitos tan complejos, se ha traducido en un llamado de atención por parte de la doctrina para que se utilicen con mayor cuidado y con ello se permita un mejor control judicial de las potestades discrecionales que goza la Administración⁹⁸.

Según lo expuesto, los conceptos jurídicos indeterminados han sido relacionados con la denominada discrecionalidad técnica así como con la toma de decisiones por parte de la autoridad cuya norma atributiva de potestades comprende este tipo de expresiones. En vía jurisprudencial estos son identificados por el juez. No obstante, la introducción de los mismos como teoría en nuestro Derecho en relación a la materia objeto de estudio nos plantea una serie de interrogantes que vienen sobre todo determinadas por la falta de una explicación y exposición metódica de los mismos así como de la teoría que los rodea. De esta forma cabe preguntarse, ¿qué utilidad puede reportar la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados en materia de discrecionalidad administrativa en el Derecho chileno? ¿Es posible que se pueda desarrollar en torno a los mismos nuevos límites para la función judicial? ¿Nos encontramos en una etapa incipiente de importación a nuestro Derecho de estas materias o simplemente significa la utilización de nomenclaturas inherentes a los temas que hoy se estudian? El estudio del origen y el contexto en el que se ha desarrollado esta materia en el Derecho comparado permitirá responder a estas interrogantes.

⁹⁷ CAMACHO CEPEDA, G., "*Discrecionalidad administrativa y tarificación...*", op. cit., p. 369.

⁹⁸ CAMACHO CEPEDA, G., "*Discrecionalidad administrativa y tarificación...*", op. cit., p. 370.

c) Los actos políticos o de gobierno

En el Derecho chileno, los actos políticos o de gobierno han sido estudiados con ocasión de algunas sentencias de los Altos Tribunales de justicia profundizándose un poco más por la doctrina. Así se ha señalado que el acto de gobierno es “un acto jurídico de Derecho Público consagrado por la Carta Fundamental y en virtud del cual los órganos constitucionales disponen de materias o cuestiones de trascendencia para el Estado o que permiten su subsistencia, y en consecuencia, los sustraen del control judicial anulatorio”⁹⁹, punto este último que ha dividido a la doctrina.

Si bien esta materia fue estudiada en un principio desde la distinción entre la función de gobierno y la función administrativa recogida en el art. 24 CPR y atribuidas al Presidente de la República, hoy puede observarse como la excepcionalidad y trascendencia¹⁰⁰ son los elementos sustantivos que caracterizan a este tipo de actos. Sin embargo, una de las características que se encuentran presentes en este tipo de actuaciones es la amplia discrecionalidad que se le atribuye a la autoridad para actuar en uno u otro sentido siendo por tanto, actos jurídicos discrecionales¹⁰¹.

De acuerdo al texto constitucional y desde un punto de vista subjetivo, para que se esté en presencia de un acto de gobierno es necesario que estos emanen del Presidente de la República o de alguno de los Ministros o Secretarios de Estado. Ahora bien, hay que tener en cuenta que estos órganos en virtud del art. 24 CPR y la LBGAE también desarrollan funciones administrativas de forma que no todos los actos que emanen de ellos podrán ser calificados como actos de gobierno.

⁹⁹ CORDERO VEGA, L., Los actos de gobierno. Reflexiones a propósito de la nulidad de un tratado internacional, *Gaceta Jurídica*, 277, Chile, 2003, p. 19. En contra de su control judicial también se ha manifestado CEA EGAÑA, J., *Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno*, *Gaceta Jurídica*, 137, Chile, 1991.

¹⁰⁰ CEA EGAÑA, J., “*Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno...*”, op. cit., p. 14.

¹⁰¹ MORALES ESPINOZA, B., El acto de gobierno en Chile, *Revista de Derecho*, 223-224, Universidad de Concepción, Chile, 2008, pp. 200-201.

De esta forma, en la práctica resulta difícil diferenciar entre un acto administrativo propiamente tal y uno de gobierno sobre todo cuando los efectos de estos últimos pueden traspasar su ámbito de actuación incidiendo en materias que corresponden al campo del Derecho administrativo o bien lesionando derechos fundamentales.

Quienes sostienen que estos actos no pueden ser controlados por los tribunales de justicia señalan como principal argumento que por la naturaleza de este tipo de actos y por las materias que los mismos abordan sólo pueden someterse a un control de tipo político¹⁰². Otro sector de la doctrina por su parte ha señalado que estos actos son actos administrativos¹⁰³ siendo una especie de este género y por ello deberían estar sometidos al control judicial extendiéndose esta clasificación a las funciones administrativas y políticas donde la primera es el género y la segunda la especie, agregándose que diferenciar una y otra actividad no tiene mayor importancia pues presentan en común que ambas potestades están entregadas al mismo órgano, sometidas al mismo régimen de control preventivo de legalidad, y su control le corresponde a los tribunales ordinarios¹⁰⁴. De acuerdo a este argumento, el acto de gobierno debería quedar sometido al control judicial por ser un acto de carácter administrativo y no por otra razón.

Los Tribunales de justicia han señalado que “el control jurisdiccional tiene como límite divisorio los actos que son propios de la actividad política, en este caso de la autoridad máxima de gobierno, de suerte que los órganos jurisdiccionales no se encuentran autorizados para revisar decisiones de esta índole”¹⁰⁵. Siendo este el punto de partida, han incurrido en pronunciamientos cuestionables sobre todo en materia de destituciones funcionarias en donde se le reconoce al Presidente de la República la facultad para obrar en el sentido que

¹⁰² CORDERO VEGA, L., “*Los actos de gobierno...*”, op. cit., p. 19.

¹⁰³ En SCS de 24 de diciembre de 2013, Rol 4029/2013, la Corte Suprema califica al acto en virtud del cual se decreta una Estado de excepción constitucional como “acto administrativo dictado en ejercicio de potestad de gobierno y discrecional”.

¹⁰⁴ SILVA CIMMA, E., *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, contratos y bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, pp. 71-73.

¹⁰⁵ SCS de 24 de diciembre de 2013, Rol 4029/2013.

estime sin siquiera exigirle motivación o fundamentos que avalen su decisión¹⁰⁶, actuación que no puede ser sino calificada como arbitraria desde el momento en que se reconoce que la prohibición de la arbitrariedad es un principio de Derecho Público chileno como señalamos en páginas anteriores. Esta situación de incertidumbre y confusión respecto de estas actuaciones genera también que bajo la denominación de actos políticos o de gobierno se busque evadir el legítimo control que deben desplegar los tribunales de justicia respecto de actuaciones con clara naturaleza administrativa, emanadas de órganos que ejercen ambas funciones, de gobierno y administrativas, como es el caso de los órganos ministeriales¹⁰⁷, encontrándose lesionados de por medio los derechos de los ciudadanos.

Desde nuestro punto de vista, los actos políticos o de gobierno constituyen actos jurídicos, pues ha sido el mismo Ordenamiento jurídico el que otorga a las altas esferas de Poder las potestades para dictar este tipo de actos. Por esta razón, la primera consecuencia que se desprende de esto es que en ejercicio de estas amplias facultades la autoridad debe actuar conforme a Derecho lo que implica actuar en concordancia con los principios que lo sustentan y en donde la prohibición de actuaciones arbitrarias se encuentra presente. Así, en los actos políticos o de gobierno, confluyen por tanto dos elementos claves que son el principio de legalidad o juridicidad y su naturaleza discrecional, excluyendo ambos la arbitrariedad por lo que el control judicial no puede resultar ajeno a estas actuaciones. Ahora bien ¿Cómo podría llevarse a cabo este control judicial? ¿Podrían ser considerados los actos de gobierno bajo la teoría de la discrecionalidad administrativa atendiendo a su similar naturaleza? ¿Podría ser esta la solución a la actual situación de incertidumbre jurídica en el que estas actuaciones se encuentran y que han sido ya superadas por otros Ordenamientos jurídicos? No cabe duda que la experiencia comparada en este caso podría ser

¹⁰⁶ SCS de 26 de junio de 2013, Rol 6364/2012.

¹⁰⁷ SCS de 4 de mayo de 2005, Rol 4017/03.

fundamental para iluminar estos espacios de sombra otorgando nuevos elementos que permitan ampliar la perspectiva.

2. La configuración de la discrecionalidad administrativa

En el apartado anterior hemos visto los elementos que se relacionan con la noción de discrecionalidad administrativa en el Derecho chileno, lo que nos ha permitido tener un acercamiento inicial con la figura. Es necesario ahondar ahora en el estudio que se ha efectuado respecto de ella por la doctrina chilena, análisis que tradicionalmente se ha centrado en el ejercicio de las potestades administrativas así como también del acto administrativo. En menor medida y de forma más reciente es posible encontrar referencias a la estructura de la norma jurídica y la ubicación en la misma de la discrecionalidad.

2.1. La discrecionalidad administrativa desde el punto de vista de las potestades administrativas

Esta es la visión más tradicional desde la que se ha abordado el tema de la configuración de la discrecionalidad administrativa por parte de la doctrina, una materia analizada especialmente por Soto Kloss al que seguiremos principalmente en este punto.

Como señalamos en páginas anteriores, para que la autoridad administrativa pueda actuar en el mundo del Derecho debe estar previamente habilitada en virtud de una norma que le otorgue potestades administrativas para su actuación. Esto junto con la competencia que se le atribuya al órgano, y los elementos que la integran (materia, territorio, cuantía y grado) serán esenciales a la hora de demarcar los límites de actuación de la Administración.

Respecto de los poderes jurídicos con que el legislador dota a los órganos públicos administrativos, Soto Kloss recuerda lo siguiente:

- Si el legislador no se pronuncia sobre el particular simplemente no existe potestad jurídica alguna.

- El pronunciamiento del legislador al habilitar a un órgano con poderes jurídicos para que sea conforme al Ordenamiento jurídico ha de ser expreso ello en virtud de lo dispuesto por el art. 7 CPR y art. 2 LBGAE. Esta es una exigencia constitucional de más de ciento setenta años de vigencia lo que excluiría la idea de poderes implícitos o inherentes de necesidad¹⁰⁸.

Respecto de la habilitación, se señala que es importante tener en cuenta que:

1. La forma usual de habilitación además de ser siempre expresa, es que sea específica, es decir, deben contemplarse límites más o menos precisos. El legislador luego de precisar las potestades específicamente conferidas a un órgano, agregará una cláusula general o genérica que permita en todo caso la concreta actuación del órgano en el ámbito funcional, pero ello no significa que este pueda atribuirse potestades que no estén expresamente señaladas. En relación con esto, el autor señala que hoy sería inconstitucional que el legislador confiera a un órgano potestades o competencia residual, es decir, potestades decisorias de actuación en todo aquello que no haya sido atribuido y habilitado a otro órgano, como ha ocurrido en algunas legislaciones nacionales¹⁰⁹.
2. Exclusividad de las potestades: esto no excluye la idea de que sea atribuida de forma privativa a un órgano inferior, lo que originaría una

¹⁰⁸ SOTO KLOSS, E., *"Derecho Administrativo, Temas Fundamentales..."*, op. cit., p. 137.

¹⁰⁹ SOTO KLOSS, E., *"Derecho Administrativo, Temas Fundamentales..."*, op. cit., p. 138. Así se señala como ejemplo el decreto con fuerza de ley 7912 que organiza las Secretarías de Estado y que en su versión original del año 1927 señalaba en su art. 3 letra i) que respecto de las potestades del Ministerio del Interior a este le correspondía: El nombramiento del personal de la Dirección de Abastecimientos y de la Secretaría de la Presidencia y de todos los asuntos de la administración de Estado que el Presidente de la República no asigne a otro Ministerio. Cabe señalar que dicho artículo fue suprimido en virtud de una modificación al decreto del año 2011. Otro ejemplo se encuentra en el Decreto Ley 1289, orgánica de Municipalidades que en su art. 4 establece que "Les corresponderá, además, dentro del territorio comunal, asumir las funciones y ejercer las atribuciones que la ley haya confiado a otros organismos, cuando éstos no hayan establecido en la comuna el correspondiente servicio y mientras éste no se establezca. Para ejercer esta facultad, requerirán de la autorización del Gobernador Provincial y de la delegación expresa que les otorgue el Jefe Regional o Nacional del organismo respectivo. En el acto de delegación se determinarán la forma, el plazo y las condiciones en que se otorgue". Esta norma se encuentre vigente.

competencia desconcentrada. Esto tampoco excluye a las potestades concurrentes, es decir, que las competencias de cada uno de varios órganos concurren a la satisfacción de necesidades públicas pero cada cual en el ámbito de actuación.

3. Se le confiere potestades al órgano de modo indefinido, pues las necesidades públicas lo son de un modo permanente.

4. El contenido de la potestad puede ser decisoria, consultiva o revisora (control).

5. En cuanto a la amplitud o extensión de los poderes jurídicos atribuidos y referidos específicamente a los poderes decisorios están los reglados enteramente o discrecionales en alguno de sus elementos¹¹⁰.

Por tanto, para Soto Kloss la potestad administrativa puede ser discrecional en alguno de sus elementos. Para determinar cuáles son estos elementos se realiza un análisis de la estructura y el ámbito de acción de las potestades.

a) Respecto del ámbito del ejercicio de la potestad, el legislador debe determinar:

- Ámbito de materia: que será el círculo de intereses puestos bajo el cuidado de la autoridad.
- Ámbito espacial: que es la atribución territorial donde podrán ser ejercidas estas potestades (a nivel nacional, regional, provincial, comunal).
- Ámbito temporal: indefinidas o sujetas a plazo o condición.
- Ámbito jerárquico: se refiere a quien se le otorga el ejercicio de dichos poderes¹¹¹.

b) La estructura de la potestad se conforma de distintos elementos en los cuales será necesario analizar si procede o no la discrecionalidad.

¹¹⁰ SOTO KLOSS, E., *"Derecho Administrativo, Temas Fundamentales..."*, op. cit., pp. 139-142.

¹¹¹ SOTO KLOSS, E., *"Derecho administrativo, Bases fundamentales..."*, op. cit., p.55.

- Quién: Es el titular del órgano al que se le atribuye la potestad y normalmente será el superior jerárquico del servicio o bien el titular de un órgano inferior (ello da lugar a la desconcentración. También se pueden prever mecanismos de delegación).
- Cómo: Corresponde al procedimiento legal para emitir el acto administrativo o celebrar el contrato administrativo. Respecto de este elemento Silva Cimma señala que la potestad debe ejercerse en la forma que prescriba la ley pues en caso contrario se vulnera el ordenamiento y directamente el art. 7 CPR¹¹².
- Cuándo: es el momento u oportunidad en el cual debe actuar el órgano administrativo para satisfacer una necesidad pública.
- Por qué: Responde al motivo del actuar, que es un hecho configurado por el legislador como necesidad pública a satisfacer y que mueve a actuar al órgano habilitado, al sujeto con la potestad pública y que constituye el estímulo para que el órgano actúe.
- Para qué: Es el fin o la finalidad que persigue la potestad específica atribuida que además debe ser el que tiene que perseguir el acto concreto que se dicta o emita para satisfacer la necesidad pública puesta bajo la órbita del órgano habilitado por el legislador. Es el bien común específico en concordancia con el bien común de la sociedad política.
- Qué: Es la decisión que se adopta para satisfacer la necesidad pública concreta¹¹³.

De los elementos antes expuestos, y de acuerdo al autor, hay discrecionalidad propiamente tal en la adopción de la medida que adopta el órgano estatal competente para satisfacer una necesidad pública, es decir, en el qué. El resto de los elementos de la potestad administrativa que son: Quién,

¹¹² SILVA CIMMA, E., *"Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción..."*, op. cit., p. 32

¹¹³ SOTO KLOSS, E., *"Derecho administrativo, Bases fundamentales..."*, op. cit., p. 54.

Cómo, Por qué, Para qué, y el cuándo se encuentran reglados necesariamente, por tanto no habría discrecionalidad¹¹⁴.

Como puede observarse, el autor señala que sólo existe discrecionalidad en el qué, quedando el cuándo también reglado y por tanto, será la ley, la norma jurídica, la que puede construir la potestad en lo referente a si actúa o no de modo reglado, imponiendo una actuación o bien, de forma discrecional, confiriéndole a la autoridad un margen de libre apreciación de las circunstancias que concurren en el caso concreto¹¹⁵. Para Cea Egaña en cambio la discrecionalidad también puede extenderse al cuándo pues el autor señala que hay discrecionalidad en la decisión de actuar o no, y en caso afirmativo en la elección de la oportunidad, el momento, y la conveniencia de la decisión administrativa correspondiente¹¹⁶.

Volviendo al elemento “qué” de la potestad, este puede aparecer muy precisado y detallado de manera que no quede lugar a dudas de la decisión que ha de adoptarse en el caso concreto, consistiendo el posterior control judicial en constatar que esta ha sido la prevista por la norma; o bien, puede contener un elemento discrecional como se ha señalado al otorgar un margen de libre apreciación de las circunstancias posibilitando al órgano habilitado escoger una entre varias posibilidades¹¹⁷. Estas opciones establecidas por el legislador conforman la base de la discrecionalidad y sólo una de ellas será la idónea para satisfacer la necesidad pública: la que parezca más oportuna, adecuada y proporcionada según el caso concreto¹¹⁸. Por tanto, si la medida adoptada lo ha sido en ejercicio de una facultad discrecional el control judicial desplegado tendrá por objeto constatar que la decisión aparezca revestida de dichas características, es decir, si es el medio idóneo al fin perseguido por la ley entrando en el ámbito del control de la razonabilidad¹¹⁹.

¹¹⁴ SOTO KLOSS, E., “Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...”, op. cit., p. 379.

¹¹⁵ SOTO KLOSS, E., “Derecho administrativo, Bases fundamentales...”, op. cit., p. 56.

¹¹⁶ CEA EGAÑA, J., “Hermenéutica constitucional, soberanía legal...”, op. cit., pp. 14-15.

¹¹⁷ SOTO KLOSS, E., “Derecho administrativo, Bases fundamentales...”, op. cit., p. 56.

¹¹⁸ SOTO KLOSS, E., “Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...”, op. cit., p. 380.

¹¹⁹ SOTO KLOSS, E., “Derecho Administrativo, Bases Fundamentales...”, op. cit., pp. 60-61

Finalmente Soto Kloss señala que será respecto del control judicial de la medida o decisión adoptada en donde se producirán los mayores problemas pues en este punto existe el riesgo de la sustitución de la decisión administrativa por el pronunciamiento judicial aún cuando ello no significa que el Tribunal no pueda entrar a controlar la discrecionalidad pues debe hacerlo por mandato constitucional ya que en una República todos los órganos se encuentran sometidos a la Constitución¹²⁰ pero en los términos señalados.

La discrecionalidad administrativa mirada desde esta perspectiva permitiría demarcar claramente los límites que el legislador tendrá que tener en cuenta a la hora de concurrir a la formación de la norma jurídica que otorga una potestad administrativa. Según este esquema, la discrecionalidad es analizada desde el punto de vista de la técnica legislativa, del origen de la misma y como una exigencia a la que el legislador tendrá que adecuar su regulación para que exista una armonía entre su labor, las potestades públicas de la Administración y el principio de juridicidad, cuadro que no queda completo sin un adecuado control como fin de este proceso.

2.2. La discrecionalidad administrativa desde el punto de vista del acto administrativo.

La discrecionalidad administrativa también ha sido analizada en relación con el acto administrativo y su estructura. Una clasificación clásica de los actos administrativos es aquella que distingue entre los actos reglados y actos discrecionales. Los primeros son aquellos que ejecutan una ley o reglamento o bien, se encuentran subordinados a determinados preceptos o normas de legislación positiva desde un punto de vista amplio. El acto discrecional por su parte, se dictará en función de administrar el Estado sin entrar necesariamente a ejecutar una norma preestablecida ni a subordinarse a ellas¹²¹. No obstante esta

¹²⁰ SOTO KLOSS, E., *"Derecho Administrativo, Bases Fundamentales..."*, op. cit., pp. 59-60

¹²¹ SILVA CIMMA, E., *"Derecho administrativo chileno y comparado, Actos..."*, op. cit., p. 65

tradicional clasificación, se encuentra asumido por la doctrina administrativa en general, que los actos administrativos reglados o discrecionales no existen como unidades categóricas que representen absolutamente una y otra característica sino que los actos administrativos son siempre reglados y discrecionales de forma simultánea siendo lo correcto “referirse a poderes discrecionales en actos administrativos que son, en todo lo demás reglados”¹²².

Ahora bien, se ha señalado que el acto administrativo tiene supuestos y elementos en los que podría existir discrecionalidad y otros en los que simplemente esta no tiene cabida. Como supuestos del acto administrativo se encuentran la investidura regular de la autoridad respectiva, su actuación dentro de la competencia que le ha fijado el Ordenamiento jurídico y el cumplimiento de la forma que prescribe la ley, supuestos reglados sin los cuales el acto no puede existir y respecto de los cuales no puede concebirse la discrecionalidad. Desde el punto de vista de los elementos del acto administrativo se encuentra el motivo, la causa, el fin, el procedimiento y el objeto, sin estos elementos el acto sería nulo pudiendo existir discrecionalidad sólo en el objeto, que es la decisión elegida entre las varias posibles que haya dado el legislador¹²³.

Silva Cimma, profundiza aún más en este tema y señala que en la formación de la voluntad administrativa, la cual se manifestará finalmente en el acto administrativo que contendrá la decisión escogida, es posible distinguir también la discrecionalidad en sus tres etapas: en la determinación de la voluntad administrativa, en la declaración de la misma y finalmente en su ejecución. Podrá ser reglado el acto en cuanto a la determinación de la voluntad y discrecional en la etapa declarativa y ejecutiva, así pone como ejemplo una concesión de un bien nacional de uso público a favor de un particular. Aquí el Presidente de la República es libre para determinar su voluntad en orden a conceder o no el bien de que se trata, pero una vez que toma la decisión, tanto la declaración como la

¹²² CEA EGAÑA, J., “*Hermenéutica constitucional, soberanía legal...*”, op. cit., p. 12; En este mismo sentido BERMÚDEZ SOTO, J., “*Derecho Administrativo general...*” op. cit., p. 142.

¹²³ CEA EGAÑA, J., “*Hermenéutica constitucional, soberanía legal...*”, op. cit., pp. 14-15

ejecución de su voluntad deberá estarse a lo que señale el procedimiento que rige esta concesión. También puede darse la situación contraria, como por ejemplo en el caso del contrato de obra pública en la que la determinación de la voluntad es reglada puesto que todos los requisitos y condiciones que se requieren para realizar el concurso se regularan y a eso deberán ceñirse los interesados y la Administración, pero cuando esta declare su voluntad podrá hacerlo a favor de la decisión que crea más favorable para los intereses del Estado (salvo norma en contrario). Luego, la ejecución de esta voluntad seguirá un procedimiento reglado que deberá ser respetado¹²⁴.

La discrecionalidad tratada desde el punto de vista de su configuración, ya sea desde la perspectiva de las potestades administrativas o bien del acto administrativo, es un punto de partida indispensable para los autores de la doctrina chilena quienes en base a ello exponen finalmente en qué nivel y hasta dónde puede ser controlado judicialmente un acto administrativo existiendo así distintas opiniones al respecto. Hay quienes han señalado que solamente los supuestos y elementos en que está permitida la discrecionalidad se encuentran al margen del control judicial, pudiendo sólo controlarse la medida adoptada o el objeto del acto administrativo en caso que no sea discrecional¹²⁵ mientras que otros han señalado que existe un núcleo de la discrecionalidad donde este control judicial no cabe a menos que el objeto del juicio fueran derechos subjetivos lesionados en virtud de esta discrecionalidad¹²⁶.

2.3. La discrecionalidad administrativa desde el punto de vista de la estructura normativa

La ubicación de la discrecionalidad administrativa en la estructura de la norma jurídica ha sido un gran tema en el Derecho comparado. Sin embargo, en el Derecho chileno como ya hemos expuesto, el análisis de la discrecionalidad

¹²⁴ SILVA CIMMA, E., "*Derecho administrativo chileno y comparado, Actos...*", op. cit., pp. 66-67.

¹²⁵ CALDERA DELGADO, H., "*Tratado de Derecho Administrativo, v.1...*", op. cit., p. 15.

¹²⁶ MORAGA KLENNER, C., "*Tratado de Derecho administrativo, La actividad formal...*", op. cit., p. 36.

administrativa se ha centrado desde el punto de vista de la configuración de las potestades administrativas y del acto administrativo siendo el enfoque de la estructura normativa más lejano a nuestra realidad jurídica. No obstante, y de forma reciente es posible encontrar algunas referencias a esta perspectiva¹²⁷.

Al respecto, se ha señalado que el origen de la potestad administrativa se encontraría en una “remisión normativa consciente” siendo su existencia “el resultado de una decisión meditada”¹²⁸. Partiendo de la estructura lógica interna que compone una norma jurídica se ha distinguido entre el supuesto de hecho del caso o conducta y la consecuencia jurídica que se aplica a dicho supuesto de hecho, pudiendo este último ser perfecto o imperfecto según esté o no configurado con una intensa programación normativa. La consecuencia jurídica por su parte puede encontrarse completamente determinada o puede que se le permita al operador del derecho optar entre dos o más consecuencias jurídicas igualmente validas pudiendo operar la discrecionalidad administrativa en distintas formas, en ambos elementos de la norma jurídica¹²⁹. La denominada discrecionalidad de actuación operaría en el supuesto de hecho de la norma administrativa pues en virtud del carácter, contenido y condición de aplicación de la norma más el componente de autoridad, el agente podrá analizar si actúa o no. La discrecionalidad administrativa de elección operará en mayor medida en la parte de la norma que establece la consecuencia jurídica del supuesto de hecho pues además de los elementos mencionados anteriormente, aquí la norma contemplará una sanción, que es en definitiva las opciones alternativas o facultativas que se le ofrecen al órgano para su acción¹³⁰.

La discrecionalidad desde el punto de vista de la estructura normativa permite que el estudio de esta materia se abra a nuevos aspectos que se

¹²⁷ CARRASCO FUENTES, P., Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa, Revista de Derecho Público, vol. 77, año 2012; También SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R., Discrecionalidad administrativa, Abeledo Perrot- Legal publishing Chile, 2011, pp. 16 y ss., El autor recoge la discusión que ha tenido lugar en el Derecho español en relación con esta materia.

¹²⁸ CARRASCO FUENTES, P., “Elementos básicos de la arquitectura...”, op. cit., p. 70.

¹²⁹ CARRASCO FUENTES, P., “Elementos básicos de la arquitectura...”, op. cit., p. 71.

¹³⁰ CARRASCO FUENTES, P., “Elementos básicos de la arquitectura...”, op. cit., pp.74-75, en este punto el autor sigue a VON WRITGH, G., Norma y acción, una investigación lógica, Tecnos, 1970.

encuentran estrechamente relacionados con la misma como son los conceptos jurídicos indeterminados así como el lenguaje de tipo técnico que puede estar presente en el supuesto de hecho de la norma, a los que nos referimos en páginas anteriores. Esto permite enriquecer el debate con nuevos elementos y también razonamientos que pueden resultar de utilidad a la hora de resolver problemas jurídicos existentes o que pueden surgir. Sin embargo, consideramos que el estudio de estos razonamientos debe realizarse con mayor profundidad pues su introducción a los debates jurídicos puede resultar más perjudicial que ventajoso si se desconocen los aspectos inherentes a los mismos o que han dado lugar a conflictos superados en los Ordenamientos jurídicos de origen. En este sentido, también resulta vital para la salud de nuestro Derecho preguntarse en qué medida puede ser útil acudir a nuevos planteamientos configurativos de la discrecionalidad y si a través de los mismos podemos dar solución a los problemas que vaya ocasionado la existencia de la discrecionalidad en el aparato administrativo así como en la labor que posteriormente debe llevar a cabo el juez. En definitiva, ¿cuáles son las proyecciones para el Derecho chileno en este sentido? Todas estas son interrogantes que merecen ser despejadas a la luz de su origen.

3. Fundamentos de la discrecionalidad administrativa

La discrecionalidad en manos de la Administración Pública es a menudo cuestionada por el riesgo que representa una libertad de este tipo en el seno de la autoridad. El miedo, la desconfianza y la resistencia aparecen como primer reflejo de la sociedad frente a este tipo de potestades, como si en la consciencia del colectivo aún quedaran vestigios de épocas en que el poder del Monarca se expresaba en términos absolutos y en donde el ejercicio de este poder no conocía ni de límites ni de fundamentos razonables o de común utilidad. A esto es lo que temen los ciudadanos hoy, a un poder desbordado, al uso indebido del mismo, a la transformación de un poder legítimo en ilegítimo, a la discrecionalidad convertida en arbitrariedad, a la arbitrariedad en todas sus manifestaciones.

La discrecionalidad como ya hemos señalado, se relaciona con la arbitrariedad pues se señala que es en los poderes discrecionales en donde existe mayor riesgo de que pueda nacer una voluntad que responda sólo al mero arbitrio o capricho de su autor, en virtud de este margen de libertad del cual dispone el administrador. No obstante ser este el lugar propicio para que pueda surgir, no significa que sea el único, pues también podría tener lugar la arbitrariedad en ejercicio de facultades regladas cuando se dictan actos con un objetivo intrínseco distinto a la finalidad querida por la norma que habilitó a la autoridad, configurándose con ello una desviación de poder. La ausencia de fundamentación es lo que caracteriza a un actuar arbitrario y lo que distingue principalmente la arbitrariedad de la discrecionalidad pero el ejercicio de un poder cuya manifestación en un acto administrativo esté adecuadamente justificado y alineado con las razones que lo fundamentan no debería porque ser temido ni resistido. De la misma manera, la discrecionalidad entendida como un margen de libertad otorgado por el legislador al poder administrador obedece a una serie de razones que tienen por objetivo último llevar a cabo la mejor administración que sea posible del territorio nacional, regional y local y de todo lo que concierne a este, especialmente de los ciudadanos.

La discrecionalidad por tanto, cumple una función dentro de nuestro sistema jurídico, es un medio para alcanzar un fin, a diferencia de la arbitrariedad que es un fin en sí mismo y solo se sirve a sí misma y a quien haga uso de ella. La discrecionalidad dentro del Ordenamiento jurídico, atiende por tanto a una finalidad existiendo motivos y fundamentos que justifican su existencia en el poder de la Administración del Estado siendo los principales los siguientes:

3.1. El bien común

Como señalamos en el apartado primero, los poderes jurídicos y más específicamente, las potestades administrativas son conferidos a la Administración para cumplir con el fin último asignado por el constituyente al Estado. Si bien la Carta Fundamental chilena de 1833 perseguía ante todo la

mantención del orden público y bajo la vigencia de la Constitución de 1925, a partir sobre todo con las modificaciones de 1943 y 1970 se enfocaba a la prestación de servicios¹³¹, la Constitución actual en su art. 1 establece directamente que el Estado está al servicio de la persona humana y su objetivo final es lograr el bien común y reitera ese mandato especialmente en relación con la Administración en el art. 3 LBGAE.

De esta forma, el bien común aparece como el interés general más amplio que el Estado chileno busca alcanzar y que en dichos términos aparece comprensivo de cada uno de los intereses públicos específicos que le interesan a la comunidad¹³². Esta finalidad de satisfacción del bien común debe estar presente en todas las potestades públicas incluidas las potestades discrecionales en donde adquiere mayor relevancia su observancia y realización pues en ejercicio de estas la autoridad puede con mayor facilidad dirigir su actuar a un fin que le reporte beneficios particulares o privados y que nada tenga que ver con la concreción del bien común. El riesgo aparece porque en estos casos los intereses generales a alcanzar no se encuentran determinados de forma concreta y específica por el legislador sino que dicha labor le corresponderá al órgano administrativo¹³³, momento en el que pueden desvirtuarse los objetivos que fundamentan su actuar.

La justificación de la discrecionalidad administrativa exige por tanto que la autoridad administrativa esté “a la realización de los fines y valores fundamentales del ordenamiento expresados en las bases de la institucionalidad de la constitución capítulo 1”¹³⁴, lo que conlleva a considerar no sólo el bien común y el respeto de la persona humana, sino el principio democrático, los pilares en los que descansa el Estado de Derecho chileno y con ello la exclusión de cualquier ejercicio arbitrario del poder público.

¹³¹ GUZMÁN SUAREZ, L., El control de la discrecionalidad administrativa en Chile, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago, 2001, p. 3.

¹³² FERRADA BORQUEZ J., “Las potestades públicas de la Administración del Estado...”, op. cit., p. 120.

¹³³ SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R., “Discrecionalidad administrativa...”, op. cit., p. 44.

¹³⁴ CAMACHO CEPEDA, Gladys, La discrecionalidad administrativa en tela de juicio: notas para un reexamen de la cuestión, Revista Gaceta Jurídica, n° 24, 1990, p. 11

Por tanto el bien común además de ser el fundamento de las potestades administrativas constituye sobre todo el fundamento de discrecionalidad que puede ejercer la Administración pues para que el Estado pueda cumplir con el interés general debe desarrollar una serie de mecanismos que le permitan satisfacer las necesidades concretas de los ciudadanos y actores que intervienen en la sociedad y que se encuentran en una relación incesante. Estas interrelaciones así como las distintas áreas en las que se desarrollan, se traducen en realidades complejas y constantes cambios que exigen que la Administración sea capaz de captar y también de participar de ellos. Será esta Administración la que en sus distintos niveles, sobre todo en aquellos que se encuentran en un contacto directo y diario con el ciudadano, que permitirá al Estado ser parte y estar al tanto de las necesidades y problemas concretos de la ciudadanía, aspecto crucial a la hora de tomar las mejores decisiones en favor de esta. Para ello, las potestades discrecionales cumplen un rol fundamental pues en virtud del margen de flexibilidad de la que goza la autoridad administrativa correspondiente, esta puede adoptar la decisión que crea más adecuada, la que eventualmente puede variar de un tiempo a otro según la coyuntura social, económica o política que se esté viviendo, siendo más fácil la posibilidad de reacción y adaptación a un determinado e imprevisto suceso.

3.2. La ley, norma general y abstracta.

Estrechamente relacionado con lo anterior encontramos que en la tarea de cumplir con el bien común, la ley como instrumento habilitador de la Administración no da a basto por sí sola para permitirle a esta a través de potestades regladas administrar todo el abanico de realidades que puedan presentarse y deban ser administradas correctamente. La ley “está llamada a regular diversos hechos pero de forma general y abstracta”¹³⁵, siendo muy difícil que pueda regular a priori, de forma detallada y pormenorizada cada una de las situaciones que pueden tener lugar en la vida cotidiana prescindiendo de la

¹³⁵ SALINAS BRUZZONE, C., “¿Legalidad en entredicho? Comentarios...”, *op. cit.*, p. 626.

discrecionalidad que se otorga a la Administración. Esto es fácilmente observable en los ámbitos donde priman criterios técnicos o científicos, tales como medio ambiente, urbanismo, sector eléctrico, etc., cuyos conocimientos y tecnicismos no están comúnmente presentes en los legisladores y también en aquellas áreas que tienen un marcado tinte político¹³⁶.

En este sentido se ha señalado que la discrecionalidad responde a una necesidad que es la de administrar pues la actividad discrecional “es el complemento necesario que en un Estado moderno debe entregársele al Supremo administrador a fin de que en su acción deje de ser simplemente un mero ejecutor de la ley para transformarse en un administrador integral”¹³⁷, sin que ello signifique atribuirse poderes no otorgados previamente. En esta tarea sería la Constitución la que restringiría la actividad legislativa al establecimiento de las bases del Ordenamiento jurídico¹³⁸, y posteriormente sería el legislador el que renunciaría a una regulación estricta consciente de que el órgano administrativo se encuentra más directamente vinculado a la realidad¹³⁹.

Este alcance genérico en la configuración de la ley se expresa por ejemplo con el establecimiento de la potestad reglamentaria la que se convierte en un instrumento indispensable para que se puedan abarcar por el Ordenamiento jurídico situaciones fácticas difíciles de alcanzar siendo a través de los reglamentos la forma idónea de prever al detalle áreas más específicas¹⁴⁰. Lo anterior expresa la nueva configuración de la ley dentro del ordenamiento constitucional como consecuencia de la pérdida de centralidad en el Parlamento pues el jerarca administrativo también concurre a la formación de la ley

¹³⁶ MORAGA KLENNER, C., “*Tratado de Derecho administrativo, La actividad formal...*”, op. cit., p. 35.

¹³⁷ SILVA CIMMA, E., “*Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción...*”, op. cit., p. 119.

¹³⁸ MORAGA KLENNER, C., “*Tratado de Derecho administrativo, La actividad formal...*”, op. cit., p. 35.

¹³⁹ SALINAS BRUZZONE, C., “*¿Legalidad en entredicho? Comentarios...*”, op. cit., p. 627.

¹⁴⁰ SILVA CIMMA, E., “*Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción...*”, op. cit., p. 119.

convirtiéndose esta en un instrumento de la vida social más o menos importante pero no exclusiva¹⁴¹.

De esta forma, la ley presenta una desventaja en cuanto a su naturaleza que es una realidad constituyendo la discrecionalidad administrativa un mecanismo eficaz que permite a los órganos administrativos adaptarse y llegar a aquellos ámbitos que la ley no puede regular con total detalle, tal como lo reconoce la doctrina al señalar que “en la actualidad de ha desperfilado el fin último de la norma legal...pretendiendo regular el quehacer cotidiano con un inquietante detalle, desgastando y destinando esfuerzos a algo que puede ser salvaguardo con un adecuado ejercicio de las potestades discrecionales”¹⁴².

3.3. La discrecionalidad como técnica de interpretación

Finalmente encontramos en la doctrina chilena como fundamento de la discrecionalidad administrativa la labor interpretativa o integradora que esta desempeñaría al momento de enfrentarse la autoridad a una norma jurídica que le otorga potestades discrecionales. Así, se ha señalado que el constituyente o legislador ha instituido deliberadamente la discrecionalidad para integrar supuestos de hecho, imperfectos o secuencias jurídicas que pudieran adolecer de errores, imprecisiones, vaguedad o vacíos en su formulación. Aquí la Administración no solo aplicaría el derecho sino que también lo crearía¹⁴³ y por ello no habría inconveniente en que la discrecionalidad fuese una actividad controlada y controlable por los tribunales¹⁴⁴.

¹⁴¹ CAMACHO CEPEDA, G., “*La discrecionalidad administrativa en tela de juicio...*”, op. cit., pp. 15-16. En torno a este punto se ha presentado tanto en la doctrina como jurisprudencia chilena un problema en cuanto a determinar el límite en el campo de acción entre la ley y la potestad reglamentaria. Si bien se está al tanto y se reconoce abiertamente la desventaja que presenta la ley en cuanto a su amplitud y alcance, se señala que existiría resistencia por una parte de la doctrina chilena para aceptar que la Administración pueda en determinados ámbitos ser el locus de la creación de la regla aplicable lo que respondería a una desconfianza que sería inaceptable en el marco de un sistema democrático en donde el poder público está legitimado por el propio sistema.

¹⁴² SALINAS BRUZZONE, C., “*¿Legalidad en entredicho? Comentarios...*”, op. cit., p. 633.

¹⁴³ CARRASCO FUENTES, P., “*Elementos básicos de la arquitectura normativa...*”, op. cit., p. 72

¹⁴⁴ CEA EGAÑA, J., “*Hereméutica constitucional, soberanía legal...*”, op. cit., p. 12.

Ahora bien, para otros más que un fundamento de la discrecionalidad, esta conlleva una interpretación que se manifiesta cuando la autoridad administrativa debe enfrentarse a la norma jurídica que le habilita para actuar con cierta discrecionalidad pues deberá develar el sentido y alcance de la misma por la equívocidad del lenguaje debiendo determinar los elementos reglados y discrecionales. Una vez realizada esta labor, el siguiente paso será ejercer dicha discrecionalidad de forma adecuada¹⁴⁵.

Como puede observarse, varias son las razones que justifican la existencia de la discrecionalidad en las potestades otorgadas a los órganos que conforman la Administración del Estado. En este contexto se ha señalado que prescindir de dicha discrecionalidad traería consigo la rigidez y paralización del aparato administrativo¹⁴⁶ a la hora de satisfacer las necesidades concretas de la ciudadanía y atender al bien común. Por otra parte, se podría señalar que eliminar la discrecionalidad administrativa del sistema jurídico disminuiría el número de situaciones que pueden devengar en arbitrarias, en desviaciones de poder o en abusos del mismo, no obstante, ¿se eliminaría este riesgo por completo? A nuestro juicio no, pues aún sin discrecionalidad en la vida administrativa, mientras no existan límites precisos y claramente establecidos al poder de la autoridad o un adecuado control de su ejercicio, siempre existirá el riesgo de que el poder público sea utilizado de forma indebida.

4. Límites de la discrecionalidad administrativa

La discrecionalidad administrativa configurada de manera correcta por el legislador permitirá que el administrador pueda desempeñar su cometido y alcanzar el bien común de una manera eficaz pudiendo adaptarse fácilmente a la realidad regulando distintas situaciones concretas. Ahora bien, para que el proceso sea correcto, es necesario el establecimiento a priori de un marco preciso

¹⁴⁵ SALINAS BRUZZONE, C., “¿Legalidad en entredicho? Comentarios...”, op. cit., p. 629.

¹⁴⁶ PIERRY ARRAU, P., “El control de la discrecionalidad administrativa...”, op. cit., p. 479.

dentro del cual sea posible encontrar las reglas que delimitarán el ejercicio de las potestades discrecionales, y así contribuir junto a un adecuado control de las mismas, a contener estos amplios poderes que se encontrarán en manos de la autoridad.

Como hemos tenido la oportunidad de señalar, en el Derecho chileno la discrecionalidad administrativa ha sido reconocida como un elemento o fenómeno que se encuentra dentro de la legalidad y no fuera de ella, por tanto, encontramos que estas reglas y límites de la discrecionalidad surgen de la misma ley que otorga la potestad pero en virtud del principio de juridicidad lo hacen además del Ordenamiento jurídico en general. De esta forma es posible encontrar una serie de límites en el Ordenamiento jurídico chileno a la discrecionalidad administrativa.

4.1. Los principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho son directrices que informan todos los Ordenamientos jurídicos pero sobre todo son Derecho “pues conllevan la idea de un criterio de actuación jurídicamente lícita” y “representan los elementos que sirven de nexo para entrelazar las distintas figuras jurídicas permitiendo su conceptualización dentro de un todo orgánico que responde a una misma razón lógica”¹⁴⁷. La protección de los valores jurídicos que representan, reflejan la evolución de un sistema jurídico y social por lo que su consideración en la vida jurídica tiene una alta relevancia la cual reside en que “sirven de clave interpretativa de las normas constitucionales fijando así el fundamento y límites de las leyes, de la aplicación administrativa de estas con subordinación aquellos y de la heterotutela judicial sobre los actos reglados y discrecionales de la administración”¹⁴⁸.

El legislador ha reafirmado la importancia que los principios generales del Derecho representan como directrices en el ejercicio del poder de la autoridad y

¹⁴⁷ ALCALDE RODRÍGUEZ, E., *Los principios generales del Derecho. Su función y garantía en el derecho público y privado chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003, pp. 52-53.

¹⁴⁸ CEA EGAÑA, J., *“Hermenéutica constitucional, soberanía legal...”*, op. cit., pp. 7-8.

de esta manera ha introducido en el art. 3 inc. 2° LBGAE, una serie de principios a cuya observancia se encuentra obligada la Administración:

“La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes”.

En este sentido, la Administración en toda la actividad que desarrolla no puede desatender la obligación que le impone el legislador de desplegar su actividad conforme a los principios generales del Derecho los que corresponderán no sólo a los aludidos en dicho precepto sino que a todos los que el Derecho chileno reconozca conforme a su Ordenamiento jurídico, ello en virtud del principio de juridicidad. Esto cobra un particular sentido tratándose del ejercicio de potestades discrecionales pues existen una serie de principios básicos que se encuentran en torno a esta figura más allá de los expresamente reconocidos por el legislador y la jurisprudencia, que la doctrina ha dejado de manifiesto destacando su importancia como irrefutables límites al ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

a) El principio de legalidad y juridicidad

El principio de legalidad o juridicidad se encuentra establecido en el art. 6 CPR. Como ya tuvimos oportunidad de señalar en el apartado I, el ejercicio de la discrecionalidad administrativa debe enmarcarse dentro del principio de juridicidad, pues en su ejercicio debe respetarse todo el Ordenamiento jurídico

siendo la norma atributiva de potestades discrecionales¹⁴⁹ sólo el primer límite de las mismas.

b) La prudencia gubernativa

Para Soto Kloss discrecionalidad es sinónimo de prudencialidad y esta no sería sino una virtud formalmente intelectual pero también moral. Es una virtud propia del que gobierna¹⁵⁰. Falta prudencia gubernativa cuando el funcionario actúa con una finalidad personal, con la finalidad de beneficiar a un tercero o con la finalidad de beneficiar a la Administración pero por un fin distinto al bien común¹⁵¹.

c) Los principios de probidad, transparencia y publicidad

Estos principios se encuentran reconocidos por el constituyente en las bases de la institucionalidad del Texto fundamental en su art. 8¹⁵². En este sentido se ha señalado que desde el 2005, fecha de su modificación, este precepto consagraría

¹⁴⁹ SILVA CIMMA, E., “Derecho administrativo chileno y comparado: actos...”, op. cit., p. 69. En este sentido cabe señalar que para el autor, la atribución de potestades discrecionales ya sea por mandato constitucional o legal puede quedar a su vez nuevamente delimitada por otras expresiones normativas como sería en el caso de los reglamentos o resoluciones y en virtud de la cual la propia autoridad restringe la discrecionalidad administrativa que se le ha entregado utilizando para ello la facultad de dictar reglamentos y normar al detalle situaciones que sólo se encuentran estipuladas en textos legales pero de forma muy general. Por ello es que señala que la potestad reglamentaria puede representar “una válvula de contención de las potestades ampliamente discrecionales”.

¹⁵⁰ SOTO KLOSS, E., “Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...”, op. cit., p. 377.

¹⁵¹ ALARCÓN JAÑA, P., Discrecionalidad administrativa, Un estudio de la jurisprudencia chilena, Editorial Jurídica Conosur LTDA. Santiago, 2000, p. 30

¹⁵² Artículo 8º.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.

Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

la tercera regla de oro del Derecho público chileno pues junto al principio de separación de poderes y a los límites de las potestades constitucionales de los mismos, el establecimiento de estos principios otorgarían una garantía frente a la corrupción y una herramienta de control por parte de la propia ciudadanía¹⁵³.

La consagración conjunta de estos principios obedece a la relación que existe entre los mismos pues la plena operatividad del principio de probidad depende de la transparencia previa que permitirá determinar y conocer la forma en qué han estado actuando los órganos administrativos por lo que “la transparencia es lógica y cronológicamente prioritaria con respecto a la probidad”¹⁵⁴.

En el art. 3 LBGAE el legislador señala a ambos principios como aquellos que deben ser observados por la Administración. Tratándose del principio de transparencia o publicidad el legislador lo ha desarrollado y regulado en la ley 20.285 del año 2008 sobre acceso a la información pública. Respecto del principio de probidad, se ha querido recalcar su importancia como quizás, el principio más trascendental que rige la actividad administrativa. Para ello y producto de una modificación en 1999 a la LBGAE, se introdujo en esta el Título III denominado “de la probidad administrativa”. De acuerdo al art. 54 inc. 2° de este cuerpo legal “*el principio de probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular*”. Esta normativa según se ha reconocido, “representa un paso trascendental y un factor de control y responsabilidad importantes”¹⁵⁵ pues su consagración no ha sido sólo en términos formales sino que se contemplan responsabilidades y sanciones en la misma norma legal en caso de inobservancia del principio en el ejercicio de potestades públicas. De esta forma, existe otro importante límite del cual tanto funcionarios como autoridades que forman parte del aparato administrativo son conscientes y deben tener en cuenta en su actuar pues además

¹⁵³ CEA EGAÑA, J., Tercera regla de oro del Derecho Público, Revista de Derecho y Ciencias Penales n° 13, 2009, pp. 30-31.

¹⁵⁴ CEA EGAÑA, J., “Tercera regla de oro del Derecho Público...”, op. cit., pp. 30-31.

¹⁵⁵ SALINAS BRUZZONE, C., “¿Legalidad en entredicho? Comentarios...”, op. cit., p. 630.

de la consagración legal de la probidad en dichos términos, se ha desarrollado una intensa actividad de difusión y capacitación en torno a él con el objeto de que pueda tener la mayor observancia posible dentro de la Administración del Estado.

d) El principio de razonabilidad

Se ha señalado que la razonabilidad es un concepto que presenta por un lado dificultad de precisión y exactitud, pero por otro, posee un contenido “rico y mudable”¹⁵⁶, esto último porque la razonabilidad en su aspecto subjetivo, inspira un proceso de interpretación en el que deben ser tenidas en cuenta las circunstancias del caso y por ello se reconoce que la razonabilidad responde a “lo justo y equitativo, lo conforme con la Constitución, según las condiciones de persona, tiempo, modo y lugar y en función de todos los valores que, en un orden jerárquico, integran el plexo axiológico del orden jurídico”¹⁵⁷. Pero además, la razonabilidad excluye las diferenciaciones arbitrarias, exigiéndose que en casos similares sean aplicadas las mismas reglas o criterios y busca la proporcionalidad entre la ley y el ámbito de los derechos de los particulares que puedan resultar afectados¹⁵⁸.

En este sentido la razonabilidad constituye un importante freno al actuar administrativo pues en una aplicación más amplia, la Administración como poder público debe ser razonable, lo que significa dentro de un Estado servicial y de Derecho como el que consagra la Constitución Política “que no es admisible que las decisiones de la autoridad pública, en particular la administrativa, se sostengan sólo bajo la cobertura de la autoridad de una disposición legal que la habilite”¹⁵⁹. Esto se traduce a la vinculación entre razonabilidad y exigencia de motivación de las actuaciones administrativas, es decir, de considerar y expresar los antecedentes de hecho y de derecho que determinan el asunto de que se

¹⁵⁶ HARO, R., La razonabilidad y las funciones de control, Revista Iur et Praxis, Universidad de Talca, año 7, n°2, 2001, p. 181.

¹⁵⁷ HARO, R., “La razonabilidad y las funciones de control...”, op. cit., p. 182.

¹⁵⁸ HARO, R., “La razonabilidad y las funciones de control...”, op. cit., pp. 183-184.

¹⁵⁹ CAMACHO CEPEDA, Gladys, Tratado de Derecho Administrativo, La actividad sustancial de la Administración, V.4, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 48.

trata¹⁶⁰. La razonabilidad en este sentido actúa como límite de la discrecionalidad administrativa y del poder público en general pues a través de la motivación expresada por la autoridad para justificar una decisión, es posible conocer cómo la Administración hace uso de la autoridad, de las potestades que le otorga el Ordenamiento jurídico¹⁶¹ y sobre todo de sus razonamientos y medidas adoptadas.

e) El principio de proporcionalidad

Proporcionalidad significa conformidad o proporción de una de las partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí¹⁶². En materia de Derecho el todo sería el Ordenamiento jurídico y conforme a este debería ser la decisión adoptada por la autoridad en ejercicio de una potestad discrecional¹⁶³. El principio de proporcionalidad por su parte, puede tener aplicación por mandato directo de una norma jurídica, como ocurre en la determinación de sanciones, o en caso contrario por ausencia de norma, actuando en este caso como un principio general informador de la actuación administrativa¹⁶⁴. En este sentido el principio de proporcionalidad busca “la existencia de un equilibrio o adecuación entre los medios y los fines que se persiguen mediante la decisión administrativa y cuya finalidad en definitiva es que la Administración no adopte una decisión desproporcionada, inadecuada, excesivamente gravosa y por tanto arbitraria”¹⁶⁵. En su faceta tridimensional, como compuesto a su vez del principio de adecuación al fin, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se ha señalado que la aplicación del principio de proporcionalidad ocurriría de forma escalonada no pudiendo pasar a la revisión del segundo aspecto del mismo sin

¹⁶⁰ ALARCÓN JAÑA, Pablo, *“Discrecionalidad administrativa, Un estudio de la jurisprudencia...”*, op. cit., p. 28.

¹⁶¹ CAMACHO CEPEDA, Gladys, *“Tratado de Derecho Administrativo, La actividad sustancial...”*, op. cit., p. 49.

¹⁶² Diccionario de la Real Academia Española.

¹⁶³ ALARCÓN JAÑA, Pablo, *“Discrecionalidad administrativa, Un estudio de la jurisprudencia...”*, op. cit., p. 29

¹⁶⁴ SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R., *“Discrecionalidad administrativa...”*, op. cit., p. 136.

¹⁶⁵ SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R., *“Discrecionalidad administrativa...”*, op. cit., p. 135.

haberse superado el primer principio, ni al tercero sin haberse respondido de forma positiva al segundo¹⁶⁶ cuando se dicta una decisión.

Como límite de la potestad discrecional de la Administración, el principio de proporcionalidad constituye un importante freno pues la observancia de este principio por los órganos o autoridades administrativas al momento de elegir la decisión entre las varias posibilidades que ofrece el Ordenamiento jurídico, implica descartar aquellas que no se presenten como las más idóneas o proporcionadas atendidas todas las circunstancias del caso y de esta forma permite orientar a la Administración en la elección de la mejor opción.

f) Los principios de eficiencia y eficacia.

El art. 3 LBGAE obliga a la Administración a observar ambos principios y a desarrollar su función de forma continua y permanente. El art. 5 del mismo texto legal reitera dicha obligación al señalar que “*las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos...*” y el art. 55 los considera como parte de las dimensiones del interés general el cual exige entre otras cosas, “*el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz*”.

Tanto el principio de eficiencia como el de eficacia se encuentran relacionados con la responsabilidad extracontractual del Estado pues en virtud del art. 42 LBGAE la Administración será responsable por el daño que causen por “falta de servicio” expresión que la doctrina ha entendido que comprende una anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos lo que ocurrirá cuando el servicio no actuó debiendo hacerlo, cuando el servicio actuó pero de mala forma y cuando actuó tardíamente¹⁶⁷, aspecto importante a considerar por

¹⁶⁶ NOGUEIRA, H., Lineamiento de interpretación constitucional y del bloque constitucional de Derechos, Librotecnia, Santiago, 2006, p. 390-391. Cit. por SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R., “*Discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., p. 137.

¹⁶⁷ BERMÚDEZ SOTO, J., “*Derecho administrativo general...*”, op. cit., pp. 619-620.

quien tiene atribuida una potestad discrecional que le permita determinar el momento u oportunidad para ejercerla.

De esta forma estos principios constituyen unas directrices y límites para la autoridad quien aún en ejercicio de potestades discrecionales, deberá elegir entre todas las opciones jurídicamente admitidas por el Derecho, aquella solución que satisfaga de mejor manera el interés público y en el menor tiempo que sea posible.

4.2. La motivación

En el Derecho chileno se ha distinguido entre los motivos del acto administrativo y la motivación. El primero se refiere a “las condiciones y circunstancias de hecho y de Derecho que posibilitan y justifican la emisión de un acto administrativo en conformidad con el Ordenamiento jurídico” mientras que por motivación se entiende la expresión de dichos motivos de forma suficientemente explícita¹⁶⁸ entendiéndolo así también la Corte Suprema al señalar que “constituye uno de los elementos del acto administrativo la motivación del mismo, pues a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictarlo, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad”¹⁶⁹.

No cabe duda de que todo acto administrativo debe responder a un motivo o causa que le sirva de justificación o fundamento y que en caso de no existir o ser equívoco traerá consigo un vicio de abuso o exceso de poder pudiendo ser tachado el acto de arbitrario¹⁷⁰. De la misma manera lo ha reconocido la Contraloría General de la República en su jurisprudencia administrativa respecto de la discrecionalidad administrativa al señalar que el “ejercicio de potestades discrecionales, exigen especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración en orden a motivar sus actos”,

¹⁶⁸ AROSTICA MALDONADO, I., La motivación de los actos administrativos en el Derecho chileno, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Chile, Vol. 10, 1986, p. 500

¹⁶⁹ SCS de 26 de diciembre de 2012, Rol 7071/2012.

¹⁷⁰ BERMÚDEZ SOTO, J., “Derecho administrativo general...”, op. cit., pp. 149-150.

agregando además que “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 un fundamento racional, y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente”¹⁷¹, criterio que se mantiene casi intacto y al cual se agrega que la inobservancia de esta obligación legal “importaría confundir la discrecionalidad que le concede el ordenamiento jurídico con arbitrariedad”¹⁷².

Respecto de la motivación, se planteaba en la década de los ochenta la interrogante de si la expresión de los motivos del acto administrativo debía concurrir siempre o sólo cuando la propia norma habilitante lo exigiera¹⁷³. Hoy, y de acuerdo con la Ley de Bases Procedimiento administrativo que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado n°19.880 de 2003 (en adelante LBPA), la motivación es un requisito formal del acto administrativo cuando el acto, según el art. 11 inc. 2°, afectare los derechos de los particulares, limitándolos, restringiéndolos o privándolos de ello, o bien perturbando o amenazando su legítimo ejercicio, así como cuando deba resolver recursos administrativos. Sin embargo, esta exigencia de motivación no se encuentra circunscrita sólo a estos casos sino que estaría establecida de modo general en el art. 41 inc. 4° LBPA el cual señala que la resolución que pone fin al procedimiento debe ser fundada. Por ello se afirma por la doctrina que la causa o motivo es un elemento que debe expresarse en toda clase de actos administrativos pues es un elemento formal del mismo¹⁷⁴.

¹⁷¹ Dictamen de CGR de 30 de marzo del 2000 n°11158.

¹⁷² Dictamen de CGR de 16 de enero de 2013 n°3539.

¹⁷³ AROSTICA MALDONADO, I., “*La motivación de los actos administrativos...*”, op. cit., p. 500; VERGARA BLANCO, A., La motivación de los actos administrativos, La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, Conmemoración por su 75° Aniversario de vida institucional, Santiago, 2002, p. 348. Así, para el autor dicha causa o motivo sólo debía exteriorizarse en caso de revisión judicial cuando se pusiera en duda la ilegalidad o arbitrariedad del acto en cuestión.

¹⁷⁴ BERMÚDEZ SOTO, J., “*Derecho administrativo general...*”, op. cit., p. 149.

Siguiendo a Bermúdez Soto, se señala que la motivación del acto administrativo exige a la Administración Pública tener en cuenta tres importantes aspectos:

- La carga de la motivación corresponde a la Administración exigiéndole el legislador que la expresión de las razones se haga de forma sucinta o resumida sin necesidad de señalar todas las razones por las que lo hace o desarrollar las mismas de forma extensa.
- La motivación debe realizarse con referencia a los hechos y fundamentos de Derecho. Tratándose especialmente de potestades discrecionales los primeros no pueden ser modificados pues son datos objetivos que no admiten apreciaciones subjetivas en tanto que la remisión a los segundos, solo será posible de forma parcial ya que en este caso la vinculación positiva de la Administración no es absoluta, a diferencia de las potestades regladas.
- Finalmente, la Administración debe contar con razones de fondo que demuestren que la decisión no se funda en la sola voluntariedad de quien la adopta. Lo más deseable será que en la motivación se expresen las razones de toda índole que llevaran a la Administración a adoptar la medida, sin que su omisión conduzca a afirmar que no existe motivación y que por tanto el acto debe ser anulado. En este caso será la Administración la que deberá demostrar que el acto cuenta con una motivación sustantiva que justifica su actuación¹⁷⁵.

De esta forma la motivación constituye uno de los límites más importantes en la actividad administrativa pero también una garantía del actuar correcto y finalizado que la Administración se encuentra obligada a efectuar para la consecución del bien común, principal función que se le ha encomendado, señalándose que incluso radica en ella el verdadero núcleo del control judicial de los actos administrativos discrecionales¹⁷⁶.

¹⁷⁵ BERMÚDEZ SOTO, J., "*Derecho administrativo general...*", op. cit., pp. 151- 152.

¹⁷⁶ VERGARA BLANCO, A., "*La motivación de los actos administrativos...*", op. cit., p. 347.

4.3. Límites constitucionales

Finalmente, y no por ello menos importantes, se encuentran los límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa. Se ha señalado por los constitucionalistas que la normativa constitucional y los márgenes que la Constitución ha establecido para limitar el poder público demuestran el categórico rechazo que produce al Ordenamiento constitucional la posibilidad de un uso exagerado de este poder. Este rechazo se refleja en el establecimiento de barreras, limitaciones y condicionamientos que son posibles encontrar en el texto constitucional en resguardo de las libertades y derechos de los habitantes frente al peligro que podría significar un uso sin conciencia de estas potestades por parte de los órganos que conforman la Administración del Estado¹⁷⁷. En este sentido Cea Egaña nos señala que “la interpretación sistemática de todas las disposiciones constitucionales autoriza para sostener que con ellas han sido recortadas (y no eliminadas por entero porque no se puede) la soberanía legal y la discrecionalidad administrativa”¹⁷⁸.

Para conocer y abordar cuáles son los límites a la discrecionalidad administrativa establecidos en la Carta Fundamental, seguiremos principalmente en este punto el esquema que realiza Caldera. Empezando por el Principio de legalidad y juridicidad al que ya nos hemos referido, estos límites constitucionales serían los siguientes:

- a) Requisitos constitucionales para la actuación válida de los órganos de la Administración del Estado, establecidos en el art. 7 inc. 1º CPR¹⁷⁹.

¹⁷⁷ CALDERA DELGADO, H., “*Tratado de Derecho Administrativo, v.1...*”, op. cit., p. 115. Este objetivo se extendería no sólo a los órganos de la Administración del Estado sino que también al ejercicio de la potestad legislativa regulada en el art. 63 de la Constitución que establece cuáles son las materias de ley.

¹⁷⁸ CEA EGAÑA, J., “*Hermenéutica constitucional, soberanía legal...*”, op. cit., p. 10.

¹⁷⁹ Recordemos que el art. 7 inc. 1º CPR establece que: Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

La competencia, entendida como la aptitud o facultad de obrar de los diferentes órganos de la Administración¹⁸⁰ y que la ley otorga para que estos puedan actuar y cumplir con los fines que se le han encomendado, constituye un límite directo a la discrecionalidad administrativa de la autoridad pues se configura como un marco que establece de forma precisa y clara cuales son los márgenes que delimitarán la actuación de esta. Para que dichas actuaciones tengan validez, el texto constitucional subordina la actuación de la Administración a ciertos requisitos entre los que están: que actúe dentro de su competencia, en la forma que prescribe la ley y la previa investidura regular del agente, autoridad o funcionario, la cual debe reunir los siguientes requisitos de forma copulativa:

- La investidura debe ser previa al ejercicio de la competencia.
- Debe ser regular, es decir, instalado en el puesto para ejercer dicha competencia, conforme a las normas previstas, constitucionales, legales o reglamentarias.
- El órgano solo debe actuar cuando se den los motivos jurídicos y fácticos descritos en la competencia, todo ello según se trate de una potestad ligada o discrecional.
- Que el objeto del acto sea la consecuencia o el efecto lógico directo y razonable de los motivos invocados en el acto.
- Que la finalidad hacia la cual se orienta el acto coincida realmente con la contenida en la competencia, es decir, que el fin específico del acto sea coincidente con el fin genérico del bien común (si no se incurre en responsabilidad y nulidad).
- El acto debe cumplir integralmente con los términos señalados en el procedimiento que lo regula de acuerdo a la Constitución, la ley y el reglamento.

¹⁸⁰ SILVA CIMMA, E., "*Derecho administrativo chileno y comparado, Actos...*", op. cit., p. 47

- Que los efectos o consecuencias del acto, respeten efectiva e integralmente la esencia de las libertades y derechos de las personas que la Constitución asegura¹⁸¹.

- b) Otras barreras de protección establecidas por la Constitución son aquellas que dicen relación con los derechos y libertades de las personas¹⁸² y se encuentran señaladas en el art. 1 inc. 4° que se refiere a los deberes del Estado¹⁸³; art. 5 inc. final¹⁸⁴ que establece como límite de la soberanía los derechos esenciales de la persona humana; art. 19 n°24 inc. 3° que se refiere a las condiciones para que el derecho de propiedad pueda ser privado o limitado por ley¹⁸⁵; y finalmente el art. 19 n°26 que establece una cláusula general y final de limitaciones a los derechos reconocidos por la Constitución¹⁸⁶.

- c) Finalmente, a estos límites hay que agregar los que dicen relación con los controles preventivos y represivos establecidos en la Constitución como veremos a continuación.

Como puede observarse, varias son las limitantes contempladas en el Ordenamiento jurídico para restringir el poder que ejerce la autoridad. Estas barreras son trascendentales no tan sólo para afirmar la existencia de un Estado

¹⁸¹ CALDERA DELGADO, H., *“Tratado de Derecho Administrativo, v.1...”*, op. cit., pp. 110-111.

¹⁸² CALDERA DELGADO, H., *“Tratado de Derecho Administrativo, v.1...”*, op. cit., p. 115.

¹⁸³ Art. 1 inc. 4°: Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, 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.

¹⁸⁴ Art. 5 inc. final: El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

¹⁸⁵ Art. 19 n°24 inc. tercero: Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.

¹⁸⁶ La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

de Derecho sino que también para mantenerlo y alejar del aparato administrativo practicas indebidas o la mala utilización del poder público amparado en potestades discrecionales. El establecimiento de estas medidas, así como su conocimiento por parte de quienes forman el aparato administrativo, constituyen un buen instrumento que le permite al Estado, a través de su Administración, cumplir con los fines que le han sido asignados y sobre todo con el bien común.

Una discrecionalidad administrativa sin límites representa uno de los mayores problemas que el poder público moderno podría enfrentar, sobre todo si nos referimos a los instrumentos de control, pues la ausencia de estos sería la mayor enfermedad de un Estado democrático en el siglo XXI.

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Para que el Estado de Derecho cobre real existencia, no basta el solo establecimiento del principio de legalidad o juridicidad sino que es necesario e imprescindible que se contemplen por el sistema jurídico los mecanismos de control adecuados en virtud de los cuales pueda ser examinado todo ejercicio de poder público, cualquiera sea la forma en que este se exprese. Las potestades discrecionales, como manifestación de dicho poder no pueden significar en caso alguno una excepción a esta regla, pues el amplio margen de libertad que estas representan debe ser constantemente controlado especialmente para apartar de la Administración eventuales arbitrariedades derivadas del uso incorrecto de estas facultades así como posibles inmunidades de actuaciones realizadas bajo el amparo de estas.

En este sentido, el control de la discrecionalidad administrativa, que tradicionalmente suele centrarse en el ejercicio de las potestades discrecionales, debe extenderse también a la forma en cómo estas han sido configuradas y atribuidas por los órganos correspondientes pues este también es un aspecto trascendental para evitar que con posterioridad se produzcan actuaciones arbitrarias que desborden el bien común o la esferas de los derechos y garantías ciudadanas. Así, el establecimiento de los medios y de las técnicas adecuadas de control que permitan examinar tanto la atribución como el ejercicio de potestades discrecionales es indispensable para que la discrecionalidad sea una eficaz herramienta en manos de la autoridad y no un problema.

En el Derecho chileno los mecanismos de control así como los sujetos encargados de llevarlo a cabo se encuentran establecidos en la Carta Fundamental. Al Tribunal Constitucional le corresponde el control de los preceptos legales que otorgan atribuciones a los poderes públicos estando bajo su jurisdicción también, de acuerdo al art. 93 CPR, el control de constitucionalidad de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República en virtud

de la cual pueden otorgarse otras potestades discrecionales. De esta forma, se señala que el control de la atribución de potestades discrecionales legales y reglamentarias es de competencia del Tribunal Constitucional¹⁸⁷.

Respecto del ejercicio de potestades discrecionales, destaca el control preventivo de legalidad que realiza Contraloría General de la República, órgano de carácter administrativo¹⁸⁸ y el control judicial que llevan a cabo los tribunales de justicia, constituyendo este último nuestro objeto de estudio.

1. El control judicial de la Administración

El control judicial de la discrecionalidad administrativa ha despertado gran interés a lo largo de la historia del Derecho administrativo lo que a nuestro juicio obedece a dos razones: la primera, porque desde el surgimiento del Estado moderno la sumisión de los actos de la Administración a la justicia ha sido un tema controvertido no existiendo consenso en orden a si la discrecionalidad atribuida a la Administración podía ser o no objeto de control por parte de los tribunales de justicia en virtud del principio de separación de poderes; y la segunda, por ser los tribunales de justicia la última instancia que posee a su alcance el ciudadano para lograr la detención de un poder público ejercido en términos desproporcionados y abusivos.

En el Derecho chileno, el art. 38 inc. 2° del texto constitucional establece que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado o de los órganos que la conforman, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley. Este precepto que establece la garantía a la tutela

¹⁸⁷ SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R., “*Discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., pp. 83-84.

¹⁸⁸ Art. 98 inc. 1° CPR: Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

judicial¹⁸⁹, entrega a los tribunales ordinarios el conocimiento y resolución de las materias contenciosas administrativas. Sin embargo, el sistema de justicia administrativa resulta en la práctica bastante más disperso de lo que esta afirmación parece siendo necesario referirnos brevemente a su configuración antes de analizar el control de la discrecionalidad administrativa en sede judicial.

La Administración del Estado en Chile se encuentra sujeta como ya hemos señalado al principio de la legalidad y juridicidad y los asuntos en los que es parte son conocidos, en principio, por los tribunales ordinarios pues el país carece de tribunales contenciosos administrativos. Esto ha sido determinante en el tratamiento jurisprudencial y también doctrinal de muchas materias del Derecho Administrativo.

En un comienzo, durante la vigencia del Derecho indiano, la Real Audiencia tenía competencia para juzgar los actos de poder y posteriormente con el fortalecimiento de la Administración, alcanzó su apogeo la protección de los derechos de los gobernados conciliándose los mismos con el ejercicio del poder¹⁹⁰. En el siglo XIX las ideas revolucionarias francesas comienzan a expandirse con fuerza materializándose en la Carta Fundamental de 1833 el sistema francés de control de la Administración, en virtud del cual se propugnaba la separación de la justicia administrativa de la justicia ordinaria, quedando radicado la primera en el Consejo de Estado¹⁹¹. En los estudios de las reformas constitucionales a la Carta se estableció el planteamiento de que los actos de la Administración no podían ser impugnados antes los tribunales ordinarios pues estos no serían competentes para conocer de dichas materias debido a que los actos administrativos emanaban de las atribuciones que la Constitución y las leyes otorgaban al Presidente de la República¹⁹². Esta idea es recogida posteriormente en la Constitución de 1925, la cual suprime al Consejo de Estado

¹⁸⁹ BERMÚDEZ SOTO, J., "*Derecho administrativo General...*", op. cit., p. 530.

¹⁹⁰ BRAVO LIRA, B., "*Anales de la judicatura chilena...*", op. cit., pp. 25, 38.

¹⁹¹ FERRADA BÓRQUEZ, J., El sistema de Derecho Administrativo chileno: una revisión crítica desde una perspectiva histórica, *Revista de Derecho*, 217-218, Universidad Austral de Chile, 2005, pp. 114-115.

¹⁹² SOTO KLOSS, E., "*Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...*", op. cit., p. 626.

disponiendo en su art. 87 la creación de Tribunales Administrativos¹⁹³, manteniendo el sistema de que sería la propia Administración la que se controlaría a sí misma. No obstante, estos tribunales nunca se crearon y por muchos años los tribunales ordinarios prácticamente no entraron a conocer de los asuntos en los que se veía involucrada la Administración pues señalaban que carecían de competencia para ello, produciéndose una inmunidad judicial respecto de la Administración del Estado. En ese periodo, el control de la Administración venía dado por el control que realizaban los mismos órganos administrativos, así como el que realizaba la Contraloría a través del control de la legalidad de los actos administrativos¹⁹⁴ y otras excepciones.

Con la entrada en vigor de la actual Constitución de 1980 y con su modificación de 1989, se establece en el art. 38 inc. 2º 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 causado el daño”. Como consecuencia de esto, en el Derecho chileno se configuraría por una parte, un contencioso administrativo ordinario cuya competencia le corresponde hoy a los tribunales ordinarios, y por otra un contencioso administrativo especial¹⁹⁵ pues existen jurisdicciones administrativas especializadas que, si bien se encuentran sujetas a la superintendencia de la Corte Suprema, están configuradas al margen del Poder Judicial. Tal es el caso de los Tribunales Ambientales, Tribunales Tributarios y aduaneros¹⁹⁶, y también el Tribunal de propiedad industrial, Tribunal de defensa

¹⁹³ SOTO KLOSS, E., “*Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...*”, op. cit., p. 627. El autor señala que esta idea había sido introducida por Fernando Alessandri, destacado político de la época y candidato presidencial, quien junto a su padre Arturo Alessandri Palma, ex Presidente de la República, habían vivido un exilio en París.

¹⁹⁴ FERRADA BÓRQUEZ, J., “*El sistema de Derecho Administrativo chileno...*”, op. cit., pp. 114-115.

¹⁹⁵ SILVA CIMMA, E., *Derecho administrativo y comparado, El control público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 200.

¹⁹⁶ FERRADA BÓRQUEZ, J., “*El sistema de Derecho Administrativo chileno...*”, op. cit., p. 116.

de la libre competencia, Tribunal de contratación pública¹⁹⁷ y Tribunal de cuentas.

Por tanto, existen en Chile procedimientos contenciosos administrativos especiales que son llevados a cabo por estos últimos tribunales y un contencioso administrativo ordinario que es de conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia como hemos señalado. Este último puede ser puesto en movimiento a través de dos vías procesales:

- La vía procesal tradicional, está constituida por los procedimientos comunes en virtud de la cual los tribunales son competentes por mandato constitucional y legal que le atribuyen competencia para conocer de determinados asuntos administrativos¹⁹⁸. Se podrá recurrir a los tribunales ordinarios, juzgado de letras en lo civil, cuando la decisión impugnada infringe el ordenamiento jurídico y la infracción consiste en una lesión de derechos¹⁹⁹.
- Una segunda vía procesal está constituida por el recurso de protección el que procede cuando existe vulneración de derechos fundamentales reconocidos por la Carta Fundamental, en virtud de un acto u omisión arbitraria o ilegal y se interpone ante la Corte de Apelaciones respectiva. Se trata de una vía directa y expedita y aunque fue concebido con fines

¹⁹⁷ El art. 24 de la Ley 19.886 de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios señala que el Tribunal de contratación pública será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por dicha ley, acción procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive. La demanda mediante la cual se ejerza la acción de impugnación podrá ser interpuesta por toda persona natural o jurídica, que tenga un interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación en el plazo fatal de diez días hábiles, contado desde el momento en que el afectado haya conocido el acto u omisión que se impugna o desde la publicación de aquél. De esta forma existe esta acción persigue determinar eventuales arbitrariedades cometidas por la autoridad en materia de contratación administrativa.

¹⁹⁸ Estos conocen de: Expropiación, acción de nulidad de derecho público, Recurso especial de reclamación de nacionalidad, recurso de amparo económico, acción indemnizatoria por error judicial, y acción de inaplicabilidad entre otras.

¹⁹⁹ CORDERO VEGA, L., El control de la Administración del Estado, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 161.

cautelares de urgencia²⁰⁰, hoy dista mucho de mantener ese carácter pues el recurso de protección en Chile se ha configurado, como afirma la mayoría de la doctrina, en el sustituto de lo que debería ser un auténtico contencioso administrativo y con ello en el límite procesal indiscutible de la Administración del Estado. Adelantaremos que esta ha sido la vía por la que se controla directa y especialmente la discrecionalidad administrativa y en virtud de la cual analizaremos la jurisprudencia respecto de dicha figura.

Como puede observarse, existe una importante dispersión de los órganos que conocen las materias administrativas lo que se ha convertido en un problema denunciado por mucho tiempo por los estudiosos del Derecho administrativo chileno en relación a distintos ámbitos. En lo que respecta a la potestad discrecional, Ferrada señala que para que pueda asegurarse un Estado de derecho, se requiere de un sistema de justicia administrativa eficaz para evitar que las potestades exorbitantes de la Administración se conviertan en arbitrarias y que “es evidente que en nuestro Derecho esta premisa se encuentra seriamente debilitada. Por un lado, al no existir un sistema estructurado de justicia administrativa sino solo un conjunto de procedimientos generales y especiales de control y de escasa profundidad... y por otro, por la falta de un procedimiento general establecido para juzgar las actuaciones administrativas...”²⁰¹.

De esta forma y en este contexto resulta indispensable determinar y analizar cómo se controla la discrecionalidad de la Administración bajo esta estructura de sistema de justicia administrativa y si el procedimiento ordinario más utilizado para estos efectos es el idóneo.

²⁰⁰ SILVA CIMMA, E., “Derecho administrativo y comparado, El control público...”, op. cit., p. 200.

²⁰¹ FERRADA BORQUEZ, J., “Las potestades y privilegios de la Administración...”, op. cit., p. 89.

2. Evolución histórica del control del poder público

Habiendo dejado claro cómo se estructura en términos orgánicos la justicia administrativa en Chile, podemos adentrarnos en el control judicial de la discrecionalidad administrativa y en cómo se han configurado a lo largo del tiempo distintos remedios procesales para lograr el sometimiento de esta materia a control judicial.

El control del poder público es un tema que ha estado presente en la historia jurídica del país desde el Derecho indiano. En el periodo de colonización española ya existían algunos medios para proteger a los ciudadanos de arbitrariedades²⁰² incluso antes de la instauración de la Real Audiencia le correspondía al teniente de Gobernador conocer de las apelaciones contra actos de la autoridad. Con el establecimiento de este órgano indiano se crea un recurso para que los afectados por actos de la autoridad o de gobierno pudiesen hacer las reclamaciones pertinentes y obtener la defensa de sus derechos²⁰³. Así, en este periodo se podían impugnar actos o disposiciones arbitrarias y contrarias a Derecho incluso de altas autoridades²⁰⁴ por medio de ciertos instrumentos procesales como lo fue el denominado juicio de residencia que podía interponerse contra todas las autoridades, desde los corregidores hasta el virrey al término del desempeño de los oficios del Rey, por todos quienes se sintieran agraviados por algún acto con el objeto de obtener una reparación²⁰⁵.

En el siglo XVIII se producen una serie de reformas que tienen como resultado el surgimiento de la figura del Presidente militar con un aparato administrativo, quedando radicadas en la Real Audiencia solo funciones judiciales. En este periodo como ya hemos señalado se produce un fortalecimiento de las garantías ciudadanas frente al aparato administrativo y sus

²⁰² ARANCIBIA MATTAR, J., Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del recurso de protección, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, n°60, julio- diciembre, año 1996, pp. 100-101.

²⁰³ BRAVO LIRA, B., "*Anales de la judicatura chilena...*", op. cit., p. 11 y ss.

²⁰⁴ SOTO KLOSS, E., "*Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...*", op. cit., p. 625.

²⁰⁵ BRAVO LIRA, B., "*Anales de la judicatura chilena...*", op. cit., p. 31.

actuaciones, el que posteriormente comienza a debilitarse a medida que se fue fortaleciendo el rol del Presidente y se separaron las materias de gobierno y las de justicia estableciéndose para las primeras una serie de requisitos o formalidades antes inexistentes para su conocimiento²⁰⁶.

En el periodo republicano, siglo XIX, la influencia francesa se manifiesta con fuerza. Surge la figura del Presidente monocrático y con ello una poderosa Administración estatal. La Real Audiencia reduce su competencia sólo a las causas civiles y criminales quedando las materias de gobierno entregadas al conocimiento de un Consejo de Estado con lo que se elimina la competencia “gravamine” de los órganos judiciales, que tenía por objeto proteger a las personas frente al poder²⁰⁷. Con la Constitución de 1833 se establece un sistema de protección de los derechos fundamentales los que fueron garantizados durante la segunda mitad de siglo cuando estos eran lesionados producto de actividades de la Administración tanto en materia de nulidad de actos e incluso alcanzando la responsabilidad del Estado. Sin embargo, hacia finales de siglos se instala en nuestro Derecho la idea de que la Administración debía ser juzgada a si misma pues esta ejercía funciones directamente atribuidas por la Constitución siendo los tribunales ordinarios incompetentes para juzgar sus actos²⁰⁸. Este planteamiento culminó finalmente en la Constitución de 1925 que como bien mencionamos disponía en su art. 87 la creación de tribunales administrativos y que señalaba:

“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”.

Si bien finalmente estos tribunales nunca fueron creados por el legislador, el precepto transcrito entrega dos importantes aspectos a destacar. Siguiendo a Soto Kloss, en primer lugar, la competencia que se le entregaban a estos tribunales se extendía para revisar hasta la discrecionalidad administrativa, lo que

²⁰⁶ BRAVO LIRA, B., “Anales de la judicatura chilena...”, op. cit., pp. 35 y ss.

²⁰⁷ BRAVO LIRA, B., “Anales de la judicatura chilena...”, op. cit., pp. 46-50.

²⁰⁸ SOTO KLOSS, E., “Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...”, op. cit., p. 626

a nuestro juicio demuestra el interés que existió de parte del constituyente de que las facultades discrecionales de la autoridad no se convirtieran en arbitrarias y por tanto, queda en evidencia la preocupación que ya existía en dicha época por controlar estos amplios poderes en manos de la Administración; y en segundo lugar, la competencia de dichos tribunales sería de atribución, es decir, la ley señalaría con exactitud qué materias iban a entrar a conocer estos órganos pues en dicho periodo los tribunales ordinarios eran competentes para conocer de las causas civiles quedando fuera solo las penales y eclesiásticas²⁰⁹.

Este último punto es muy importante, pues a pesar de esa competencia genérica de los tribunales ordinarios, en virtud de la cual conocían de todos los asuntos civiles teniendo los que dicen relación con la Administración también este carácter, la sola existencia del art. 87 en la Constitución de 1925 dio paso, como ya señalamos anteriormente, a una falta casi absoluta de control de los actos emanados del aparato administrativo pues los tribunales de justicia se declararon incompetentes para conocer de la nulidad de los actos administrativos²¹⁰.

Esta curiosa situación se extendió hasta el año 1976 periodo en el que la Administración sólo podía ser controlada en tres situaciones excepcionales: respecto de los asuntos contenciosos administrativos cuyo conocimiento era entregado por la ley al juez civil de forma expresa; casos en que podía discutirse la legalidad de los actos de la Administración cuando el asunto fuera planteado en un litigio por vía de excepción; y finalmente respecto de la actividad de gestión de la Administración en oposición a la actuación de autoridad²¹¹. En los años cincuenta y sesenta se fueron creando acciones de nulidad específicas para salvaguardar esta situación pero no de una forma general sino que sólo en casos muy particulares²¹².

²⁰⁹ SOTO KLOSS, E., *"Derecho Administrativo, Temas Fundamentales..."*, op. cit., p. 627.

²¹⁰ SOTO KLOSS, E., *"Derecho Administrativo, Temas Fundamentales..."*, op. cit., p. 605.

²¹¹ BERMÚDEZ SOTO, J., *"Derecho administrativo General..."*, op. cit., pp. 525-526.

²¹² SOTO KLOSS, E., *"Derecho Administrativo, Temas Fundamentales..."*, op. cit., p. 606.

Tras cincuenta años de inmunidad judicial de la Administración en Chile y de indefensión por parte de los ciudadanos, se crea en el Derecho chileno un remedio procesal que tenía justamente por objeto responder a la necesidad de limitar el poder de la Administración del Estado y que es el denominado recurso de protección. Con ocasión de los estudios que se realizaron para dictar la Constitución de 1980, esta acción de protección fue establecida, paradójicamente en el contexto de una dictadura, por primera vez en el Acta constitucional número tres del año 1976 y posteriormente quedaría consagrada en el art. 20 de la Constitución vigente.

En las actas constitucionales se dejó constancia entre otros, de dos aspectos importantes de destacar. El primero de ellos se refería a que este recurso no introdujese ni significara importantes modificaciones al sistema de justicia que ya se encontraba establecido en el país, es decir, el objetivo del constituyente no iba dirigido a realizar una modificación sustancial con ocasión de una nueva Carta fundamental que hubiese sido, a nuestro juicio, un momento adecuado para configurar un sistema más completo de control a la Administración y remediar el caos procesal precedente, sino que simplemente tenía por objeto suplir una importante carencia de la realidad jurídica²¹³. El segundo aspecto a destacar es que en dichas actas se señala como requisitos de procedencia del recurso un acto u omisión ilegal o arbitraria, con lo que “se reconoce expresamente la competencia de los tribunales para conocer directamente y sin excepción, aquellos actos especialmente de la autoridad administrativa, que pudiera dictar en ejercicio de la discrecionalidad que le hubiera atribuido la ley en determinados casos”²¹⁴. Así, en virtud de su consagración en la Carta Fundamental y de los requisitos de procedencia exigidos, el recurso de protección se convierte en la vía judicial por excelencia para controlar directamente la discrecionalidad administrativa de la autoridad.

²¹³ SOTO KLOSS, E., “*Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...*”, op. cit., p. 609.

²¹⁴ SOTO KLOSS, E., “*Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...*”, op. cit., p. 610.

3. El recurso de protección como vía procesal del control judicial

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1980, esta acción se consagró en el capítulo III que establece los derechos y deberes constitucionales que en cuyo art. 20 señala:

“El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”.

La acción de protección se interpone dentro del plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos²¹⁵. Esta acción puede interponerse contra cualquier persona, ya sea natural o jurídica, del ámbito privado o público, pues en las actas de la comisión constituyente se dejó expresa constancia que el perturbador podría ser cualquier particular o autoridad ya sea política o administrativa, de forma que procede contra cualquier acto político o administrativo²¹⁶, con lo que se reafirma que es la vía más importante en el Derecho chileno para recurrir por las arbitrariedades de la autoridad.

²¹⁵ Art. 1 del auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales de 27 de junio de 1992.

²¹⁶ SILVA CIMMA, E., “Derecho administrativo y comparado, El control público...”, op. cit., p. 203.

Quien alegue la vulneración de sus derechos producto del actuar u omisión arbitraria o ilegal, deberá acreditar con certeza el derecho en cuestión y señalar los hechos constitutivos de dicha vulneración y en caso de no hacerlo, el recurso se declarará inadmisibles, de la misma forma que si la acción se interpone fuera del plazo.

El recurso de protección como hemos señalado, es una acción de naturaleza cautelar la cual carece de término probatorio sin embargo, el Tribunal podrá decretar, para el mejor acierto del fallo, todas las diligencias que estime necesarias y la Corte apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica los antecedentes que se acompañen al recurso y los demás que se agreguen durante su tramitación siendo apelable ante la Corte Suprema la sentencia que acoja, rechace o declare inadmisibles el recurso. La apelación se interpondrá en el plazo de cinco días hábiles, contados desde la notificación por el Estado Diario de la sentencia que decide el recurso²¹⁷.

4. Técnicas de control judicial

Como puede observarse de acuerdo a lo señalado en las páginas anteriores, el recurso de protección en Chile es al día de hoy el instrumento procesal que mayor garantía otorga a los administrados para tutelar sus derechos fundamentales cuando son lesionados por actos de la Administración del Estado. No obstante, cuando se habla del recurso de protección en relación con el sistema de justicia administrativa a menudo este adquiere una significación negativa al señalarse y reconocerse que este recurso no es sino la vía que ha sido utilizada en el Derecho chileno para reemplazar un procedimiento contencioso administrativo que cumpla con todas las exigencias que impone un Estado de Derecho. De esta forma los autores no se cansan de señalar que la carencia de tribunales contenciosos administrativos y la competencia residual entregada por el constituyente a los tribunales ordinarios “entrañan un serio obstáculo al respeto

²¹⁷ Art. 5 y 6 del Auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales de 27 de junio de 1992

pleno de la legalidad pero por sobre todo una seria amenaza para los ciudadanos, principalmente si se considera que la acción sustituta de esta inexistencia se ha desbordado en el recurso de protección terminando por desnaturalizar dicha acción de amparo de garantías constitucionales”²¹⁸. Esta inexistencia de órganos adecuados, “difícilmente podrá suplir por su naturaleza, la acción de nulidad de derecho público y en cuanto a la impugnación, el recurso de protección”²¹⁹.

A pesar del abuso en su utilización para suplir vías ideales inexistentes, el recurso de protección como señalamos en un comienzo, es una importante garantía para los ciudadanos y se ha convertido en “un medio pleno de control de la actividad de la Administración, incluyendo la emanada del ejercicio de sus prerrogativas discrecionales”²²⁰. Respecto de la actividad discrecional de la Administración y de eventuales arbitrariedades que pudiesen derivarse de la misma, esta acción representa un verdadero límite que se despliega a través de su interposición. En este sentido, han sido los pronunciamientos de los Altos Tribunales de Justicia con ocasión de este recurso los que han formado una jurisprudencia respecto del control de la discrecionalidad administrativa en Chile y que nos permiten conocer cuáles son los criterios y herramientas que utilizan en dicho control.

En un comienzo y a pesar de la explícita labor que esta acción estaba llamada a cumplir, los Tribunales superiores de justicia fueron reacios a controlar las facultades discrecionales de la Administración²²¹. No contaban con unos conceptos claros y previamente definidos de lo que debía entenderse por ilegal y arbitrario²²², ni tampoco con normas que señalaran en qué sentido debía controlarse la discrecionalidad administrativa y qué elementos debían tenerse en

²¹⁸ SILVA CIMMA, E., “*Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción...*”, op. cit., p. 37.

²¹⁹ FERRADA BORQUEZ, J., “*Las potestades y privilegios de la Administración...*”, op. cit., p. 89.

²²⁰ ÁLVAREZ TORRES, S., *Las potestades administrativas en la doctrina chilena: 1833-2009*, en *Derecho Administrativo 150 años de doctrina*, coord. R., Pantoja Bauzá, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, año 2009, p. 185.

²²¹ En el ámbito administrativo, similar actitud adoptó Contraloría General de la República pues cuando este órgano reconocía que estaba en presencia de facultades discrecionales, cualquiera fuese su tipo o sujeto al que se le atribuía, simplemente se limitaba a reconocer que carecía de facultades para fiscalizar tal como se observa de los dictámenes n°59473 de 1966 y n°39166 de 1974.

²²² SOTO KLOSS, E., “*Ilegalidad y arbitrariedad en el recurso de protección...*”, op. cit., pp. 17-22.

consideración para descartar la arbitrariedad²²³. De esta forma en los primeros años en que se examinaron los recursos interpuestos mediante los cuales se impugnaba la actividad discrecional de la Administración, los Altos Tribunales de Justicia y sobre todo la Corte Suprema, se limitaban a confirmar la existencia de la potestad discrecional en la norma respectiva²²⁴ o bien se señalaba de plano que no resultaba aceptable que tribunales ordinarios entraran a examinar la validez de las razones o fundamentos que habían servido de base a una decisión administrativa pues carecían de atribuciones para ello, lo que significaba “además mezclar facultades jurisdiccionales y atribuciones judiciales propiamente tales con las que ejercen administrativamente los organismos públicos”²²⁵. Incluso en un caso se desestima la acción señalando que el procedimiento en cuestión no admite rendimiento de prueba pues ello requiere de un juicio más profundo, aunque el voto minoritario recuerda que el recurso de protección era la única vía de la que disponían los ciudadanos para frenar la arbitrariedad de la Administración²²⁶.

Ya en la década de los ochenta se observa que comienza a desplegarse un control de la discrecionalidad administrativa y a formarse lentamente una jurisprudencia al respecto²²⁷. Como ya mencionamos al exponer las nociones elaboradas en el Derecho chileno respecto de la discrecionalidad administrativa, es difícil encontrar en este periodo un concepto que haya sido creado por nuestra Corte Suprema pues en la mayoría de los casos el tribunal se limita a señalar características o ideas que se encuentran en torno a esta materia pero en un caso pone de manifiesto que “hay discrecionalidad en el ejercicio de una potestad

²²³ ARANCIBIA MATTAR, J., “Concepto de discrecionalidad administrativa en...”, op. cit., p. 103.

²²⁴ SCS de 4 de abril de 1978, Labarca con Contralor General de la República.

²²⁵ SCA de Santiago de 7 de octubre de 1981, Bolsa de Comercio de Santiago con Ministro de Educación.

²²⁶ SCS de 30 de noviembre de 1982, Rol 16412/1982.

²²⁷ Coincidentemente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 comienzan a reconocerse también por Contraloría, aunque tímidamente, los primeros límites. Frente a potestades discrecionales se distingue entre aquellas que se atribuyen al Presidente de la República y aquellas que hayan sido otorgadas a cualquier otra autoridad administrativa. Respecto de las primeras se señalaba expresamente que no conocían de límites y que no era posible calificar ni las circunstancias ni los antecedentes tenidos en consideración por el Presidente para ejercer dichas facultades (por ejemplo dictámenes n° 11332 de 1982, n° 19909 de 1984 y n° 31204 de 1990); en tanto que las segundas debían respetar las normas sobre fuero, inamovilidades legales y estabilidad de empleo (Dictámenes n° 11332 de 1982 y n° 2513 de 1985).

administrativa cuando el titular de un órgano es habilitado con un margen libre de apreciación para actuar en su función de satisfacer las 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”, agregando que las consideraciones subjetivas y el margen de libertad de apreciación que implica la discrecionalidad, se traducen en un marco al uso de estas facultades: el de la oportunidad, necesidad, conveniencia o utilidad pública, que le sirven de soporte²²⁸.

En la jurisprudencia del siglo XXI se observa un mayor esfuerzo en orden a precisar la discrecionalidad administrativa, así, se ha señalado discretamente que “la discrecionalidad consiste en la opción para decidir en uno u otro sentido, otorgada por la ley al órgano habilitado para ello”, pero que no caben dentro de esta opción la competencia del órgano y la finalidad que debe ser cumplida²²⁹. También se ha dejado claro que discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, pues su ejercicio se encuentra sometido a exigencias, parámetros y límites, siendo uno de estos la motivación²³⁰.

Ahora bien, el control que despliegan los Tribunales superiores de justicia se desarrolla principalmente teniendo como guía orientadora los dos requisitos de procedencia que contempla la Constitución para interponer el recurso de protección y que son un actuar u omisión ilegal por un lado, y por otro, la arbitrariedad en los mismos casos.

4.1. Examen de legalidad

Así, puede observarse a lo largo de la jurisprudencia que los Tribunales realizan en primer lugar un examen de legalidad, es decir, comprueban que la autoridad cuyo acto se impugna sea competente para ejercer las atribuciones que señala la norma y se estudia también si la facultad ejercida tiene o no el carácter

²²⁸ SCS de 27 de abril de 1989, Rol 45/89P. Este pronunciamiento estaba basado en un concepto de discrecionalidad tomado de la doctrina española, precisamente de García de Enterría et al., Curso de Derecho administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 1977, p. 268.

²²⁹ SCS de 7 de marzo de 2005, Rol 50/2005.

²³⁰ SCS de 6 de diciembre de 2012, Rol 8856/2012.

discrecional²³¹ que muchas veces las autoridades suponen que detentan por la utilización del lenguaje empleado por el legislador u otros aspectos, siendo en la práctica solo potestades regladas²³². El examen de legalidad tiene por objeto básicamente asegurar al juzgador que la autoridad ha ejercido las facultades discrecionales dentro de los límites que le señala la propia norma.

Existen casos, aunque minoritarios, en los que los Tribunales de Justicia al comprobar la legalidad en el ejercicio de la potestad discrecional han descartado de plano la arbitrariedad, sin entrar a examinar la presencia de este elemento en la decisión adoptada por la Administración, asimilándola de alguna forma a la legalidad o comprendiéndola en ella. En este sentido una Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago señala que “la Dirección de vialidad se ha apoyado en normas legales y reglamentarias que la autorizarían para adoptar la medida reclamada, lo cual si bien excluye de poder calificarse de arbitrario su proceder, no excluye que su actuar haya provocado la infracción de la garantía constitucional en cuestión”²³³. Esto ha llamado la atención en doctrina en donde se ha denunciado que la arbitrariedad aparece saneada por la legalidad pues las “Cortes evaden un análisis prolijo de la arbitrariedad del acto funcionario confundiendo peligrosamente la existencia de la facultad legal con el uso razonable, justo y fundado de la misma”²³⁴.

Este error sorprende que sea cometido por los juzgadores pues la norma que consagra la acción de protección utiliza la cláusula “ilegal o arbitraria”. Además la doctrina ha dejado de manifiesto que estas expresiones no son sinónimas y que tanto lo ilegal como lo arbitrario es lo contrario a derecho o antijurídico, siendo esta última el género y los dos primeros las especies”²³⁵. De esta forma, el acto administrativo podría ser ilegal y arbitrario, o legal y no arbitrario, o bien, legal y arbitrario o ilegal y no arbitrario.

²³¹ SCS de 11 de septiembre de 2015, Rol 49458/2015.

²³² En este sentido SSCA de Santiago de 30 de noviembre de 1983 y de 13 de noviembre de 1989, Rol 435/89P.

²³³ SCA de Santiago de 2 de mayo de 1985, Rol 335/84.

²³⁴ FERNANDOIS VÖRINGHER, A., Discrecionalidad urbanística y garantías constitucionales, Revista Chilena de Derecho (Universidad Católica de Chile), Vol. 25, n°1, 1998, p. 243.

²³⁵ SOTO KLOSS, E., “Ilegalidad y arbitrariedad en el recurso de protección...”, op. cit., p. 25.

Sin embargo, en la gran mayoría de los casos los Tribunales de Justicia una vez terminado el examen de legalidad pasan a la segunda parte del control de las potestades discrecionales, el que consiste en afirmar o descartar la existencia de la arbitrariedad en la decisión administrativa.

4.2. Examen de arbitrariedad

La jurisprudencia de la Corte Suprema ya cuenta desde hace un tiempo a esta parte con una definición clara de lo que es arbitrario: “actuar u omitir arbitrario, es decir, producto del mero capricho de quien incurre en él, de modo que la arbitrariedad indica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, esto es, falta de proporción entre los motivos y la finalidad que alcanza”²³⁶.

Para el examen de la arbitrariedad el Tribunal ha utilizado en sus razonamientos jurídicos distintos elementos que corresponden también a aspectos reglados como son la exigencia de motivación del acto administrativo, la finalidad de la norma jurídica y el bien común y la conformidad de la actuación con ciertos principios generales del Derecho. También es posible encontrar como mecanismo de control de las decisiones administrativas de carácter discrecional los hechos que sirven de base a la misma. Aún cuando este no sea un elemento determinante para la declaración de la arbitrariedad de un acto administrativo, su consideración y relación con los aspectos reglados ya señalados aconseja tratarlo en este apartado.

a) Los hechos de la decisión administrativa

Los hechos de un acto administrativo, base de toda decisión administrativa, es un aspecto revisado por los tribunales a la hora de controlar las potestades discrecionales de la Administración. En este sentido, la autoridad administrativa podrá ejercer las atribuciones incluso discrecionales que le otorga la ley, siempre y cuando en la práctica se configuren los aspectos fácticos que coincidan con el

²³⁶ SCS de 18 de enero de 2012, Rol 11707/2011.

supuesto de hecho de la norma o bien se encuadren dentro de la materia que se habilita a regular en caso de la potestad reglamentaria.

En la década de los ochenta ya se había consolidado una postura de la Corte Suprema en orden a permitir que fuere posible rendir prueba para acreditar los hechos que se invocaban en el procedimiento del Recurso de Protección. No obstante, hoy aún es posible encontrar desafortunados fallos, como el dictado por una Corte de Apelaciones aunque revocado por la Corte Suprema, en el que se señaló que la arbitrariedad o ilegalidad del acto contra el cual se recurre debía aparecer de manifiesto sin posibilidad de rendirse prueba en virtud de sus características de brevedad e inmediatez²³⁷.

En nuestra doctrina, Pierry siguiendo al Derecho francés, para referirse a los hechos que sirven de base al acto administrativo, habla de los motivos de hecho del acto administrativo que respecto de las potestades discrecionales cobran mayor importancia pues su control forma en principio, parte del examen de legalidad de la decisión pudiendo ser controlado por los tribunales. Este control podría considerar tres aspectos básicos los cuales se encuentran constituidos por el control de la exactitud material de los hechos, el control de la calificación jurídica de los hechos y finalmente el control de la apreciación de los hechos²³⁸. El primer aspecto tiene por objeto determinar la ocurrencia de los hechos y que ellos coincidan con los que se invocan, es decir, que sean exactos y congruentes. Respecto de este punto la Corte Suprema ha puesto de manifiesto la importancia del análisis de los hechos al señalar que “es necesario tener presente que por la acción de protección es posible examinar la concurrencia de la materialidad de los hechos que motivan los actos administrativos, su adecuación a los fines contemplados por la normativa y en definitiva que la actuación de la autoridad administrativa se sujete al principio de juridicidad”²³⁹. De esta forma, en el control de potestades discrecionales, el examen de la materialidad de los hechos es una herramienta sustancial para los tribunales en la tarea de apreciar la congruencia de los mismos con la motivación que fundamenta el acto

²³⁷ SCA de Iquique de 25 de noviembre de 2011, Rol 307/2011.

²³⁸ PIERRY ARRAU, P., “El control de la discrecionalidad administrativa...”, op. cit., pp. 487 y 488.

²³⁹ SCS de 24 de diciembre de 2013, Rol 10117/2013.

administrativo así como con los fines que se persiguen. Así, la Corte Suprema ha señalado que la motivación de los actos administrativos pone a la Administración en la necesidad de invocar los hechos en que se sustente su obrar, para luego en su revisión precisar, en primer término, su existencia, como la coincidencia con los presupuestos legales que le permiten actuar²⁴⁰.

En varias sentencias de los Altos Tribunales de justicia la determinación y verificación de los hechos son fundamentales para el posterior pronunciamiento judicial. Así existen casos en que es el mismo Tribunal, el que en virtud de una medida para mejor resolver, realiza una visita en el lugar donde transcurre una situación concreta para dejar establecidos en forma clara los hechos que sirvieron de base a una decisión administrativa²⁴¹ o también se examina la exactitud material de los hechos realizándose sobre la misma una presunción que permite dejar sin efecto una decisión administrativa adoptada²⁴².

Respecto de la calificación jurídica de los hechos, Pierry señala que si el legislador ha señalado los motivos que sirven de base a una decisión administrativa este pasa a ser un aspecto reglado del acto administrativo en cuestión siendo por tanto controlable por los tribunales pues en definitiva se trata de un aspecto de legalidad²⁴³. En este sentido es posible encontrar algunas sentencias en donde se califican jurídicamente los hechos objetos del recurso. Así en un fallo, y luego de dar por establecidos los hechos que servían de base a la decisión de expulsión de un alumno de una Universidad pública, el tribunal señala que se manifiesta conforme con la calificación jurídica realizada por la autoridad pues los hechos en cuestión si constituían “faltas muy graves” de acuerdo a la normativa aplicable²⁴⁴; En otro asunto, el Ministerio de Educación da por terminado de forma anticipada un convenio administrativo aludiendo a razones de interés general señalándose por la Corte que los hechos que se presentaban como constitutivos de aquella causal no eran de interés general por

²⁴⁰ SCS de 28 de diciembre de 2005. Rol 5503/2005.

²⁴¹ SCA de Concepción de 24 de noviembre de 1989, Rol 7586/89; SCA de Santiago de 2 de mayo de 1985, Rol 331/84.

²⁴² SCS de 19 de marzo de 1992, Rol 28812.

²⁴³ PIERRY ARRAU, P., “El control de la discrecionalidad administrativa...”, op. cit., p. 488.

²⁴⁴ SCA de Santiago de 27 de diciembre de 1984, Rol 237/84.

lo que se deja sin efecto la medida²⁴⁵. Ahora bien, tratándose de la facultad fiscalizadora de la Inspección del Trabajo que la habilita para imponer multas en caso de observar infracciones de la normativa laboral, existen pronunciamientos constantes de la Corte Suprema en señalar que la calificación jurídica de los hechos, es una laborar privativa de los tribunales de justicia, excediéndose este organismo al llevar a cabo dichas funciones. No obstante, también ha sido constante el voto minoritario del ministro Pierry en orden a señalar que la “calificación jurídica de los hechos... forma parte integrante de la actividad administrativa; pero el error en la misma puede y debe ser controlado por el juez (por la vía correspondiente y que no es el recurso de protección)” y “que la calificación jurídica de los hechos ocurre cada vez que en el procedimiento destinado a la elaboración de un acto administrativo, la autoridad administrativa aplica a un hecho una norma que le sirve de fundamento y que justifica su dictación, o un concepto jurídico indeterminado, por lo que privarla de dicha facultad paralizaría a la Administración e impediría el cumplimiento de su función”²⁴⁶.

Finalmente, un tercer aspecto en relación a los hechos es la apreciación de los mismos lo cual puede resultar en la práctica muy difícil de diferenciar respecto de la calificación jurídica de estos según Pierry. La primera trata un aspecto de oportunidad, donde opera la discrecionalidad de la Administración de forma que el control del mismo puede llevar consigo el riesgo de sustituir a la Administración²⁴⁷. En este mismo sentido se manifiesta Saavedra el que señala que frente a una apreciación de hechos será el tribunal el que deberá demostrar que del expediente administrativo se desprende que dicha apreciación es manifiestamente errónea, debiendo contar además con antecedentes de carácter técnico que sustenten su decisión de anular la decisión administrativa. De lo contrario se estaría en frente de una discrecionalidad judicial no atribuida a los

²⁴⁵ SCA de Santiago de 31 de enero de 1004, Rol 3029/93.

²⁴⁶ Por ejemplo en SCS de 23 de diciembre de 2014, Rol 28895/2014.

²⁴⁷ PIERRY ARRAU, P., “El control de la discrecionalidad administrativa...”, op. cit., p. 488. En este mismo sentido lo ha señalado en la jurisprudencia de la Corte Suprema a través de sus votos minoritarios.

órganos judiciales²⁴⁸. Sin perjuicio de lo anterior, existirían casos en los cuales los tribunales han realizado una apreciación de los hechos que son objeto de la potestad discrecional de la Administración. Así, en una sentencia en el que se analiza la aplicación de una multa impuesta por el Servicio de impuestos internos, la Corte de Apelaciones de Concepción señala que del análisis de los hechos se desprende que la severidad del órgano no se condice con la gravedad de los mismos²⁴⁹. En similares términos se pronuncia la Corte de Apelaciones de Puerto Montt en un caso de llamado a retiro temporal de un funcionario de las fuerzas de orden, al señalar que en su concepto los hechos que dan lugar a dicha medida no revisten la gravedad para quedar comprendidos en la causal que autoriza a adoptar dicha decisión. No obstante ambos casos fueron revocados por la Corte Suprema siendo las apreciaciones de los hechos excepcionales en la jurisprudencia de los Altos tribunales tal como lo deja de manifiesto también la doctrina²⁵⁰.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, cabe dejar de manifiesto algunas consideraciones. Por una parte, el recurso de protección es un procedimiento que carece de término probatorio o de una etapa de prueba propiamente tal y así lo ha dejado de manifiesto la Corte Suprema cuando debe enfrentarse por esta vía a asuntos que son calificados por ella como complejos²⁵¹ pudiendo acompañarse antecedentes en los respectivos escritos o pudiendo el Tribunal decretar las diligencias que se estimen necesaria a fin de establecer la prueba de los aspectos fácticos. De esta forma la posibilidad de acreditar los hechos que sirven de base a una determinada decisión o actuación administrativa adoptada en ejercicio de una potestad discrecional en la principal vía de examen, se ve mermada al no constituirse este procedimiento como el más idóneo para realizar un control judicial acorde con las exigencias de un debido proceso. En segundo lugar, los distintos aspectos de los hechos plantean la interrogante de ¿cuál es la función del juez en relación a la apreciación y calificación jurídica de los mismos y hasta

²⁴⁸ SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R., “Discrecionalidad administrativa...”, op. cit., p. 120.

²⁴⁹ SCA de Concepción de 18 de diciembre de 1980, Abogados consultores de empresas con Director regional del Servicio de Impuestos internos VIII región.

²⁵⁰ SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R., “Discrecionalidad administrativa...”, op. cit., pp. 183 y ss.

²⁵¹ SCS de 30 de abril de 2014, Rol 7764/2014.

dónde puede llegar su función en esta materia? Dejamos planteadas estas interrogantes a fin de poder resolverlas a lo largo de este estudio.

b) Motivación del acto administrativo

Como hemos señalado anteriormente, la motivación de acuerdo al art. 11 y art. 41 LBPA constituye una exigencia formal de los actos administrativos, de manera que un acto que no exprese los motivos y fundamentos que le sirven de base incurre en una ilegalidad y así lo ha señalado la Corte Suprema al expresar que la motivación constituye uno de los elementos del acto administrativo, pues “a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictarlo, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad”²⁵².

Sin embargo, la existencia de la motivación en los actos administrativos impugnados por la vía del Recurso de protección cuando se discuten potestades discrecionales de la Administración también ha sido utilizada por los tribunales de justicia como un determinante criterio a la hora de concluir que un acto administrativo es o no arbitrario, sobre todo si se tiene en cuenta que sólo a partir del año 2003 se configuró la misma como una exigencia legal. Así, en muchos de los pronunciamientos la constatación de la existencia de los fundamentos y antecedentes que justifican el acto es considerada un factor fundamental para excluir la arbitrariedad mientras que en otros basta la carencia de estos elementos para declarar que el acto o la decisión administrativa son arbitrarios. El por qué de esta relación entre motivación y arbitrariedad descansa de acuerdo a la Corte Suprema en que “el poder discrecional es en un Estado de Derecho un poder inminentemente funcional. Dicho poder funcional está obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado, en justificarse en su ejercicio y justificar también su conformidad a la Ley y al Derecho...”²⁵³. De esta forma una ausencia de justificación, especialmente en los actos administrativos

²⁵² SCS de 26 de noviembre de 2012, Rol 7071/2012.

²⁵³ SCS de 16 de mayo de 1991, Rol 519/90P.

dictados con ocasión de una potestad discrecional, constituye un importante indicio de arbitrariedad.

En virtud de esto es que en las definiciones jurisprudenciales de arbitrariedad que es posible encontrar en la jurisprudencia de los Altos tribunales de justicia, la motivación ha jugado un rol protagónico pues se han esbozado lentamente conceptos jurisprudenciales en torno a la primera señalando que “el acto que motiva la acción será arbitrario sino obedece a una o más razones, sino al capricho de su agente”²⁵⁴, o que “una decisión arbitraria es aquella que no tiene una justificación valedera que la sustente y es contraria a la racionalidad”²⁵⁵. También se recalca que los actos discrecionales son actos administrativos y como tales deben cumplir con la normativa que los obliga a estar motivados.

Ahora bien, para que la motivación o justificación del acto administrativo en cuestión sea capaz de excluir una eventual arbitrariedad no basta con que sea mencionada o señalada como una simple formalidad pues los Tribunales, han señalado que es necesario una serie de requisitos que deben acompañar a los fundamentos esgrimidos por la autoridad para que la motivación del acto efectivamente aparte a la arbitrariedad²⁵⁶. Así se señala que la motivación o los motivos deben ser suficientes, precisos²⁵⁷ y racionales de acuerdo a la naturaleza del asunto²⁵⁸.

El examen de la concurrencia de la motivación en los actos administrativos dictados conforme a potestades discrecionales ha tenido especial relevancia y controversia respecto de potestades discrecionales del Presidente de la República para disponer del retiro de funcionarios públicos que forman parte de las fuerzas

²⁵⁴ SCS de 15 de marzo de 1984, Rol 17.621.

²⁵⁵ SCA de Santiago, de 26 de septiembre de 1989, Rol 333/89.

²⁵⁶ En este mismo sentido se ha manifestado Contraloría que ha perfilado aún más este requisito señalando que los fundamentos y motivos aducidos por la autoridad requieren de ciertas características que deben existir en torno a ella y que atienden a criterios de suficiencia, idoneidad y otros que dicen relación con ciertos principios generales del Derecho como son los principios de objetividad, racionalidad, proporcionalidad, probidad, eficiencia, eficacia y transparencia. (Por ejemplo, dictámenes de CGR n° 53493 de 2007, n° 63534 de 2014, n° 39899 de 1996, n° 52966 de 2009, n° 51701 de 2003, n° 3539 de 2013 y n° 1305 de 2015).

²⁵⁷ SCA de Santiago, 31 de enero de 1994, Rol 3029/93.

²⁵⁸ SCA de Santiago, de 26 de septiembre de 1989, Rol 333/89.

de orden y seguridad. En este sentido es posible observar vacilaciones de los Tribunales en orden a si debe exigirse la motivación de decisiones adoptadas en dicho sentido atendiendo al sujeto que dicta el acto²⁵⁹ y por tratarse de asuntos que podrían ser calificados como actos de gobierno. Una importante sentencia de la Corte Suprema ejemplifica con claridad esta situación. Se interpuso un recurso de protección contra el Director General de Investigaciones de Chile el que oficiaba al ejecutivo para disponer del retiro temporal de diecisiete funcionarios. Los oficios en cuestión, así como los decretos supremos correspondientes sólo se remitían, en justificación de dicha acción, a la facultad discrecional que tenía el Presidente de la República para disponer el retiro. La Corte hace presente que todos los decretos supremos son idénticos y que en ninguno de ellos se expresan razones sustantivas para justificar la adopción de dicha medida señalando en su considerando séptimo 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 resulta obvio, es insuficiente en un Estado de Derecho”. Este razonamiento de la Corte Suprema revoca lo señalado en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Santiago, quien no repara en la necesidad de dicha motivación aludiendo precisamente a que se trataba de una facultad discrecional del Presidente de la República y como tal no era necesario expresar motivo²⁶⁰.

Otro caso similar lo representa un Recurso de protección, citado anteriormente, interpuesto en contra del Director General de Carabineros de Chile por un funcionario que había sido llamado a retiro temporal de la institución. El fallo de la Corte Suprema basándose en la potestad discrecional que se le reconoce el Presidente de la República para adoptar esta medida a proposición del Director General, señala que el acto administrativo en cuestión

²⁵⁹ En este punto cabe destacar que Contraloría había mantenido un criterio de excepción respecto de las facultades discrecionales de las que gozaba el Presidente de la República, el que consistía que este podía ponderar libremente los antecedentes en que fundaba sus decisiones sin necesidad de expresar sus razones. Esta situación se mantuvo hasta el 2007, año en que se produce expresamente un cambio de criterio al reconocer el propio órgano contralor que la actual concepción del principio de juridicidad “conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan a un mero capricho de la autoridad, pues en tal caso, resultarían arbitrarios y por ende, ilegítimos” (dictamen n° 23114 de 2007).

²⁶⁰ SCS de 16 de mayo de 1991, Rol 519/90P.

no es ilegal ni tampoco arbitrario a diferencia del razonamiento de primera instancia el cual señala que de acuerdo a la situación fáctica, “la decisión resulta insuficiente e impropia en un Estado de Derecho en el que no debe haber lugar para ejercer el poder por el poder y en donde lo no motivado es arbitrario”²⁶¹.

En materia de traslados de funcionarios públicos que se hubiesen dispuesto por la autoridad competente para el mejor funcionamiento de los servicios respectivos, la motivación de los actos administrativos que decretan dicha medida también ha sido exigida por los tribunales para excluir arbitrariedades en la adopción de esas medidas señalando que no es suficiente la alusión genérica o formal de los fundamentos que autorizan la medida²⁶².

También en relación con los funcionarios públicos, la motivación ha sido un elemento cuestionable en algunos actos administrativos especialmente los que dicen relación con su desvinculación de los servicios públicos en virtud de decisiones de los jefes de servicio y de las normas que los autorizan a despedirlos. Así por ejemplo, en relación con los contratos a honorarios de la Administración pública, una de las causales de término de los mismos es hasta que los servicios del empleado sean necesarios. En este sentido la Corte Suprema ha considerado conforme a Derecho y por tanto ha descartado la arbitrariedad e ilegalidad de los actos administrativos que disponen el despido de funcionarios públicos contratados a honorarios y que se refieran directamente a la cláusula del contrato o a la norma legal que los habilita para disponer del cese de las funciones sin necesidad de expresar una motivación o fundamentación sustantiva²⁶³. Otro ejemplo es la causal de destitución “salud incompatible” que permite proceder a la desvinculación de un funcionario de la Administración. Aquí también la Corte ha señalado que es conforme el acto administrativo que se remite a la norma legal que establece la causal pues justifica el ejercicio de la atribución²⁶⁴. No obstante, hoy es posible encontrar pronunciamientos de la Corte en un sentido diverso en el que se señala que la sola invocación de dichas frases

²⁶¹ SCA de Santiago de 21 de agosto de 1998, Rol 2439/98.

²⁶² SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R., “*Discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., pp. 207 y ss.

²⁶³ SCS de 13 de diciembre de 2010 Rol 8034/2010.

²⁶⁴ SCS de 3 de agosto de 2005, Rol 2975/2005.

no cumpliría de modo alguno con el estándar mínimo de fundamentación ni menos con la fórmula que autoriza la ley y no serían causas suficientes, debiendo señalar algún fundamento fáctico que justifique la desvinculación pues la motivación es un requisito esencial de los actos administrativos y sobre todo un límite al ejercicio de las facultades discrecionales²⁶⁵, en virtud de las cuales se otorga un margen de actuación a las autoridades administrativas que no debe quedar sin justificar. En caso contrario el acto es arbitrario e ilegal²⁶⁶.

La utilización de la motivación como técnica de control es una garantía de la exclusión de la arbitrariedad, sin embargo, ¿es posible hacer diferenciaciones en cuanto a su procedencia según sea el sujeto de quien emane el acto o una decisión? Este punto nos parece de todo controvertido y absolutamente cuestionable. De la misma manera lo son a nuestro juicio los pronunciamientos que no exigen exponer los motivos que se tuvieron en cuenta para despedir a un funcionario público o disponer su traslado sobre todo cuando detrás de ese tipo de medidas puede esconderse un vicio de desviación de poder que tenga por objeto utilizar las atribuciones que establece la ley para perjudicar a un funcionario por motivos personales o políticos. El estudio de esta técnica la veremos a continuación.

c) Finalidad de la norma y bien común. La desviación de poder

Junto con el análisis de la motivación, como factor determinante en la declaración de arbitrariedad de un acto administrativo, aparece el examen de la correspondencia entre la decisión administrativa impugnada y la finalidad concreta de la norma y el bien común cuyo objeto es evitar las desviaciones de poder que pueden ocurrir en el ejercicio de potestades discrecionales.

La figura de la desviación de poder aparece en el Derecho chileno mucho antes de que los tribunales la hayan utilizado en el control jurisdiccional de la

²⁶⁵ SCS de 9 de abril de 2013, Rol 1556-2013. Otros fallos han señalado que estas facultades son regladas, así SCS de 20 de enero de 2014, Rol 568/2013.

²⁶⁶ En este sentido, SSCS de 13 de diciembre de 2010 Rol 8034/ 2010; de 12 de agosto de 2011, Rol 6979/2011; de 12 de enero de 2013, Rol 9088/2012.

discrecionalidad administrativa gracias al estudio por la doctrina del Derecho comparado. Así, Rodríguez Elizondo definía en 1961 la desviación de poder como un vicio del exceso de poder originado en Francia, “irregularidad que se produce cuando una autoridad, en el ejercicio de su competencia, observando las formas legales, ajustando el contenido de su acto a la ley y obrando sobre la base de presupuestos ciertos, hace uso de sus prerrogativas con fines distintos a los que la ley tuvo en vista al conferirselas”²⁶⁷. En relación con la desviación de poder se señalaba que su origen se debía a que las normas jurídicas en pocos casos explicitaban el fin específico para lo cual habían sido dictadas el que se encuadra dentro del interés público, siendo la especialidad del fin un elemento caracterizador de la figura²⁶⁸. Junto a esta especificidad del fin se encuentra la intención del agente que incurre en la desviación de poder y que la distinguiría del error de derecho pues en el primer caso quien adopta una medida con un fin distinto del querido por la norma es consciente de ello. En este punto Rodríguez señala que si la finalidad es ajena a los intereses públicos o generales es posible apreciar un dolo por parte del agente, en tanto que si la finalidad es de interés público pero diferente a la buscada con la dictación de la norma existiría solo culpa, aspectos a considerar en el posterior ejercicio de potestades disciplinarias y en el establecimiento de eventuales responsabilidades administrativas. Finalmente se rescata, siguiendo al autor español Martín-Retortillo, que la desviación de poder es un vicio de ilegalidad, de incompetencia y no de moralidad administrativa²⁶⁹.

Por su parte, los Tribunales de Justicia comenzaron a incorporar la desviación de poder en su razonamiento jurídico y en la revisión de potestades discrecionales en la década de los ochenta. En esta época un caso a destacar, que ya hemos citado al revisar los hechos, es un recurso de protección interpuesto en contra del Director Regional del Servicio de Impuestos internos de la VIII región

²⁶⁷ RODRÍGUEZ ELIZONDO, J., *Protección jurisdiccional de los administrados: el exceso de poder*, Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 78.

²⁶⁸ RODRÍGUEZ ELIZONDO, J., “*Protección jurisdiccional de los administrados...*”, op. cit., p. 81.

²⁶⁹ RODRÍGUEZ ELIZONDO, J., “*Protección jurisdiccional de los administrados...*”, op. cit., pp. 83-84. El autor cita a Martín-Retortillo Baquer y su obra “*La desviación de poder en el Derecho español*” Revista de Administración Pública, n°22, 1957.

por la aplicación de una multa a una sociedad de abogados basada en un supuesto incumplimiento en su obligación de emitir boletas. En este caso se señala que la desviación de poder había quedado demostrada en la evidente desproporción entre la infracción cometida y la sanción aplicada “al punto que es ostensible que la finalidad de la ley, velar por el cumplimiento de la finalidad tributaria, se ha cumplido malamente” pues la sanción tributaria se aplicaba pese haber los reclamantes emitido boleta, haber realizado una autodenuncia y estar el impuesto de honorarios retenido, de forma que no había perjuicio fiscal²⁷⁰. Otro caso de interés lo constituye un recurso de protección interpuesto en contra del Gobernador provincial de Arauco quien en ejercicio de una facultad discrecional constituyó una servidumbre de tránsito en el predio de un particular para el beneficio de este. Al respecto el tribunal señala que las facultades ejercidas exceden el fin que fue previsto por el legislador, pues con la constitución de dicha servidumbre sólo se establece un paso más cómodo para el particular beneficiado siendo el mismo más costoso y de mayor extensión en comparación con otros posibles trazados con lo que la desviación de poder queda demostrada pues “la facultad se ejerce no para cumplir con el bien común sino para beneficiar a un tercero y por tanto habría arbitrariedad pues la decisión se adopta por mero capricho”²⁷¹. En ambos casos la desviación de poder aparece para los juzgadores de forma evidente.

En este último caso la desviación de poder aparece relacionada directamente con la arbitrariedad pues el fin ha sido un elemento importante en la jurisprudencia de los tribunales en la declaración de la misma. Así, se ha señalado que “un acto es arbitrario cuando ha sido dictado de manera caprichosa y alejado de las condiciones previstas por la ley para asegurar la finalidad de obtener el bien común”²⁷² o que “la arbitrariedad es un uso inconveniente, no razonable de facultades, excediéndolas más allá del fin que fue previsto por el

²⁷⁰ SCA de Concepción de 28 de diciembre de 1980, Abogados consultores de empresa con Director Regional del Servicio de Impuestos internos VIII región.

²⁷¹ SCA de Concepción, de 24 de noviembre de 1989, Rol 7586/89.

²⁷² SCA de Santiago, confirmada por la Corte Suprema de 23 de agosto de 1990, Rol 16.099.

legislador”²⁷³. De esta forma, los Tribunales atienden al fin para declarar la arbitrariedad cuando la medida adoptada no aparece razonable y se aparta del objetivo último de la norma.

El control del cumplimiento de la finalidad de la norma aparece en la jurisprudencia de los Tribunales en menor medida que la exigencia de la motivación y muchas veces como un factor complementario a esta. Así se observa en distintos fallos en relación con las potestades discrecionales de otorgamiento y renovación de patentes de alcoholes a establecimiento comerciales, potestades reconocidas a las autoridades municipales. En un caso concreto, el municipio de Las Condes no renueva la patente de alcoholes anteriormente otorgada a un restaurante aludiendo como causa de dicha decisión los malos olores y ruidos molestos provenientes de dicho local comercial, situación denunciada en reiteradas ocasiones por los vecinos del sector. Al respecto la Corte Suprema revocando lo resuelto en primera instancia por la Corte de Apelaciones, señaló que “ni el motivo que ha inducido a la autoridad municipal a emitir ese acto ni la finalidad que se intenta obtener son los que la ley ha querido que se cumplan mediante su dictación” finalidad que dice relación con el consumo de bebidas alcohólicas. De esta forma se intentaba hacer frente a otra problemática por medio de potestades discrecionales otorgadas para un fin específico y que nada tenía que ver con la situación de hecho. En este caso la Corte además reconoce el difícil problema de prueba que significa demostrar el incumplimiento de la finalidad por desviación del fin o desviación de poder, no obstante, señala que en el caso concreto quedaría de manifiesto de acuerdo a los antecedentes de la elaboración del decreto municipal, por lo que procede a declarar la arbitrariedad del acto en cuestión²⁷⁴. Esta situación se ha reiterado y la Corte Suprema ha revocado lo señalado por las respectivas Cortes de Apelaciones siguiendo el mismo razonamiento anterior e incluso poniendo de manifiesto el verdadero propósito de las decisiones municipales el que sería “sancionar a los recurrentes para terminar con el funcionamiento de sus locales

²⁷³ SCA de Concepción, de 24 de noviembre de 1989, Rol 7586/89.

²⁷⁴ SCS de 7 de marzo de 2005, rol 50/2005.

comerciales... aduciendo... motivos extraños a las patentes que amparan el expendio de bebidas alcohólicas - aspecto acerca del cual no se ha aducido reproche”²⁷⁵. El razonamiento de la Corte Suprema ha dejado claro que el control de la arbitrariedad llevado a cabo por las Cortes de Apelaciones en primera instancia ha sido débil pues en estos casos estas sólo se limitaron a constatar la existencia de motivos pero no se evalúa la correspondencia de estos con el fin querido por la norma²⁷⁶, siendo ello una conexión fundamental en la declaración de la desviación de poder como se ha señalado en doctrina²⁷⁷.

Los más recientes pronunciamientos de la Corte Suprema muestran que la desviación de poder se encuentra en un proceso de pleno desarrollo pues comienzan a formularse por los tribunales definiciones respecto a la misma. Así se ha señalado que “hay concretamente un fin diverso al expresado como fundamento del acto, circunstancia esta última que constituye desviación de poder, al pretender la autoridad disponer de manera infundada del cargo para entregar su desempeño a otra persona de su confianza, proceder ciertamente contrario al ordenamiento jurídico”²⁷⁸. En otro caso se señala que “la desviación de poder es un vicio que provoca la invalidación del acto administrativo y que se configura cuando la decisión contenida en aquél ha sido dictada por la autoridad teniendo en vista un fin diverso de aquel que lo faculta para dictarlo” la cual también puede tener lugar en potestades regladas²⁷⁹. En este mismo fallo junto con reconocerse expresamente que el fin forma parte de aquellos elementos reglados del acto administrativo el cual está constituido por el cumplimiento del interés general, se señala que el fin perseguido puede ser “de interés particular de la autoridad, como político, religioso o personal y que también puede ser de interés general, pero distinto de aquel específico que según la norma permitía la dictación del acto”²⁸⁰.

²⁷⁵ SCS de 12 de enero de 2006, rol 6493/2005.

²⁷⁶ En el mismo sentido SCS de 28 de diciembre de 2005, Rol 5503/2005.

²⁷⁷ VERGARA BLANCO, A., “*La motivación de los actos administrativos...*”, op. cit., p. 346. El autor ha reconocido que el análisis de los motivos es imprescindible en la declaración de la desviación de poder.

²⁷⁸ SCS de 20 de enero de 2014, Rol 568/2013.

²⁷⁹ SCS de 29 de diciembre de 2014, Rol 24615/2014.

²⁸⁰ SCS de 29 de diciembre de 2014, Rol 24615/2014.

De lo expuesto puede concluirse que la desviación de poder o desviación de fin es una técnica de control que se ha desarrollado en nuestro Derecho especialmente por la jurisprudencia de los Altos tribunales de justicia y que en el último tiempo ha experimentado un mayor desarrollo. Sin embargo, no hemos encontrado en doctrina un examen sistemático de las características que revisten la desviación de poder, lo que a nuestro juicio constituiría un análisis imprescindible para darle una fisonomía y cuerpo a esta técnica de control, que a través del establecimiento de sus presupuestos básicos podría ser aprehendida de mejor manera por los jueces y aplicada de forma más eficaz. Por otra parte, y tal como ya lo hemos señalado al referirnos a los hechos determinantes, si de por sí la prueba de la desviación de poder constituye un aspecto problemático de la misma, creemos que la ausencia de una etapa de prueba de acuerdo a las exigencias de un debido proceso en la configuración del recurso de protección no hace sino incrementar las dificultades de esta disminuyendo aún más sus posibilidades de utilización.

d) Los principios generales del Derecho

Los Tribunales de justicia al controlar la discrecionalidad administrativa no han hecho un amplio uso de los principios generales del Derecho que existen en nuestro ordenamiento jurídico y que se encuentran expresamente reconocidos por las principales leyes administrativas chilenas como son la LBGAE Y LBPA a la que ya nos hemos referido, obviando con ello importantes herramientas jurídicas.

Sin embargo, destacan de forma importante algunos principios que han sido utilizados de forma constante como son el principio de razonabilidad y racionalidad, el principio de proporcionalidad, el principio de igualdad ante la ley y más recientemente el principio de transparencia.

Los principios de racionalidad y razonabilidad aparecen generalmente cuando se trata de ponderar los motivos que sirvieron de base para tomar una decisión administrativa siendo un complemento en la calificación de los mismos como hemos señalado al referirnos a la motivación. También se han utilizado

ambos principios de forma independiente afirmando que la razonabilidad es la base de la discrecionalidad²⁸¹ importando su ausencia la arbitrariedad así como se ha señalado que la racionalidad es necesaria para evitar afectar derechos fundamentales²⁸² y que la Administración debe actuar con racionalidad pues en un Estado democrático de Derecho se encuentra proscrita la arbitrariedad²⁸³.

En una reciente sentencia de la Corte Suprema se cita literalmente el denominado doble test de racionalidad y razonabilidad en los mismos términos que lo ha estudiado la doctrina española²⁸⁴, en un esfuerzo a nuestro juicio, por intentar definir y dejar establecidas pautas claras a las que recurrir cuando deban enfrentarse a controlar la discrecionalidad administrativa, no obstante, parece ser un caso aislado pues no es posible observar fallos reiterativos en este sentido aunque si la utilización de ambos principios ha sido un pilar fundamental en la jurisprudencia de la Corte Suprema al controlar la discrecionalidad de la Administración.

Este mismo fallo utiliza también el principio de igualdad ante la ley el cual se ha invocado en relación a los funcionarios públicos. En el caso concreto se impugnaba un acto de hostigamiento y acoso laboral de una autoridad administrativa en contra de un funcionario mediante el bloqueo del acceso al sistema computacional, en el que la Corte Suprema señala que la medida “no se sujeta al principio de la igualdad, en cuanto no se han aplicado medidas iguales para casos iguales, esto es se trata de una medida particular que se funda en el único supuesto acreditado consistente en el uso de licencia médica”. En otro caso, frente a una desvinculación de un funcionario público aludiendo a las cláusulas generales “hasta que sus servicios sean necesarios” se señaló que al no motivar el acto en cuestión se infringía también el principio de igualdad ante la ley²⁸⁵.

El principio de proporcionalidad también ha sido un principio al que se ha recurrido para ponderar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa

²⁸¹ SCA de Santiago de 2 de mayo de 1985, Rol 335/ 84.

²⁸² SCS de 2 de enero de 2013, Rol 9088/2012.

²⁸³ SCS de 11 de septiembre de 2015, Rol 49458/2015.

²⁸⁴ SCS de 24 de diciembre de 2013, Rol 10.117/2013.

²⁸⁵ SCS de 9 de abril de 2013, Rol 1556/2013.

resaltando especialmente en materia de potestad sancionadora. Ante una multa impuesta por la Superintendencia de valores y de seguros la Corte se manifiesta de acuerdo con la sustitución que se hace de dicha multa señalando que: “una sanción de mayor entidad que la impuesta por el sentenciador de primer grado está más acorde con la infracción que se tuvo por configurada, cuya base se encuentra en dar cumplimiento al principio de proporcionalidad y, además, en la discrecionalidad que dan los preceptos en los que se ha establecido un marco de sanción, cuya aplicación corresponde al órgano administrativo que la impone como al órgano jurisdiccional revisor de lo actuado”²⁸⁶. En otro caso, y con respecto a una sanción aplicada por un Alcalde producto de un sumario administrativo se señaló que “del artículo antes citado aparece que la proporcionalidad de la sanción no es discrecionalidad del Alcalde... desde que es obligación de éste al momento de determinar la medida a aplicar tomar en consideración la gravedad de la falta y, además, las circunstancias atenuantes o agravantes que arroje el mérito de los antecedentes”²⁸⁷, estableciendo de esta forma un límite a la potestad de la autoridad.

En otro fallo en el que se impugna una medida de expulsión dictada por el Ministerio del Interior respecto de un extranjero, la Corte resolvió acogiendo el recurso señalando que “a Observación General N° 27 sobre la situación de los extranjeros con arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobada en el 67° período de sesiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1999, indica en sus párrafos 14 y 15 que las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse” agregando que este principio debe ser aplicado por las autoridades administrativas y judiciales debiendo explicarse las razones de la aplicación de medidas restrictivas. En este asunto como puede observarse, se realiza una aplicación del principio de proporcionalidad en virtud

²⁸⁶ SCS de 9 de diciembre de 2013, Rol 9136/2011.

²⁸⁷ SCS de 12 de junio de 2012, Rol 3345/2010.

de un mandato contenido en un Pacto internacional, que de acuerdo a la Constitución política también forma parte de nuestro Derecho²⁸⁸. Este mismo fallo agrega que las atribuciones que detentan los órganos de la Administración del Estado son conferidas por ley en función directa de la finalidad u objeto del servicio público de que se trate exigiendo su ejercicio además del respeto a los derechos de las personas, una necesaria razonabilidad en la decisión de la autoridad²⁸⁹.

Finalmente es posible encontrar algunos pronunciamientos que atienden al principio de transparencia como presupuesto de la exigencia de la motivación en los actos administrativos señalándose que “el principio de transparencia exige expresar los fundamentos considerados por la autoridad”²⁹⁰ con el cual debe cumplir todo acto administrativo pues “como tal, debe respetar la ley 19.880 y los principios regidos por la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, que en su artículo 13 inciso segundo prescribe que “la función pública debe ejercerse con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten”²⁹¹.

4.3. El control judicial de la oportunidad de ejercicio de una potestad

Se ha señalado que la determinación del momento u oportunidad para ejercer una determinada potestad discrecional formaría también parte de esa discrecionalidad entregada a la autoridad administrativa aún cuando en doctrina se ha dicho que este sería un elemento reglado²⁹². La Corte Suprema ha señalado al respecto que: “las leyes orgánicas del Servicio de Vivienda y Urbanismo y de Municipalidades les otorgan potestades jurídicas para ejecutar proyectos de

²⁸⁸ SCS de 10 de julio de 2014 Rol 17132/2014.

²⁸⁹ SCS de 10 de julio de 2014 Rol 17132/2014.

²⁹⁰ SCS de 14 de mayo de 2013, Rol 8751/2012, 28 de diciembre de 2012, Rol 3096/2012, SCS de 8 de junio de 2012, Rol 3233/2012, 30 de marzo de 2010, Rol 5313/2008.

²⁹¹ STS de 6 de diciembre de 2012, Rol 2843/2013

²⁹² SOTO KLOSS, E., “Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...”, op. cit., p. 379.

pavimentación y conservar los pavimentos, como la de administrar los bienes nacionales de uso público, respectivamente, pero dichas potestades son discrecionales en cuanto no cabe la posibilidad legal a los administrados de exigir el ejercicio de esa potestad en cualquier tiempo, porque ello, como se ha dicho, obedece en determinadas circunstancias a múltiples factores...” sin perjuicio de lo cual señala que las autoridades deben ponderar el ámbito de discrecionalidad que la ley les reconoce, aunque el recurso de protección “no logra erigirse en un medio para abrogar la discrecionalidad política de la administración en cuanto a la oportunidad del ejercicio de sus potestades y en la asignación y distribución más eficiente de los recursos o fondos escasos que le son otorgados para satisfacer necesidades ilimitadas”²⁹³.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte respecto de la decisión de una autoridad para ejercer su potestad normativa expresando que: “La determinación de la oportunidad, conveniencia o necesidad del ejercicio de la potestad reglamentaria es de competencia exclusiva del Fiscal Nacional, de modo que la negativa a que se ha hecho referencia en el motivo anterior no es ilegal ni arbitraria, argumento que resulta suficiente para rechazar el recurso intentado”²⁹⁴.

Otro ejemplo que puede mostrar con claridad la postura de la Corte en esta materia es respecto del acto que decreta un Estado de excepción constitucional, tópico propio de los denominados actos políticos o de gobierno. En este caso se había deducido una demanda para exigir responsabilidad extracontractual del Estado por su falta de servicio al no decretar a tiempo un estado de excepción constitucional con posterioridad a una catástrofe, lo que habría provocado perjuicios en los bienes del recurrente. Al respecto la Corte Suprema señaló que el acto por el que se decreta dicha medida es un acto administrativo dictado en ejercicio de una potestad de gobierno y discrecional, expresándose en un voto minoritario que “Ponderar si debía declararse zona de catástrofe a alguna región

²⁹³ SCS de 23 de septiembre de 2010, Rol 5267/2010.

²⁹⁴ SCS de 27 de enero de 2014, Rol 14.553/2013.

del país en ejercicio de las facultades que al Presidente de la República le otorga la Ley N° 16.282, si una declaración tal fue tardía o si ésta debió comprender la medida de convocar a las Fuerzas Armadas es una atribución privativa y excluyente del Ejecutivo que la judicatura no puede subrogar. Y tal es precisamente lo que ocurriría si esta Corte Suprema se avoca a esas determinaciones que en nuestra institucionalidad quedan sujetas al control político”²⁹⁵.

No obstante estos pronunciamientos, es posible encontrar una excepción o matización en virtud de la cual la Corte Suprema atiende al “plazo razonable” para expresar el tiempo en que el ejercicio de una potestad discrecional puede ser ejercida. El asunto en cuestión trataba de un nombramiento de funcionarios municipales que no se realizó pues en medio de proceso administrativo hubo cambio de Alcalde y la nueva autoridad lo mantuvo inconcluso durante meses. Tal conducta atentaba tanto contra el principio conclusivo consagrado en el art. 8 LBPA, conforme con el cual los afectados tienen derecho a que se dicte el acto final que cierre el procedimiento administrativo así como con la normativa específica en materia de concursos públicos, que si bien no establecía un plazo para que se dictase el acto de nombramiento, ello no significaba a juicio del tribunal, “que la autoridad pueda dilatar indefinidamente la conclusión del concurso público, toda vez que aquélla debe resolver el asunto dentro de un plazo razonable, cuestión que en la especie no se cumplió”²⁹⁶.

De esta forma la Corte Suprema no cuestiona la discrecionalidad entregada a la autoridad para determinar la oportunidad de ejercer sus potestades discrecionales encontrando como excepción un plazo razonable, lo cual se suma a las excepciones que se pueden hacer valer en el control de legalidad que lleva a cabo Contraloría en virtud del cual el control es procedente respecto de este aspecto cuando existe establecido un plazo de actuación en la propia norma, así

²⁹⁵ SCS de 24 de diciembre de 2013, Rol 4029/2013.

²⁹⁶ SCS de 8 de septiembre de 2014, Rol 3842/2014.

como cuando producto de una actuación inoportuna o tardía la Administración no cumpla de forma eficaz y eficiente con su función²⁹⁷.

Encontramos aquí un interesante planteamiento que da lugar a que nos preguntemos si esta excepción podría configurarse como una jurisprudencia constante en el futuro por parte de nuestros tribunales de justicia o bien sumar otro tipo de excepciones. En este caso ¿cuáles son los alcances y límites del control judicial de este aspecto? Sin duda que para aclarar estas interrogantes y proyecciones, la experiencia comparada puede ser de bastante utilidad como veremos posteriormente.

4.4. El control judicial de la discrecionalidad técnica

Al referirnos en páginas anteriores a la discrecionalidad técnica hemos señalado que la misma se encuentra relacionada con la discrecionalidad administrativa siendo una materia que aparece en aquellos ámbitos en que la técnica tiene mayor protagonismo ya sea por las características de la actividad misma o bien porque el legislador se ha valido de conceptos técnicos para redactar las normas jurídicas que regulan estos espacios. Respecto del control judicial de estas materias técnicas, podemos señalar una serie de ejemplos que demuestran una actitud más bien prudente de la Corte Suprema la que se limita a constatar el cumplimiento de los aspectos formales que envuelven una decisión adoptada en el seno de un órgano administrativo especializado y que debe adoptar una decisión teniendo en consideración específicas reglas ya sea de la ciencia o de la técnica. Así, existen diversos pronunciamientos de la Corte en que se reconoce ese espacio adoptando una distancia al señalar que “los hechos en virtud de los cuales se impone la sanción de multa a la reclamante de ilegalidad, resultan ser de un alto contenido técnico, por ser materias que requieren de una gran especialización, se observa por esta Corte que para resolver acerca de sus causas ha actuado justamente la autoridad técnica

²⁹⁷ BERMÚDEZ SOTO, J., “*Derecho administrativo General...*”, op. cit., pp. 496-497.

especializada en la materia que el ordenamiento jurídico vigente ha establecido”²⁹⁸.

En el mismo sentido, en un proceso de selección llevado a cabo por la Academia Diplomática, un concursante impugna la resolución final del órgano señalando que fue objeto de una calificación infundada en la quinta etapa del proceso en cuanto la comisión examinadora desconoció el mérito del resto del proceso, en los cuales obtuvo el primer lugar en los exámenes objetivos y el tercer mejor puntaje en presentación a la entrevista final especialmente la prueba psicológica. Al respecto la Corte señala que no aporta el interesado ningún antecedente objetivo que demuestre lo irrazonable, desproporcionado o injustificado de la actuación de los profesionales intervinientes sin que pueda ser el porcentaje de ponderación asignado a las pruebas en general y a la que se reclama, en particular materia de reproche, por ser ésta una competencia exclusiva de la comisión evaluadora, que simplemente debe informar de ello a los postulantes, lo que no ha sido puesto en duda²⁹⁹.

Ahora bien, en materia ambiental especialmente en lo que dice relación con las decisiones adoptadas por la autoridad en el Sistema de Evaluación de Impacto ambiental se ha producido una controversia respecto de la forma en cómo la Corte Suprema está desplegando su función judicial. Antes del 2009, año en que la jurisprudencia dio un giro en esta materia, la Corte tenía una actitud deferente hacia la autoridad administrativa y las decisiones que se adoptan por esta sin entrar a controlar si quiera aspectos de forma. Esta situación ha cambiado y manifestación de esto lo constituye el siguiente pronunciamiento de la Corte que conociendo de un Recurso de protección señala que “Esta Corte no invade el campo de los órganos administrativos técnicos correspondientes pues no se va a pronunciar sobre la procedencia o no del Proyecto de la Central Termoeléctrica Los Pirquenes en el lugar en que pretende emplazarse; lo cuestionado aquí es el

²⁹⁸ SCS de 9 de julio de 2014, Rol 10.761/2014.

²⁹⁹ SCS de 27 de julio de 2010, Rol 3186/2010.

procedimiento de la Comisión y la forma y tiempo cómo se adoptó el Acuerdo de aprobación del proyecto referido”. Este recurso fue confirmado por la Corte Suprema y en definitiva se acoge el recurso de protección que se había interpuesto en primera instancia atendiendo principalmente a la motivación insuficiente de la decisión discrecional señalando que: “Concordamos con la Comisión de evaluación que el análisis de mérito técnico-científico asociado a materias ambientales es de exclusivo resorte de los órganos de la Administración del Estado designados para ello” Sin embargo, “De los argumentos proporcionados por los integrantes de la Comisión que ya reprodujimos, aparecen que sus votos no están fundados en razones ambientales- técnicas o jurídicas- y más aún, algunos de éstos no formularon argumentación atingente alguna”³⁰⁰.

Un sector de la doctrina acusa que lejos de ser este un control más sofisticado, se ha producido un activismo judicial por ir los jueces más allá de lo que las reglas jurídicas permitirían ocasionando con sus pronunciamientos judiciales un entorpecimiento al desarrollo del país³⁰¹. Así, señalan como ejemplo del inicio de este activismo, la siguiente frase de un fallo dictado por la Corte Suprema: “los jueces pueden controlar las decisiones técnicas ambientales de la Administración cuando estas no se ajustan a las reglas de procedimiento o validez de los actos administrativos de los cuales ellas emanan”³⁰². El asunto en cuestión impugnaba la decisión de la Comisión regional de Medio ambiente por permitir la construcción de una Central termoeléctrica en el año 2009. Otro ejemplo de este activismo sería una sentencia que “sostuvo que el omitir el estudio de SERNAGEOMIN constituye una ilegalidad y que tal ilegalidad es a su vez una amenaza a los derechos fundamentales a la vida y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. En este caso se cuestionó que dicha omisión pudiese acarrear una vulneración de derechos fundamentales³⁰³.

³⁰⁰ SCS de 26 de noviembre de 2012, Rol 7071/2012.

³⁰¹ GARCÍA, J., Y VERDUGO, S., “*Activismo judicial en Chile...*”, op. cit., pp. 48 y ss.

³⁰² GARCÍA, J., Y VERDUGO, S., “*Activismo judicial en Chile...*”, op. cit., p. 52. Cita SCS de 22 junio de 2009, Rol 1219/2009.

³⁰³ GARCÍA, J., Y VERDUGO, S., “*Activismo judicial en Chile...*”, op. cit., pp. 54-55. Cita SCS de 11 mayo de 2012, Rol 2463/2012.

La doctrina más autorizada señala que lo que aquí ha hecho la Corte ha sido aplicar las reglas del Derecho administrativo procedimental para resolver conflictos ambientales no siendo esta postura un error sino que sólo la aplicación del Derecho administrativo³⁰⁴ y que hay una falta de comprensión de cuáles son las reglas básicas que cualquier proyecto o actividad debe respetar para poder instalarse en un determinado lugar existiendo un control más intenso de legalidad pero no fuera de esta³⁰⁵.

Por nuestra parte consideramos que acusar de activismo judicial al Tribunal por realizar o llevar a cabo la función que constitucionalmente le ha sido encomendada, es decir, realizar un control jurídico de los actos administrativos, es una afirmación exagerada al menos en estos asuntos en que claramente se observa que se controlan aspectos jurídicos y demuestra lo necesario y relevante de establecer los límites de la función judicial no sólo para los propios tribunales sino que para todos los involucrados en estos ámbitos tan sensibles.

5. Límites judiciales del control de la discrecionalidad

Como se ha señalado, de acuerdo al art. 6 CPR y art. 2 LBGAE, la Administración está obligada a someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, sin embargo, en virtud del principio de juridicidad que rige el Derecho chileno, esta obligación se extiende a la observancia de todo el Ordenamiento jurídico y del Derecho pudiendo su actividad ser sometida a control judicial en virtud del art. 38 inc. 2 que establece la tutela judicial y art. 20 que regula el recurso de protección. Esta premisa hoy no se encuentra en discusión señalándose que en Chile no existe ningún órgano del Estado que se encuentre fuera del Ordenamiento jurídico y con ello fuera del alcance de los tribunales, lo contrario constituiría una infracción al principio de

³⁰⁴ CORDERO VEGA, L., "*Corte Suprema y Medio ambiente...*", op. cit., p. 372.

³⁰⁵ CORDERO VEGA, L., "*Corte Suprema y Medio ambiente...*", op. cit., p. 375. De acuerdo al autor, muchas de las cuestiones que hoy está resolviendo la Corte corresponden a omisiones regulatorias, a problemas de diseño institucional y a dicha falta de comprensión de las normas que deben ser respetadas para iniciar su actividad energética.

igualdad ante la ley establecido en el art. 19 n°2 CPR³⁰⁶, presupuesto sobre el cual no se puede invocar la existencia de un Estado de Derecho. Respecto del ejercicio de potestades regladas el control judicial no plantea mayores problemas puesto que cada aspecto de la potestad se encuentra previamente configurado y previsto por la norma en cuestión, el juez deberá revisar que los mismos se hayan cumplido en los términos establecidos. Respecto de las potestades discrecionales hemos visto en las páginas anteriores como se procede en la denominada vía ordinaria del recurso de protección sin embargo surge la interrogante, ¿hasta dónde puede extenderse el control judicial respecto de estas potestades?

Los pocos pronunciamientos doctrinales en relación con este punto se encuentran de acuerdo en señalar que sólo los supuestos y elementos en que está permitida la discrecionalidad se encuentran al margen del control judicial³⁰⁷ aunque otros opinan que aún en el caso que la medida sea discrecional el juez podrá contrastar la misma con el principio de proporcionalidad y razonabilidad pues esa ponderación si podrá ser realizada por el juez³⁰⁸ ya que ambos son principios jurídicos y como tales forman parte del Ordenamiento jurídico pues el control judicial debe referirse a aspectos jurídicos y no de otra índole, es decir, se debe respetar el ámbito de actuación funcional que se le ha encomendado a la Administración del Estado sin que el juez pueda llegar a sustituir a la Administración en estas materias³⁰⁹. Sin embargo, también se ha sostenido que el control judicial podría ceder en ese espacio cuando el objeto del juicio fueran derechos subjetivos lesionados en virtud de esa discrecionalidad³¹⁰.

De acuerdo a la jurisprudencia de los Tribunales superiores de justicia, cuando de potestades discrecionales se trata, en un comienzo recordemos que las Cortes ni siquiera entraban a conocer del ejercicio de la discrecionalidad administrativa señalando que dicho control significaría “mezclar facultades jurisdiccionales y atribuciones judiciales propiamente tales con las que ejercen

³⁰⁶ SOTO KLOSS, E., *“Derecho Administrativo, Bases Fundamentales...”*, op. cit., pp. 59-60

³⁰⁷ CALDERA DELGADO, H., *“Tratado de Derecho Administrativo, v.1...”*, op. cit., p. 15.

³⁰⁸ SOTO KLOSS, E., *“Derecho Administrativo, Bases Fundamentales...”*, op. cit., pp. 60-61

³⁰⁹ CAMACHO CEPEDA, G., *“La discrecionalidad administrativa en tela de juicio...”*, op. cit., pp. 17-18.

³¹⁰ MORAGA KLENNER, C., *“Tratado de Derecho administrativo, La actividad formal...”*, op. cit., p. 36.

administrativamente los organismos públicos”³¹¹. Este razonamiento aún se deja entrever en lo que respecta a la sustitución judicial de la medida o actuación adoptada en ejercicio de la discrecionalidad administrativa siendo la mayor parte de los pronunciamientos de los Tribunales anulatorios y no sustitutorios. Así, la Corte Suprema ha señalado expresamente en algunos fallos que no puede sustituir a la Administración por ejemplo en materia de potestad sancionadora en donde ha dicho que “ningún reclamo de ilegalidad puede ser acogido en estas condiciones, menos en lo referente a la reducción de la multa porque el tribunal carece de facultades para inmiscuirse en la discrecionalidad reglamentaria que tiene la Superintendencia de Servicios Eléctricos para la determinación del monto de la multa”³¹².

También en materia de contratación pública, la Corte manifiesta un actuar prudente y respetuoso de los órganos específicos que deben adoptar decisiones en estas materias al señalar que “lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, importa una transgresión a la normativa administrativa sobre impugnación en procedimientos licitatorios, al permitir con la presente acción de protección una reclamación alternativa, que pretende sustituir al órgano administrativo encargado del proceso de licitación y con esto se hace revivir una licitación que había sido declarada desierta por la autoridad administrativa competente...de modo que con lo resuelto por el Tribunal a quo, se está imponiendo al Estado continuar forzosamente un convenio que ya había expirado en su plazo de conclusión”³¹³.

Dicho esto, y aún cuando no corresponda a nuestro objeto de estudio, no podemos obviar las particularidades existentes en materias ambientales, energéticas y económicas. Como ya señalamos al exponer la configuración del

³¹¹ SCA de Santiago de 7 de octubre de 1981, Bolsa de Comercio de Santiago con Ministro de Educación.

³¹² SCS de 19 de agosto de 2010, Rol 5998/2010. Aunque también se ha manifestado en un sentido diverso en esta materia al modificar la multa impuesta por un órgano administrativo elevándose incluso por resultar a su juicio, más acorde con la infracción tenida por configurada y con el principio de proporcionalidad, SCS de 9 de diciembre de 2013, Rol 9136/2011.

³¹³ SCS de 18 de noviembre de 2011, Rol 8544/2011.

sistema de justicia administrativa, en el Derecho chileno existen jurisdicciones administrativas especializadas, sujetas a la superintendencia de la Corte Suprema pero al margen del Poder Judicial. En este sentido nos interesa destacar especialmente la composición de los Tribunales ambientales, que de acuerdo al art. 2 de la ley n° 20.600 que crea los tribunales ambientales, estos se encontrarán conformados por tres jueces. Dos de ellos dos deberán tener título de abogado, siendo el tercero un licenciado en Ciencias con especialización en materias medioambientales. De la misma manera el Tribunal de Defensa de la libre competencia creado por la ley n° 19.911 está integrado por cinco jueces, tres de los cuales son abogados y los dos restantes economistas. Como puede observarse, el legislador chileno al dotar a estos “tribunales” con personal especializado en la materia ha consagrado el principio de deferencia al experto³¹⁴ manifestando su intención de que las decisiones y actuaciones administrativas que se desenvuelven en estos ámbitos en donde se requieren conocimientos científicos y técnicos puedan ser controladas y revisadas de forma plena por estos tribunales, lo que podría configurar con mayor facilidad eventuales sustituciones de las decisiones administrativas en estos ámbitos³¹⁵.

Aún cuando los límites del control judicial no aparecen como una materia muy abordada por la doctrina y jurisprudencia, su clara delimitación constituye un aspecto imprescindible pues ello permite establecer con claridad hasta dónde puede llegar la función del juez en el control de la discrecionalidad administrativa sin temor a rebasar las competencias reservadas a otros órganos y sin dejar con ello de desplegar una adecuada actividad judicial.

³¹⁴ COSTA CORDELLA, E., *“Los tribunales administrativos especiales en Chile...”*, op. cit. pp. 157 y ss.

³¹⁵ COSTA CORDELLA, E., *“Los tribunales administrativos especiales en Chile...”*, op. cit., p. 159. El autor ha dejado de manifiesto el debate doctrinal que se ha suscitado en torno a la naturaleza de estos órganos jurisdiccionales.

IV. SÍNTESIS

De acuerdo a lo señalado a lo largo de estas páginas, puede observarse que existe en el Derecho chileno una visión contemporánea de la discrecionalidad administrativa en la que la influencia del Derecho comparado ha sido un gran aporte. Esto se manifiesta en distintos aspectos fundamentales e imprescindibles en un Estado moderno en el que se respeten las garantías y derechos de los ciudadanos y que se traducen a que la discrecionalidad administrativa sólo existe dentro del Ordenamiento jurídico el cual rechaza la arbitrariedad y que su ejercicio puede ser objeto de control judicial.

Sin embargo, es posible observar también algunas sombras en torno a la discrecionalidad administrativa en relación a materias que se encuentran en estrecha relación con esta. Así, ajena a la tradicional configuración de la discrecionalidad que se centra en las potestades administrativas y en el acto administrativo, aparece otra perspectiva y que observa el fenómeno desde el punto de vista de la estructura de la norma. En completa conexión con esto surgen además nociones como la denominada discrecionalidad técnica o los conceptos jurídicos indeterminados que aparecen para dar una explicación a la nueva realidad del Derecho administrativo chileno en sus áreas más especializadas, pero sin que exista en relación con las mismas un análisis más acotado acerca de su origen, función así como las verdaderas consecuencias de su importación a nuestro Derecho, es decir, una proyección especialmente en el ámbito del control judicial.

Por otra parte, se observa que el control judicial de la discrecionalidad administrativa se encuentra en pleno desarrollo, siendo los presupuestos básicos del mismo los requisitos de procedencia del recurso de protección: arbitrariedad e ilegalidad. En este control es posible observar elementos específicos que se han ido desarrollando con clara influencia del Derecho comparado y también con mucha intuición de parte de los juzgadores aunque falta un análisis más profundo

en torno a las mismas por parte de la jurisprudencia, dando esto lugar a varias interrogantes y reflexiones que hemos dejado de manifiesto en los respectivos apartados. Así en relación con los hechos de la decisión administrativa, se plantean dudas acerca de la prueba de estos en el contexto del recurso de protección, como los límites de la función judicial en sus distintos aspectos; respecto de la motivación como indicador de ilegalidad y/o arbitrariedad no deja de sorprendernos cuando su exigencia desaparece en función del sujeto que dicta el acto o en situaciones en que fácilmente se podrían configurar arbitrariedades; en relación con la desviación de poder, resulta evidente la necesidad de un análisis en torno a la misma que nos permita conocer las características básicas de esta técnica en nuestra realidad jurídica chilena para facilitar así su real comprensión de parte de los juzgadores e identificar las dificultades de su aplicación; finalmente se observa una utilización limitada de la técnica de los principios generales del Derecho siendo necesario extenderla a otros que el mismo Ordenamiento jurídico pueda ofrecer y que sean útiles a la hora de entregar al juez nuevas herramientas de contraste de las decisiones cuestionadas.

De esta manera las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa requieren de perfeccionamiento y de la misma forma lo exige la determinación de los límites de la función judicial especialmente en relación con la denominada discrecionalidad técnica, los conceptos jurídicos indeterminados así como en el control de la oportunidad del ejercicio de una determinada potestad discrecional a objeto de fortalecer la función judicial.

Junto con lo anterior aparecen también obstáculos de tipo procesal derivados de la configuración del sistema de justicia administrativa especialmente a través de la vía del recurso de protección como principal procedimiento de examen de esta materia.

Todo lo expuesto, demuestra que el control judicial de la discrecionalidad administrativa en el Derecho chileno se encuentra en pleno desarrollo y presenta defectos que pueden lesionar las garantías y derechos de los ciudadanos en el ámbito judicial siendo imprescindible determinar y conocer cuáles son los

fundamentos sólidos que delimitan la función del juez no tan sólo para esclarecer hasta dónde este puede llegar, sino también para conocer todos los elementos que la misma debe abarcar según los criterios que nuestro mismo Ordenamiento jurídico establece, pues un control judicial débil o temeroso no logra tampoco cubrir las legítimas pretensiones de los ciudadanos lo que adquiere mayor importancia cuando sus derechos se encuentran en juego. Por ello consideramos que es indispensable contar con pautas y criterios que guíen adecuadamente el control judicial de la discrecionalidad administrativa para lo cual el estudio del Derecho español puede ayudar a iluminar algunos de estos puntos y en otros, simplemente a servirnos de guía para buscar la mejor solución de acuerdo a nuestra realidad jurídica.

PARTE SEGUNDA

**LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU CONTROL
JUDICIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL**

I. BASES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

1. Los principios de legalidad y juridicidad

La Constitución española de 1978 (en adelante C.E.) consagra en su articulado importantes normas que responden a la persecución de un claro objetivo: “asegurar el imperio de la Ley y el Derecho en el contexto de un Estado, que se reputa de Derecho, y que proclama la Justicia como un valor superior a cuyo cumplimiento ha de orientar todos sus esfuerzos”³¹⁶. De esta forma se encuentran presentes en la Carta Fundamental el art. 9.1 que establece el principio de legalidad; el art. 9.3 que consagra la interdicción de la arbitrariedad; los arts. 103. 1 y 106.1 que ordenan el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho; y finalmente el art. 24 que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta última norma es trascendental en el Derecho español pues su instauración en la Carta Fundamental permitió dejar atrás el arraigado carácter revisor del control de la legalidad de la actuación administrativa, sepultando así las limitaciones y restricciones que llevaba consigo la aplicación de este dogma³¹⁷ lo que significó un paso importante en materia de control judicial de la Administración.

Del conjunto de normas citadas por tanto, se reafirma por la Carta Fundamental española el reconocimiento de un Estado de Derecho en su sistema jurídico.

³¹⁶ FERNÁNDEZ TORRES, J., *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, p. 256.

³¹⁷ FERNÁNDEZ TORRES, J., “*Jurisdicción administrativa...*”, op. cit., pp. 266-267, 322-323. Después de la Constitución de Cádiz y con el posterior desplazamiento de la Jurisdicción ordinaria a las Jurisdicciones administrativas especializadas, el control de la legalidad de la actuación administrativa comienza a configurarse con un carácter revisor aplicado de forma bastante restrictiva por la jurisprudencia. De acuerdo al autor el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión establecido en el art. 24. 1, exigía la proscripción del modelo procesal como fue concebido por la jurisprudencia, el cual se encontraba lleno de obstáculos y formalidades que impedían que existiese un pronunciamiento judicial respecto del fondo del asunto y con ello la satisfacción de la pretensión de protección jurídica de los titulares de derechos e intereses legítimos. En este sentido el contencioso administrativo tiene como función antes que todo, velar por el cumplimiento del mandato constitucional por encima de las limitaciones o restricciones que podría llevar consigo la aplicación del dogma revisor del contencioso administrativo.

El Estado de Derecho, característica inseparable actualmente de todo Estado que se considera democrático, ha perseguido desde sus orígenes limitar el Poder con el objeto de conseguir un justo equilibrio entre el ámbito de acción de este y la esfera en la que se desenvuelven los ciudadanos³¹⁸. En esta tarea el principio de legalidad ha sido uno de los elementos determinantes para lograr dicho objetivo.

En términos generales el principio de legalidad se ha entendido tradicionalmente como el sometimiento de todo el poder público y especialmente de la Administración pública a la Ley³¹⁹. Esta concepción encarna la teoría de la vinculación positiva de la Administración, en absoluto contraste con la denominada teoría de la vinculación negativa. Esta última admitía en la experiencia alemana (Negative bindung) un espacio de actuación reservado y propio de la Administración en todos aquellos ámbitos en los que no se le hubiese prohibido expresamente su intervención por el Parlamento³²⁰, siendo invocada por aquellos que se encontraban interesados en justificar la existencia de un espacio en el que los poderes del Monarca pudiesen desplegarse de forma autónoma y así hacer frente a las ideas del liberalismo radical u originario³²¹. La ley desde este punto de vista, era entendida sólo como un límite externo a la libertad de determinación de las potestades públicas³²².

Por su parte, la teoría de la vinculación positiva se centró principalmente en elevar a la ley como el epicentro normativo de mayor trascendencia en la vida jurídica de todos los entes que ejercieran poderes públicos, ello como manifestación del contexto revolucionario francés cuyo principal objetivo fue

³¹⁸ MUÑOZ MACHADO, S., Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general, Tomo I, La formación de las Instituciones públicas y su sometimiento al Derecho, Iustel, Madrid, 2011, p.652

³¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., Curso de Derecho Administrativo I, 16ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 477-478.

³²⁰ DE LA CUÉTARA, J., Las potestades administrativas, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 88-89.

³²¹ BELADIEZ ROJO, M., La vinculación de la Administración al Derecho, Revista de Administración Pública, n° 153, septiembre-diciembre, 2000, p. 316.

³²² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., "Curso de Derecho...", op. cit., p. 482.

lograr un poder estrictamente legalizado³²³ en la formación del nuevo ente estatal que se había abierto paso después de la abolición de la Monarquía.

El principio de legalidad entendido como la vinculación positiva de la Administración a la ley significa que esta última se erige como un límite al poder de la Administración no pudiendo esta realizar actuaciones que vayan en contra de lo que la ley señale o que tengan lugar fuera del ámbito que la ley regula, requiriendo la actuación administrativa de una “cobertura legal”³²⁴ para poder realizar actuaciones administrativas con plenos efectos jurídicos, sin que pueda por tanto configurarse la Administración como un poder al margen de la legalidad pues aquella depende de esta para desplegar su actividad y así cumplir con los intereses generales que se le han encomendado por el Ordenamiento jurídico.

García de Enterría y Fernández Rodríguez siguiendo a Kelsen, sostienen que en el Derecho español la vinculación positiva de la Administración a la ley se encontraría plenamente vigente y que está entendida desde una perspectiva formal, es decir, como aquella norma que emana del Legislativo y como tal sigue enmarcando la actuación administrativa en general, ya sea actuando directamente sobre la Administración o bien condicionándola al limitar su potestad reglamentaria. No obstante remitirse en este punto a la ley formal, destacan que cuando se habla del principio de legalidad de la Administración se hace alusión al Ordenamiento jurídico en general, entendiéndolo por tanto como la sujeción de la Administración a un bloque de legalidad, sin atender a una norma jurídica específica o a un rango jurídico determinado³²⁵.

Por otra parte, para este sector de la doctrina, el principio de legalidad entendido como un bloque de legalidad al cual la Administración se encuentra vinculada de forma positiva, tendría además una importancia capital pues actuaría también como un mecanismo de atribución de potestades de los órganos

³²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los Derechos, La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 111.

³²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., pp. 484-485.

³²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 479.

de la Administración, mediante la exigencia de una norma previa que siempre deba habilitar a aquella en sus actuaciones³²⁶.

Esta vinculación general de la Administración a las normas se encontraría según estos autores de forma explícita en los arts. 9.1 y 9.3 C.E. consagrando este último como principio básico, por su ubicación en el título preliminar, al principio de legalidad en virtud de lo cual se encontraría revestido de un “carácter de decisión política fundamental con valor superconstitucional”³²⁷ protegido de forma especial por el art. 168. Mención especial recae sobre el art. 103.1 que establece el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho y el cual sería la fuente principal tanto de la vinculación positiva así como del mecanismo habilitador de la Administración que exigiría por cada actuación administrativa una norma previa que la anteceda.

Sin embargo, existe un grupo de autores españoles que no estaría de acuerdo con el planteamiento clásico recién expuesto respecto de la configuración del principio de legalidad. En relación con esto se ha señalado que la teoría de la vinculación positiva se ha abandonado³²⁸ y que el art. 103. 1 que establece el sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho no puede ser considerado como argumento suficiente para afirmar que en dicho artículo se establezca una vinculación positiva de la Administración ni como la exigencia constitucional de una norma previa que habilite y condicione el actuar de esta³²⁹.

En congruencia con este sector de la doctrina, Muñoz Machado plantea que el principio de legalidad entendido como un bloque de legalidad al que debe someterse la autoridad, corresponde a una etapa de la formación del Estado de Derecho en los dos últimos siglos. Así, en sus orígenes este se configuró como

³²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T., *“Curso de Derecho...”*, op. cit., p. 484.

³²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T., *“Curso de Derecho...”*, op. cit., p. 484.

³²⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, pp. 104 y ss. El autor señala que el abandono de dicha teoría se funda en que la doctrina jurisprudencial reconoce en la práctica supuestos de vinculación meramente negativa de la Administración a la ley y que una interpretación sistemática de la Constitución conduce a un resultado coincidente con dicha realidad.

³²⁹ BELADIEZ ROJO, M., *“La vinculación de la Administración al Derecho...”*, op. cit., p. 319.

un Estado legal de Derecho³³⁰, pues después de la Revolución francesa la ley surge como el instrumento clave que permite materializar las ideologías revolucionarias. Se instaura el “Reino de la ley” y en virtud de este no existe norma más importante que ella y sólo en virtud de esta la autoridad podrá ejercer potestades jurídicas³³¹ de manera que la ley actúa como un mecanismo de atribución de potestades teniendo plena aplicación la teoría de la vinculación positiva.

Este centro de atención exclusivo en torno a la ley formal se fue extendiendo a los reglamentos mediante el reconocimiento paulatino de la capacidad radicada en la misma Administración para dictar normas que condicionaran su actividad administrativa no siendo tan sólo la ley la que concurría a esta tarea³³². Esta apertura de la “legalidad” habría permitido a su vez limitar el principio de primacía de la ley pues la concentración excesiva del poder en manos del legislativo desequilibraba los tres grandes poderes estatales afectando con ella el principio de separación de poderes³³³.

La extensión del bloque de legalidad no se detuvo aquí, pues posteriormente la exaltación a la ley y al bloque de legalidad comienza a decaer debido a diversos cambios sociales, políticos y económicos que surgieron en el siglo XX y que permitieron que la idea de soberanía radicada en un solo sujeto y de forma excepcional en la Administración, se quebrara. De esta forma nacen y se reconocen una multiplicidad de entes capaces de producir normas jurídicas vinculantes para los poderes del Estado de forma obligatoria de carácter tanto nacional como internacional³³⁴. En este contexto el bloque de legalidad ya no tiene la misma trascendencia de antaño y el nuevo centro de atención quedará radicado en la Constitución, a la que se le reconoce la máxima ubicación en la jerarquía normativa por ser la Norma fundamental y suprema, guía de toda la actuación del Estado. El bloque de legalidad es reemplazado por el de

³³⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho Administrativo...”*, op. cit., p. 391

³³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *“La lengua de los Derechos, La formación del Derecho...”*, op. cit., p. 108

³³² MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho administrativo...”*, op. cit., pp.663-664.

³³³ MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho administrativo...”*, op. cit., p. 666.

³³⁴ MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho administrativo...”*, op. cit., pp.659-661.

constitucionalidad el que se encuentra conformado por la legalidad tanto formal como material y por otros elementos determinantes como son los principios generales del Derecho, la costumbre y valores constitucionales así como los derechos y libertades que la Carta Fundamental establece³³⁵. Este proceso, denominado por el autor como constitucionalización de la legalidad, permitirá que el Estado de Derecho deje su etiqueta de legal para convertirse en un Estado Constitucional de Derecho³³⁶.

De esta forma Muñoz Machado deja de manifiesto que hablar de bloque de legalidad corresponde a una etapa superada en la formación de algunas instituciones jurídicas y que a pesar de que en la mayoría de los países de Europa se continúa aplicando la doctrina de la ley formal dicha concepción del principio de legalidad no representa el nuevo contexto jurídico imperante y su relación con la Administración del Estado³³⁷.

En virtud de lo anterior, es que Muñoz Machado entiende el principio de legalidad como un principio de legalidad-juridicidad lo que significa que la Administración está sometida no a la ley sino al Derecho en su conjunto, entendido este como un espacio mayor que incluye además de la ley, normas superiores e inferiores a ella, nacionales y supra nacionales, principios, valores y garantías de los derechos y libertades de los ciudadanos³³⁸. Este principio de juridicidad estaría expresamente reconocido en el art 103.1 C.E. al distinguir el precepto expresamente entre la ley y el Derecho, distinción que sería trascendental pues reafirma que además del respeto a la ley, se debe respetar todo el Derecho empezando por la Constitución cuya jerarquía normativa superior se deja establecida en el art. 9.1 C.E. Esta importante cláusula utiliza además la expresión “pleno” que significaría que dicha vinculación sería completa y sin excepciones con el objeto de desterrar de la actuación administrativa actos que pueden ser contrarios al Ordenamiento jurídico o bien que puedan producirse

³³⁵ MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho administrativo...*”, op. cit., pp. 663-664.

³³⁶ MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit., p. 736

³³⁷ MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho administrativo...*”, op. cit., p.666

³³⁸ MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit., pp. 733-735.

fuera del mismo³³⁹, pero que en ningún caso como afirma García de Enterría y Fernández Rodríguez, se establecería en dicho artículo la teoría de la vinculación positiva y la exigencia de norma previa para los actos de la Administración.

Como puede observarse, el término legalidad o todo aquello que dice relación con la ley para definir los límites que se le imponen a la Administración en sus diversas actuaciones, ha evolucionado a nociones más amplias que permiten abarcar otros elementos formativos del Derecho y en este sentido los límites que deben ser respetados por los órganos administrativos ya no solo vienen dados por la ley sino que por el Ordenamiento jurídico en su conjunto. Esto no sólo ha permitido ampliar el abanico de restricciones a las que debe someterse la Administración sino que también plantea debates que traen aparejadas diferentes consecuencias jurídicas según el razonamiento que se sostenga. Así ocurre con el mecanismo de atribución de potestades a la Administración, cuya clásica concepción legalista se ve enfrentada a otra visión más amplia de dicho proceso como veremos a continuación.

2. La atribución de la potestad

La forma en cómo las potestades públicas son atribuidas a la Administración para que esta pueda llevar a cabo sus funciones, ha sido una materia que ha dividido a la doctrina española en dos posturas claramente diferenciadas. Así, es posible encontrar una postura más restrictiva de la legalidad administrativa versus otra más amplia o espiritualista de la misma³⁴⁰.

La perspectiva más restringida ha sido defendida por García de Enterría y Fernández Rodríguez quienes como ya hemos señalado entienden el principio de legalidad como un bloque de legalidad defendiendo la consagración en la Carta Fundamental de la teoría de la vinculación positiva de la Administración a la ley

³³⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo, Parte General*, 9ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pp. 88-89.

³⁴⁰ DE LA CUÉTARA, J., *“Las potestades administrativas...”*, op. cit., pp. 77-78.

y considerando a esta como el instrumento mediante el cual el Ordenamiento jurídico otorga las facultades o poderes jurídicos a los entes administrativos. Los autores siguiendo en esta materia a Kelsen señalan que toda actuación administrativa requiere de una atribución expresa y previa de potestad incluso aquellas de tipo discrecional³⁴¹ siendo esta exigencia “lo esencial del sistema de Estado de Derecho”. Este planteamiento obedece a dos razones básicas: la primera de ellas es que la ley es una expresión de la voluntad de la comunidad dotada por tanto de absoluta legitimidad; y la segunda, es que en virtud del principio de división de poderes el ejecutivo tendría asignada la misión de ejecutar la ley quedando por tanto limitado a actuar dentro del marco impuesto por la misma ley³⁴².

Este razonamiento habría sido recogido por la Carta Fundamental en los arts. 9.1 y 103.1. Este último al contener la expresión sometimiento pleno a la ley y al Derecho configura según los autores el mandato no tan solo como una mera libertad básica de acción o límite externo sino que como una “necesidad de conformidad total a las normas y a los principios que lo sostienen”³⁴³.

La atribución de potestades para este sector de la doctrina debe ser realizada por el legislador además de forma previa, de manera expresa y específica. Estos requisitos serían esenciales para que la Administración del Estado pueda actuar válidamente y en coherencia con las exigencias impuestas por el Estado de Derecho pues en silencio de ley los órganos administrativos simplemente carecerían de atribuciones para intervenir en la vida jurídica. Por otra parte, la exigencia de que el otorgamiento de facultades sea específico o determinado alude además a una razón orgánica pues por razones lógicas los órganos deben tener asignadas ciertas funciones o competencias ya que no es posible que un solo ente pueda tener concentradas todas las facultades o poderes que ofrece un sistema jurídico, debiendo sumar a lo anterior el hecho que los derechos y

³⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., pp.482-483.

³⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 473

³⁴³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 484.

libertades de los ciudadanos sólo pueden ser limitados o condicionados mediante una ley por lo que la especificidad cobraría real sentido.

No obstante, esta regla general tendría tres excepciones que deben tenerse al menos en consideración de acuerdo a los autores. La primera de ellas viene dada por la posibilidad de que sea la propia Administración la que en caso de ausencia de potestades previas se habilite a sí misma y modifique la legalidad que le sirve de margen de actuación mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria que no sería sino una manifestación de una potestad previamente otorgada por la ley, situación que se denomina autoatribución de potestades y en virtud de la cual el principio de legalidad se mantendría intachable³⁴⁴; En segundo lugar se señala que de forma matizada deben tenerse en consideración los poderes implícitos o inherentes siempre y cuando dichos poderes puedan deducirse de otros que se encuentren expresamente reconocidos por la ley ya sea como poderes concomitantes de estos o como filiales o derivados de los mismos³⁴⁵; Finalmente, se encontrarían como una excepción a esta regla las cláusulas generales de apoderamiento, que se conforman por supuestos imprecisos en su definición previa lo que no implica que no sean delimitables en su aplicación concreta mediante la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados o que se trate por ello de poderes ilimitados³⁴⁶.

Una postura mucho más amplia en relación con el principio de legalidad como manifestación de la teoría de la vinculación positiva y como mecanismo de atribución de potestades es la sostenida por otro sector de la doctrina, quienes la definen como sustancialista o dinámica pues estaría fundada en el funcionamiento real de la división de poderes en el que Gobierno y Parlamento, Ley y Administración no serían conceptos opuestos³⁴⁷. Estos autores creen necesario matizar todo criterio restrictivo en materia de Derecho administrativo

³⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., "*Curso de Derecho...*", op. cit., pp. 491-492.

³⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., "*Curso de Derecho...*", op. cit., pp. 492-493.

³⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., "*Curso de Derecho...*", op. cit., p. 495.

³⁴⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., "*Discrecionalidad administrativa y control judicial...*", op. cit., p. 107.

para no desatender las expresiones utilizadas por la Carta Fundamental³⁴⁸. Los autores que difieren del planteamiento más tradicional no están de acuerdo en primer lugar, con la idea de que de la lectura del art. 103.1 pueda afirmarse que se consagró la teoría de la vinculación positiva de la Administración a la ley ni menos que de la expresión utilizada en dicha norma se pueda deducir que la Constitución exige norma previa a cada actuación administrativa aunque sí reconocen que la vinculación positiva existe en el ámbito de la reserva de ley pero en virtud de ella y no del principio de legalidad en abstracto³⁴⁹. El razonamiento sostenido es más amplio pues señalan como base que el Gobierno, el cual dirige la Administración, tiene hoy una legitimidad democrática indiscutible lo que se traduce a que no requiere de una habilitación legal ni expresa ni específica y previa de norma jurídica para poder llevar a cabo su actividad³⁵⁰ y que sus atribuciones derivarían directamente del texto constitucional pudiendo usar sus facultades constitucionales con libertad cuando la ley no se los condiciona o no se lo impida³⁵¹.

De acuerdo a este planteamiento, para que la Administración pueda actuar válidamente sólo requiere que no exista en el Ordenamiento jurídico norma que le prohíba realizar la actividad que se precisa y que su actuación persiga una finalidad de interés general pues esa es su misión fundamental³⁵². En este sentido, la Administración sí se encuentra vinculada o sometida pero no a la ley sino al Ordenamiento jurídico en su conjunto y por aplicación del principio de juridicidad entendido este no como sinónimo de legalidad sino en una acepción más amplia, de manera que la vinculación se traduce de acuerdo a Muñoz Machado en la obligación mínima “de respetar todas aquellas normas, principios y valores, expresados positivamente o decantados o fijados por la jurisprudencia”³⁵³. El principio de juridicidad por ende reduciría la dependencia positiva de la Administración a la ley y dotaría a aquella de un margen de

³⁴⁸ DE LA CUÉTARA, J., “*Las potestades administrativas...*”, op. cit., pp. 77-78.

³⁴⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Discrecionalidad administrativa y control judicial...*”, op. cit., pp. 108-109.

³⁵⁰ BELADIEZ ROJO, M., “*La vinculación de la Administración al Derecho...*”, op. cit., pp. 320-321.

³⁵¹ MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit., p. 735.

³⁵² BELADIEZ ROJO, M., “*La vinculación de la Administración al Derecho...*”, op. cit., p. 330.

³⁵³ MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit., p. 735.

actuación más amplio que le permitiría cumplir con la finalidad de interés general siendo la asignación de este objetivo la norma mínima de atribución de competencia en el Ordenamiento jurídico español y por tanto la vinculación mínima y necesaria exigida³⁵⁴. De esta forma, el título justificativo de las potestades administrativas sería por una parte el interés general definido como “un fin asumido por el Estado a través de su voluntad colectiva debidamente formalizada en norma escrita”, y por otro, unos hechos a cuya calificación el Ordenamiento jurídico reconoce virtualidad suficiente sin necesidad de una norma escrita que los señale concretamente³⁵⁵.

Quienes apoyan esta postura defienden que esta ofrecería una visión más acertada y como ya hemos señalado, realista de lo que ocurre en la práctica en relación a cómo actúan los órganos que forman parte de la Administración, pues los autores señalan que si bien existen muchas situaciones en las que no se discute que la Administración requiera para actuar una habilitación previa a través de una norma jurídica, como sería el caso de la potestad sancionadora, ello está lejos de ser una realidad absoluta pues en muchos ámbitos como económicos o prestacionales la ley se limitará a establecer pautas generales de actuación las que posteriormente serán concretadas por otros instrumentos como normas, planes o simples actos³⁵⁶ incurriendo la doctrina mayoritaria en un error al no distinguir las distintas normas e instituciones que forman el Ordenamiento jurídico³⁵⁷.

Esta vinculación mínima de la Administración al Ordenamiento jurídico no significa que el legislador renuncie a precisar las potestades públicas lo que podrá hacer de forma muy detallada y determinada en ciertas circunstancias o bien de forma más genérica y amplia en otras. En este último caso en que el legislador sólo establece pautas holgadas, la Administración llevaría a cabo, de acuerdo a

³⁵⁴ BELADIEZ ROJO, M., “La vinculación de la Administración al Derecho...”, op. cit., p. 337

³⁵⁵ DE LA CUÉTARA, J., “Las potestades administrativas...”, op. cit., p. 143

³⁵⁶ MUÑOZ MACHADO, S., “Tratado de Derecho Administrativo...”, op. cit., p. 733

³⁵⁷ MUÑOZ MACHADO, S., “Tratado de Derecho Administrativo...”, op. cit., p. 853

Muñoz Machado, dos operaciones secundarias de especificación las que se desplegarían de forma complementaria y acumulativa y que son las operaciones de definición administrativa de los intereses generales por un lado y las de autoatribución de potestades por otro, que permitirán cumplir dichos intereses para adoptar la decisión que mejor convenga. En virtud de estas actuaciones la Administración define y concreta los mandatos que el legislador o constituyente encomienda, adoptando planes, normas o actuaciones que permiten la concreción de dichos fines generales³⁵⁸. Además de estas operaciones secundarias de especificación también se destacan cláusulas generales de apoderamiento en virtud de las cuales se define de forma genérica un hecho eventual e hipotético frente al cual la Administración está habilitada para actuar en la que es también una labor de la Administrar precisar y concretar la situación última en caso de que el legislador no lo haga³⁵⁹.

De esta forma la actuación de la Administración no requeriría ni de norma previa que rigiera cada actuación administrativa ni tampoco de norma específica porque dicha labor la realizaría la misma Administración.

Ahora bien, existe consenso entre los autores que defienden esta teoría más amplia en que el legislador si bien puede precisar las potestades que atribuye a la Administración algunas veces muy bien y otras no tanto, ello no significa que goce de una determinación absoluta en esta tarea pues en algunos supuestos se le exige por el constituyente regular con una densidad normativa suficiente ciertas materias como lo es por un lado las materias reservadas en su regulación a la ley y por otro, las limitaciones o restricciones que se pretendan imponer a los derechos y libertades fundamentales las que sólo pueden realizarse también en virtud de ley³⁶⁰. Aún fuera de estos casos, el legislador no está dotado en su labor de legislar de libertad absoluta pues en virtud de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, previsibilidad entre otros, se encuentra obligado a dotar su normativa de una densidad mínima y suficiente que otorgue certeza a los

³⁵⁸ MUÑOZ MACHADO, S., *"Tratado de Derecho Administrativo..."*, op. cit., p. 852

³⁵⁹ MUÑOZ MACHADO, S., *"Tratado de Derecho Administrativo..."*, op. cit., pp. 855-856.

³⁶⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *"Tratado de Derecho Administrativo..."*, op. cit., p. 847

ciudadanos³⁶¹ y que permita posteriormente que el control de los tribunales de justicia respecto de las decisiones de la Administración se realice de la mejor manera posible y en cumplimiento del derecho de tutela judicial del art 24 C.E.³⁶².

Finalmente cabe destacar que el criterio de la vinculación negativa ha sido reconocido por el Tribunal Supremo respecto de las autonomías locales pues como ha señalado el máximo Tribunal, esta concepción se acomoda mejor con las normas reguladoras del régimen competencial de tales Corporaciones, así como con los pronunciamientos del Tribunal en dicho sentido “en los que se abre paso la idea de una vinculación negativa, que permite a aquéllas sin previa habilitación legal actuar, dictando también ordenanzas, en toda materia que sea de su competencia, si al hacerlo no contradice ni vulnera la legislación sectorial que pudiera existir”³⁶³.

Los planteamientos doctrinales expuestos dejan de manifiesto la contundencia de ambas concepciones en torno a la relación de la Administración con el Ordenamiento jurídico. Sin embargo, la existencia de la Administración como ente que interviene en la vida jurídica y social y se encuentra en constante relación con los ciudadanos es un hecho, así como también lo es que la Administración detenta poder público para alcanzar los objetivos y fines que le han sido asignados. En este sentido y siguiendo la concepción tradicional, aparecen las potestades como expresión de dicho poder las cuales pasamos a analizar a continuación.

³⁶¹ MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit., pp. 733-735.

³⁶² MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit., p. 849.

³⁶³ STS de 15 de diciembre de 2009, Roj 7560/2009.

2.1. Potestades administrativas

En palabras de Santi Romano el poder es jurídico en la medida que sea conferido por el Ordenamiento jurídico, es decir, que emane del Derecho objetivo³⁶⁴.

La doctrina española en el estudio de las potestades administrativas ha seguido indiscutiblemente la distinción planteada por el profesor italiano quien diferencia entre poder jurídico en sentido estricto y derecho subjetivo. Al respecto señala que ambos son atribuidos por el Ordenamiento jurídico y pertenecen al género común de los “poderes” considerados desde una perspectiva amplia, los cuales serían “facultades de querer y obrar conferidas por el Ordenamiento a los sujetos”³⁶⁵. El poder jurídico en sentido estricto se desenvolvería en un aspecto genérico, no tendría un objeto singularmente determinado, no se resolvería en pretensiones hacia otro sujeto y por tanto no sería correlativo a obligaciones; en tanto que el derecho subjetivo presentaría características opuestas pues se desarrollaría siempre en una concreta y particular relación jurídica, con una determinada cosa o frente a determinadas personas que tendrían por su parte obligaciones correspondientes³⁶⁶.

Definidos los límites de actuación del poder jurídico en sentido estricto, Romano distingue entre aquellos poderes que se ejercitan en interés propio de aquellos que se ejercitan en interés ajeno, ya sea porque no son totalmente ajenos o porque responden a la idea de un interés objetivo. Estos últimos normalmente se encuentran presentes en el ámbito del Derecho Público³⁶⁷ en forma de potestades las cuales son especies del poder jurídico y que tienen como principal característica producir efectos respecto de terceros sin que la voluntad de estos sea considerada³⁶⁸.

³⁶⁴ ROMANO, Santi, *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, traducción de S., Sentís Melendo y M., Ayerra Redín; Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 247, 254.

³⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 447.

³⁶⁶ ROMANO, S., “*Fragmentos de un Diccionario Jurídico...*”, op. cit., p. 223.

³⁶⁷ ROMANO, S., “*Fragmentos de un Diccionario Jurídico...*”, op. cit., p. 230.

³⁶⁸ DE LA CUÉTARA, J., “*Las potestades administrativas...*”, op. cit., pp. 39-40.

Las potestades son por tanto los poderes jurídicos que se atribuyen a los órganos supremos del Estado y han sido caracterizadas como inalienables, intransmisibles (no obstante la posibilidad de delegación en ciertos supuestos), irrenunciables y de origen legal pues como ya señalamos, para un importante sector de la doctrina sería indispensable que fuesen otorgados por una norma jurídica previa que actuara como mecanismo de atribución³⁶⁹.

Según cuál sea el órgano supremo del Estado que ejerza estas potestades es posible hacer una distinción. Así, tratándose del Poder Judicial y Legislativo dichos poderes jurídicos toman el nombre de potestad/poder, mientras que cuando se ejercen por la Administración son potestad/función. De esta forma las potestades desplegadas por la Administración, es decir, las potestades administrativas, tienen, de acuerdo a la unanimidad de la doctrina, como principal característica el ser una potestad función lo que se deriva esencialmente de “su ejercicio en interés de terceros, el interés de la comunidad en cuanto tal, en suma el interés público”³⁷⁰. Dos aspectos permiten perfilar las potestades administrativas entendidas como potestad función. Por una parte, deben ser necesariamente utilizadas cuando se dan las circunstancias que la norma establece en su supuesto de hecho³⁷¹ pues estas potestades dan cuenta de facultades estrictamente limitadas y condicionadas³⁷² que en ningún caso pueden ser utilizadas al libre arbitrio de su titular, sino que siempre siguiendo el mandato que el precepto ordena; Por otro lado, la potestad reviste dicho carácter porque se consagra en la Norma Fundamental una función que responde al calificativo de administrativa y en virtud de la cual se condiciona a la actividad de los órganos que forman parte de la Administración a la persecución de ciertos fines que conducirán finalmente a la satisfacción de los intereses generales. En este último

³⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 488.

³⁷⁰ DE LA CUÉTARA, J., “*Las potestades administrativas...*”, op. cit., p. 47.

³⁷¹ DE LA CUÉTARA, J., “*Las potestades administrativas...*”, op. cit., pp. 43-44.

³⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 489.

caso, la función actúa como un límite que “puede ser usado como piedra de tope o punto de contraste para el enjuiciamiento del acertado uso de una potestad”³⁷³.

Las potestades administrativas además de estar condicionadas o limitadas por la satisfacción de dichos intereses generales, encuentran su justificación última³⁷⁴ y fundamento en estos pues han sido ideadas precisamente con el fin de satisfacerlos. En el Derecho español la Carta Fundamental recoge expresamente dicho mandato en su art. 103.1 al señalar que la Administración servirá con objetividad a los intereses generales. Este precepto generaría una consecuencia negativa la que se traduce en el hecho que la Administración no puede ejercer otro interés que no sea el de la Comunidad el cual es por definición “ajeno y absolutamente superior” al interés que pueda tener la misma Administración en su calidad de ente que actúa en la vida jurídica, pero que en realidad no es sino la suma de los intereses de los particulares los cuales son publicitados por el Estado al asumirlos como propios³⁷⁵. Sin embargo, este precepto también tendría una significación positiva que se expresa en que cada vez que el interés de la comunidad lo exija, la Administración debe actuar pues se encuentra obligada a ello³⁷⁶.

Por otra parte, el art. 106.1 C.E. somete al control de los tribunales no sólo la potestad reglamentaria y la legalidad de los actos administrativos, a través de los cuales se manifiestan las potestades administrativas, sino que también el cumplimiento de estos a los fines que justifican dicha actividad, que no podrán ser otros que la persecución del bien común. El establecimiento de la sumisión de los fines al control judicial constituye una garantía básica que si bien no elimina del todo el riesgo de arbitrariedad en el ejercicio de las potestades administrativas, establece una advertencia clara para los titulares de dichas

³⁷³ DE LA CUÉTARA, J., “*Las potestades administrativas...*”, op. cit., pp. 20-21.

³⁷⁴ UREÑA SALCEDO, J., El principio de Servicio objetivo a los intereses generales y su control por los tribunales, Revista Documentación Administrativa, n°289, enero-abril 2011, p. 58.

³⁷⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Derecho Administrativo, Parte General...*”, op. cit., p. 78.

³⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 490.

potestades en orden a ejercer dichas atribuciones de forma correcta y fielmente adheridas al fin que las ampara.

De esta manera siendo las potestades administrativas un aspecto definitorio de la Administración del Estado, deberán ser ejercidas conforme a la Constitución y a las leyes y sobre todo, de forma congruente con el Ordenamiento jurídico.

2.2. Potestades regladas y discrecionales

De acuerdo a la concepción clásica que atribuye al principio de legalidad el carácter de mecanismo de atribución de potestades, las potestades administrativas, en una de sus clasificaciones más importantes, pueden ser discrecionales o regladas según sea la forma en que la norma jurídica haya predeterminado los elementos que configuran y forman parte de la potestad.

García de Enterría y Fernández Rodríguez entienden por potestad reglada aquella en la que la norma jurídica ha precisado con detalle cada uno de las condiciones de ejercicio o elementos de la potestad presentándose un supuesto legal completo³⁷⁷. En esta tarea “automática” el titular de la potestad debe realizar una interpretación en la que no se involucran elementos subjetivos³⁷⁸ pues sólo se trata de aplicar la norma jurídica que corresponda al caso concreto y seguir su mandato en términos absolutos. En un sentido diverso, la potestad discrecional sería aquella en que la norma jurídica no ha precisado con rigor ni detalle todas las condiciones de su ejercicio o los elementos que forman parte de la potestad remitiéndose a la Administración las condiciones no predeterminadas. En este caso y mediante estimaciones subjetivas, será la propia Administración la que deberá perfeccionar el supuesto de hecho ya sea mediante su integración

³⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Curso de Derecho...”, op. cit., p. 497.

³⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Curso de Derecho...”, op. cit., p. 498.

última o bien “en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable, bien de ambos elementos”³⁷⁹.

Por su parte, Muñoz Machado hace descansar la distinción entre una y otra potestad en la posibilidad que la Administración pueda o no definir su propia política de actuación y optar dentro del marco de la legalidad entre diversas decisiones todas las cuales son válidas e indiferentes para el Ordenamiento Jurídico³⁸⁰.

La potestad discrecional por tanto, se configura producto de una decisión del legislador de dotar a la Administración de una cierta flexibilidad a la hora de actuar en los ámbitos que han sido atribuidos como propios de su competencia. En este sentido la discrecionalidad que el legislador incorpora en la potestad administrativa nace dentro de los términos del Ordenamiento Jurídico, más específicamente y de acuerdo con la doctrina más tradicional, como un caso de remisión legal expresa en donde el legislativo es consciente de que sea el órgano administrativo el que pueda apreciar las circunstancias particulares en cada caso concreto³⁸¹ y todo ello porque la discrecionalidad representa una importante técnica de flexibilidad que le permite a la Administración estar en una mejor situación a la hora de satisfacer las necesidades generales.

A pesar de que en el plano conceptual puedan apreciarse claramente cuáles son los puntos claves de la distinción entre potestades discrecionales y regladas, en los hechos esto no resulta una tarea fácil pues existen una serie de elementos y factores que surgen en la práctica que pueden generar dudas de si se está frente a una verdadera potestad discrecional o no. Unos de estos elementos es la utilización de expresiones tales como “podrá” que en su rol de elemento vinculante entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de una norma puede conducir al equívoco de que se está confiriendo una potestad discrecional cuando realmente lo que hay es una verdadera potestad reglada al comprobarse

³⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Curso de Derecho...”, op. cit., p. 497.

³⁸⁰ MUÑOZ MACHADO, S., “Tratado de Derecho Administrativo...”, op. cit., p. 858.

³⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Curso de Derecho...”, op. cit., p. 498.

que la norma determina cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad administrativa o bien, cuando el legislador incorpora conceptos indeterminados ya sea de carácter jurídico o no; Para Muñoz Machado existe una dificultad añadida que viene dada, en sintonía con la teoría más amplia del principio de legalidad, por el hecho de que no sólo existirá discrecionalidad cuando una norma jurídica la atribuya, sino que esta puede emanar como potestad administrativa que es, del conjunto del Ordenamiento jurídico lo que no sólo dificultaría la labor de distinguir entre un tipo y otro de potestad³⁸² sino que haría insuficiente la distinción misma, aunque ambos tipos de potestades pueden acercarse cuando la Administración programe la discrecionalidad que le ha sido otorgada y la concrete mediante diversos instrumentos jurídicos convirtiéndola en una potestad reglada³⁸³.

En el Derecho español y junto con la entrada en vigencia de la Ley de jurisdicción contencioso administrativa (en adelante LJCA) de 1956 fue rápidamente asumido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que la dualidad discrecional- reglado no significaba que existían potestades enteramente discrecionales por un lado y totalmente regladas por otro sino que se reconoce que en una potestad administrativa siempre habrá algún elemento determinado por el legislador como lo son el procedimiento, la competencia y el fin, el cual fue sumado más tarde³⁸⁴. A estos elementos siempre reglados se agregan por García de Enterría y Fernández Rodríguez la existencia misma de la potestad y su extensión pues esta siempre deberá tener un límite y nunca podrá ser concebida en términos absolutos, así como elementos eventualmente reglados como lo es tiempo, el momento de ejercer la potestad, la forma en qué la misma debe ser ejercida y el fondo de la misma que podría estar parcialmente reglada³⁸⁵.

³⁸² MUÑOZ MACHADO, S., *"Tratado de Derecho Administrativo..."*, op. cit., p. 859.

³⁸³ MUÑOZ MACHADO, S., *"Tratado de Derecho Administrativo..."*, op. cit., p. 860.

³⁸⁴ MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrina, 1894-1983*, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1985, pp. 185-186.

³⁸⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *"Curso de Derecho..."*, op. cit., p. 499.

Finalmente, y sólo con el afán de tener una visión general de los temas circundantes a nuestro objeto de estudio, en estrecha relación con la distinción entre potestades regladas y discrecionales se puso sobre la mesa un tema que buscaba determinar el grado de libertad que rodeaba al legislador al momento de atribuir potestades discrecionales al órgano administrativo. Al respecto se planteó la interrogante de si el legislador era totalmente libre a la hora de definir el grado de precisión y detalle con el que dotar a la Administración de dichas potestades o si por el contrario se encontraba sometido a algún tipo de limitación. En este sentido, en la Constitución española se configura un importante límite al legislador pues en virtud del principio de reserva de ley el constituyente obliga a que determinadas materias, sean reguladas precisamente por una norma de rango legal estando obligado el legislador a utilizar una mínima programación normativa³⁸⁶. La interrogante se mantiene respecto de los casos en que no se aplica dicho principio, surgiendo otras que buscan responder a la pregunta de cuál es el tipo de norma idónea o querida por el constituyente en virtud de la cual se pueden atribuir potestades discrecionales a la Administración (este último, debate transversal que sobrepasa las fronteras del Ordenamiento jurídico español). Para terminar con estas materias de corte constitucional que rodean a la discrecionalidad administrativa, mencionaremos que la doctrina española siguiendo a la alemana en los estudios respecto de la reserva de ley, planteó un debate en torno a si era posible concebir una reserva de Administración, entendiendo por tal un ámbito de actuación amparado por la Constitución propio e independiente del legislador así como de los jueces³⁸⁷, el cual no pasó de ser un planteamiento doctrinal.

³⁸⁶ MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho Administrativo...”*, op. cit., p. 519.

³⁸⁷ EMBID IRUJO, A., La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana, *Revista de Administración Pública*, n°115, 1988, p. 415. En relación a esta materia véase también DEL SAZ CORDERO, S., Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional, en CHINCHILLA, C., LOZANO, B., DEL SAZ, S., *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo*, Tres estudios, Civitas, Madrid, 1992, pp. 99 y ss. La autora al abordar el tema de la huida del Derecho administrativo señala que la Constitución tiene diseñada una reserva de Administración frente al poder legislativo y frente al poder judicial que la protege frente a eventuales intromisiones de otros poderes además de establecer un límite para ella misma que no puede traspasar, reserva que según afirma, podría extenderse al Derecho Administrativo para evitar la huida de la Administración al Derecho privado. p. 173.

II. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

1. Precisiones en torno al concepto

1.1. Evolución

En el Derecho español, el concepto de discrecionalidad está marcado por la transversal característica de libertad con la que suele identificarse a este término cuando nos aproximamos por primera vez a la materia. Así García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan que “la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas justas”³⁸⁸.

De esta manera y desde una perspectiva formal y general el término discrecionalidad conduce inmediatamente como señala Desdentado a la caracterización de una precisa forma de actuación por parte de quien la realiza, la cual consiste “en la adopción de decisiones dentro de un margen de apreciación dejado por el Ordenamiento Jurídico mediante la realización de una elección entre diferentes alternativas sobre la base de criterios extrajurídicos”³⁸⁹. Es en esta posibilidad de elección en la que reside la libertad que sirve de sólido sustento a lo discrecional.

Además de la libertad, comúnmente acompaña a la idea de la discrecionalidad, la existencia de una autoridad revestida de potestades públicas que las sitúan en un plano superior al que se encuentran los particulares o ciudadanos. Ya sea que se trate del Poder Judicial, Legislativo o Ejecutivo, la discrecionalidad es un elemento presente en el desempeño de las funciones que dichos poderes encarnan, pero no es sino en este último, en el poder Ejecutivo, en el que ambos factores, libertad y potestades públicas, han levantado las mayores sospechas desde la concepción del Estado moderno. Este temor que hoy parece

³⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 503.

³⁸⁹ DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad administrativa y Planeamiento urbanístico*, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 70-71.

no estar fundado, encuentra su explicación en una concepción primaria de la discrecionalidad administrativa presente en una primera etapa de la evolución del término y que se extendió por toda Europa no estando exento de ella el Derecho español.

En una primera etapa, coincidente con parte del periodo que abarcó el Antiguo Régimen y de aquel en que comenzó a gestarse el contencioso administrativo español, el sistema de control de los actos emanados de la Administración se encontraba determinado por dos principios imperantes en Europa: Por una parte el principio monárquico que buscaba dotar al Monarca de libertad y autonomía para ejercer sus funciones ejecutivas y por otra, el principio de división de poderes que en su variante francesa defendía la exención del control jurisdiccional de ciertos actos de la autoridad³⁹⁰. El objetivo de las regulaciones existentes por tanto, era mantener la inmunidad y libertad en la toma de decisiones adoptadas por las altas autoridades que dirigían el aparato gubernamental.

Con esta finalidad se produce a lo largo de los años una división de materias que podían ser conocidas o no por la jurisdicción contencioso administrativa y que adoptarían distintas denominaciones. Así, se diferencia entre la actividad de mando o de gestión; actos de imperio (actos discrecionales) o actos de jurisdicción contenciosos; gubernativos administrativos y gubernativos contenciosos; apareciendo finalmente la distinción entre actos discrecionales y reglados³⁹¹ que no serán sino otra forma de distinguir los actos exentos de control de aquellos que no lo estaban.

Las potestades regladas respondía a una idea más parecida de lo que hoy entendemos como tales pues esta se refería aquellas actuaciones que se encontraban predeterminadas por la ley, en tanto que el concepto que se sostenía de discrecionalidad distaba mucho de lo que hoy se entiende como tal pues era

³⁹⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *"Tratado de Derecho Administrativo..."*, op. cit., p. 519.

³⁹¹ MOZO SEOANE, A., *"La discrecionalidad de la Administración Pública en España..."*, op. cit., pp. 73-76.

discrecional toda potestad que se ejercía en ausencia de normas jurídicas que pudiesen predeterminar las condiciones para que dicho poder pudiese ser desplegado³⁹².

La discrecionalidad es entendida por tanto desde una concepción negativa, pues por un lado se le concibe como “un margen o libertad de actuación derivada de la ausencia de normas de conducta dirigidas a la Administración”³⁹³, como una capacidad respecto de la cual no hay condiciones que limiten su ejercicio³⁹⁴, quedando de manifiesto en esta relación entre la Administración y la ley, la falta de vinculación de la primera con la última. La perspectiva es negativa también, porque además de considerar que existe discrecionalidad en ausencia de ley, ésta se considera exenta de cualquier posible revisión posterior por un órgano ajeno a la Administración lo que justifica que se le califique como un “poder por excelencia”³⁹⁵ o un reducto en donde aparecía de alguna forma legitimada la arbitrariedad.

En este contexto, la LJCA de 1888 recoge esta realidad exigiendo, para poder impugnar una resolución administrativa, que esta hubiera causado estado, que fuera resultado del ejercicio de facultades regladas y que hubiera lesionado un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente a favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo³⁹⁶. De esta forma las facultades discrecionales se excluían de este control estableciéndose aquello de manera expresa en el art. 4 n° 1 de la ley que señalaba que no procedía dicha impugnación respecto de “las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan, o de la materia sobre que versen, se refieran a la potestad discrecional”. La concepción negativa de la discrecionalidad se encontraba absolutamente presente en esta legislación pues la distinción entre discrecional y

³⁹² MOZO SEOANE, A., “*La discrecionalidad de la Administración Pública en España...*”, op. cit., p. 80 y ss.

³⁹³ BACIGALUPO SAGESSE, M., *La discrecionalidad administrativa: Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 26-27.

³⁹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Arbitrariedad y discrecionalidad*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1991, p. 17.

³⁹⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. “*Arbitrariedad y discrecionalidad...*”, op. cit., p. 17.

³⁹⁶ MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, La ley, Madrid, 1989, pp. 103-104.

reglado se convirtió en un criterio clave para determinar los asuntos que podían o no ser susceptibles de control jurisdiccional extendiéndose también a la forma de entenderla pues el art. 2 de la ley señalaba que “que en caso de que no existiese una norma aplicable al caso concreto, la discrecionalidad existe siempre”. Cabe señalar que esta visión de la discrecionalidad era también la de la doctrina jurisprudencial de la época que identificaba a la discrecionalidad con lagunas legales³⁹⁷ en un periodo en que la actuación discrecional de la Administración no era una excepción sino que como señala Mozo, era la regla general³⁹⁸. Así, la idea de discrecionalidad es inversamente proporcional al control jurisdiccional de la misma. Entre más amplio el concepto, menor, o en este caso, inexistente el control.

Esta visión de la discrecionalidad se mantuvo en el Derecho español hasta que entró en vigencia la LJCA de 1956. A su vez, los actos discrecionales eran entendidos como un bloque en oposición a los reglados, lo que permitió que en relación a la discrecionalidad se hablara de una teoría unitaria o categoría autónoma en virtud de la amplitud en el modo de entender el concepto y que presenta durante la primera mitad de siglo una reducción que en consecuencia permitió extender su posible control. Como bien lo dejó de manifiesto García de Enterría en 1962, la primera restricción vino dada por que se reconoce que en todo acto administrativo existen elementos de carácter reglado³⁹⁹. Así, a mitad de siglo tanto la doctrina como la jurisprudencia llegarían a la conclusión de que la competencia, la existencia de la potestad así como su extensión no pueden ser elementos discrecionales en ninguna potestad administrativa, sumándose más tarde a estos elementos reglados innegociables, y por influencia del Derecho francés, el fin, que no podía ser otro que el interés general y respecto del cual no es posible afirmar que sea de carácter discrecional⁴⁰⁰. Esta nueva visión se

³⁹⁷ MOZO SEOANE, A., “*La discrecionalidad de la Administración Pública en España...*”, op. cit., pp. 96-98.

³⁹⁸ MOZO SEOANE, A., “*La discrecionalidad de la Administración Pública en España...*”, op. cit., pp. 85-90.

³⁹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, Revista de Administración Pública, n°38, 1962, p. 168.

⁴⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La lucha contra las inmunidades del poder...*”, op. cit., p. 168.

consolida con la entrada en vigor de la LJCA de 1956⁴⁰¹ que junto con instaurar un sistema judicial del contencioso administrativo, suprimirá la no procedencia del recurso contencioso administrativo respecto de los actos de carácter discrecional como hasta ese momento lo establecía la LJCA de 1888, su texto modificado de 1894 y el texto refundido de 1952.

La LJCA de 1956 además de los avances mencionados, ahonda en su comentada Exposición de motivos respecto de la discrecionalidad administrativa y recoge los progresos acometidos por la doctrina jurisprudencial durante ese periodo y que significaban la reducción del concepto de discrecionalidad señalando tres significativas cosas al respecto: que la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, es decir, a un acto en bloque sino que esta se refiere siempre a alguno o algunos de los elementos del acto; que ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público⁴⁰²; y quizás la afirmación más importante para la época, es que la discrecionalidad no podía tener su origen en la ausencia o inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho.

El avance en la reducción del concepto de discrecionalidad no se detendría aquí pues uno de los pasos más trascendentales en este punto se debió a la introducción en el Derecho español de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados⁴⁰³ por García de Enterría y con directa influencia del Derecho alemán. Este Ordenamiento había sufrido también un cambio en la forma de

⁴⁰¹ MOZO SEOANE, A., *“La discrecionalidad de la Administración Pública en España...”*, op. cit., pp. 186-187.

⁴⁰² Se ha señalado que esta frase contenida en la Exposición de motivos de la citada ley sería una definición positiva de la discrecionalidad recogida de forma expresa por el Derecho español, BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 30.

⁴⁰³ Originalmente se utilizaba en el Derecho austriaco y alemán la expresión de conceptos discrecionales no pudiendo ser su interpretación y aplicación controlada totalmente por los tribunales. Esta doctrina se centraba “decididamente en la falta de precisión objetiva del contenido de la norma” ocurriendo su declive ya en la primera mitad del siglo XIX con el surgimiento de la noción del Estado de Derecho, BULLINGER, M., *La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial*, La Ley (digital) n°4, 1987.

entender la discrecionalidad pasando de una concepción amplia, en virtud de la cual la discrecionalidad no sólo se extendía a las consecuencias jurídicas y a las elecciones propuestas por el legislador en cada norma sino que también a la integración del supuesto de hecho y a la apreciación de los conceptos que fuesen indeterminados, imprecisos o vagos, a una más reducida en donde la discrecionalidad sólo quedaba limitada precisamente a las consecuencias jurídicas que la norma prevé⁴⁰⁴.

La teoría reduccionista de la discrecionalidad tuvo un gran impacto en el Derecho español, aunque como señala Bacigalupo, el énfasis no se puso en el hecho de que la discrecionalidad quedara limitada ahora a las consecuencias jurídicas sino que en la idea de que los conceptos normativos presentes en el supuesto de hecho de la norma y que tuviesen el carácter de indeterminados no podían ser nunca fuente de discrecionalidad⁴⁰⁵. Ante este tipo de conceptos se desplegaría una actividad cognitiva de carácter objetiva y no volitiva propia de una actividad discrecional. La principal consecuencia de esto sería que ante un concepto jurídico de carácter indeterminado sólo cabe encontrar una unidad de solución justa⁴⁰⁶, a diferencia de la discrecionalidad que está marcada por la posibilidad de elegir diferentes opciones todas ellas igualmente válidas para el Derecho⁴⁰⁷. La jurisprudencia hizo suyo este planteamiento incorporándolo sólidamente en el Derecho español como veremos en páginas posteriores.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y de los nuevos principios constitucionales que regirían el Ordenamiento jurídico español expresados principalmente en los arts. 103.1, 106.1 y 24.1, queda irreversiblemente establecido que ningún acto puede quedar exento de revisión judicial, cualquiera sea la autoridad de la que emane, lo que supone una

⁴⁰⁴ BACIGALUPO SAGESSE, M., *“La discrecionalidad administrativa...”*, op. cit., pp. 115,167. BULLINGER, M., *“La discrecionalidad de la Administración Pública...”*, op. cit., pp. 1-2.

⁴⁰⁵ BACIGALUPO SAGESSE, M., *“La discrecionalidad administrativa...”*, op. cit., p. 120.

⁴⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“Curso de Derecho...”*, op. cit., p. 502.

⁴⁰⁷ MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho Administrativo...”*, op. cit., p. 870.

consolidación en el proceso reductivo del concepto de la discrecionalidad administrativa.

Actualmente la LJCA de 1998 siguió naturalmente la misma línea que su antecesora en el sentido que los actos discrecionales pueden ser objeto de control judicial con la limitación para el juez que señala el art. 71.2 en virtud de la cual este, al anular un acto no podrá determinar su contenido discrecional, es decir, no puede sustituir la discrecionalidad de la cual fue dotada la Administración. Además se establece de forma expresa la técnica de control de desviación de poder en el art. 70.2.

A pesar de esta última etapa expuesta en esta línea evolutiva, desde el Derecho alemán se presentó una reivindicación de la clásica concepción de la discrecionalidad administrativa, todo ello dentro del contexto de un Estado de Derecho. Muñoz Machado expone este planteamiento de Bullinger en virtud del cual la discrecionalidad administrativa sería aquel margen de libertad con el cual cuenta la Administración independiente tanto del legislador así como de los tribunales⁴⁰⁸. Si bien esta tesis se encuentra estrictamente relacionada con el papel del juez a la hora de juzgar actos discrecionales, nos parece necesario destacar la conclusión a la que llega Mozo quien señala que el gran avance en esta evolución ha sido la vinculación estricta de las potestades discrecionales a una norma específica eliminando la vieja identificación de la discrecionalidad administrativa con la ausencia de ley⁴⁰⁹ y el consiguiente peligro de inseguridad o arbitrariedad en el obrar administrativo. A la luz de este proceso evolutivo, sostener nuevamente una concepción tan independiente de otros elementos del Ordenamiento jurídico es olvidar el camino recorrido para llegar hasta este momento jurídico de la institución.

Como puede observarse, el concepto de discrecionalidad administrativa en el Derecho español ha presentado en su evolución una importante reducción en

⁴⁰⁸ BULLINGER, M., *"La discrecionalidad de la Administración Pública..."*, op. cit., p. 1.

⁴⁰⁹ MOZO SEOANE, A., *"La discrecionalidad de la Administración Pública en España..."*, op. cit., p. 211.

relación a lo que originalmente se entendía como tal, llegando incluso afirmarse en algunos casos que esta simplemente no existe⁴¹⁰, lo que junto con lo anterior ha significado correlativamente un mayor control judicial de dichas potestades.

1.2. Discrecionalidad y arbitrariedad

El término discrecionalidad, además de evocar la libertad como una de sus características principales, se ha asociado siempre al concepto de arbitrariedad pues ambos se relacionan con una forma de gobernar o de ejercer poder. Aún cuando en una primera concepción la discrecionalidad se relacionaba directamente con la ausencia de ley generando instancias que pudiesen servir más fácilmente de semillero para las actuaciones arbitrarias, arbitrariedad y discrecionalidad son hoy conceptos absolutamente opuestos.

La doctrina española ha tratado reiteradamente este tema siendo un aspecto obligado al que referirse, al menos brevemente, a efectos de precisar el concepto de discrecionalidad y su diferenciación con la arbitrariedad sobre todo cuando esta se encuentra constitucionalmente proscrita.

Desde un punto de vista jurídico se ha definido lo arbitrario como absurdo, es decir, contrario a las normas de la lógica formal y en el campo jurídico, de la lógica; insensato, pues lo arbitrario es contrario a las exigencias de la razón según el sentido común de un hombre medio y honesto; y finalmente como antisistémico, pues lo arbitrario “violenta las exigencias íntimas de cada uno de los sistemas en que está estructurada la realidad, penetrando en ellos a contrapelo no situándose en línea con sus estructuras subyacentes”⁴¹¹.

⁴¹⁰ ALONSO MAS, M., La solución justa en las resoluciones administrativas, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, 1998, pp. 25, 184. La autora señala que la discrecionalidad se produce al valorar el presupuesto fáctico del acto a objeto de ponderar los distintos intereses públicos en juego presentándose la misma como un margen cognoscitivo de apreciación que conduce siempre, y no sólo respecto de los conceptos jurídicos indeterminados, a una sola solución justa y con ello a la inexistencia de la discrecionalidad en las resoluciones administrativas.

⁴¹¹ GRANADO HIJELMO, I., La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos, en Discrecionalidad administrativa y control judicial, I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la junta de Andalucía. Coord. Hinojosa Martínez, E., y González-Deleito Domínguez, N., Madrid, Civitas, 1996, p. 153.

Calificada por Fernández Rodríguez como “una injusticia del Estado, del gobernante”⁴¹² se entiende de forma extendida que la arbitrariedad es el resultado de decisiones infundadas, vagas que responden a la sola voluntad y arbitrio de quien las adopta radicando en una “imprescindible justificación”⁴¹³ la principal diferencia con la discrecionalidad atribuida a la Administración. De esta forma, la existencia de una justificación o fundamento que sustenten las decisiones adoptadas por la Administración en ejercicio de sus facultades discrecionales establecerá la barrera entre discrecionalidad y arbitrariedad, entre lo que el Estado de Derecho permite y aquello que simplemente prohíbe y no tiene cabida en un Ordenamiento Jurídico que lo propugne. Los motivos de una decisión administrativa se convierten de esta forma en el mejor indicio para descartar o afirmar que una decisión u acto administrativo es arbitrario: la falta de estos o la insuficiencia de los mismos dará lugar a la arbitrariedad sin que se requieran mayores condiciones para llegar a dicho razonamiento⁴¹⁴. Esta conclusión es a la que ha llegado tanto la doctrina como jurisprudencia española y se encuentra ya generalmente extendida y aceptada. En este sentido se ha señalado por el Tribunal Supremo que: “el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos”⁴¹⁵. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha dicho que “La Administración Pública ha de actuar...con objetividad y plena sumisión a la legalidad (arts. 103.1 y 106.1 CE) y sin arbitrariedad (art. 9.3 CE), ya que la discrecionalidad característica de ciertas decisiones administrativas no excusa la exigencia a la Administración de demostrar que los hechos motivadores de sus decisiones son legítimos o, aún sin justificar su licitud, que no tienen una naturaleza contraria a los derechos fundamentales”⁴¹⁶ y específicamente en relación con la potestad sancionadora que “la discrecionalidad otorgada por la norma sancionadora no constituye por sí

⁴¹² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *De la discrecionalidad de la Administración*, 5ª edición, Aranzadi, 2008, p. 228.

⁴¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 523.

⁴¹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Arbitrariedad y discrecionalidad...*, op. cit., p. 111.

⁴¹⁵ STS de 15 de abril de 2015, Roj 1510/2015.

⁴¹⁶ STC de 21 de julio de 2014, 130/2014.

misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de la facultad de sancionar viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad”⁴¹⁷. De esta forma puede apreciarse como estas tres nociones, discrecionalidad, motivación y arbitrariedad se encuentran estrechamente relacionadas.

Tal como lo señala el Tribunal Supremo, la arbitrariedad se encuentra expresamente prohibida en la Constitución española, prohibición que alcanza no sólo a la Administración sino que a todo los poderes públicos⁴¹⁸ pues se contempla expresamente en el art. 9.3 del Título preliminar. El principio de interdicción de la arbitrariedad de acuerdo a la doctrina establecería una diferencia clara entre discrecionalidad y arbitrariedad⁴¹⁹ pues con dicha proscripción excluiría del sistema jurídico político a la arbitrariedad entendida como una forma de ejercer el poder⁴²⁰ ya que esta representa la negación tanto de la Justicia como del Derecho⁴²¹. Pero la doctrina además señala que la misma prohibición en términos concretos se constituye como una “exigencia imperativa e inexcusable del fundamento adicional de la razón”⁴²², es decir, de que las decisiones adoptadas por los órganos administrativos se encuentren suficientemente motivadas. Así lo ha dejado de manifiesto el Tribunal Supremo al señalar que “En el ejercicio de sus facultades discrecionales de apreciación la Administración ha de actuar de acuerdo con los principios constitucionales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.) y con sujeción al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3. C.E.)” agregando que el quebranto de este último, en el caso concreto, se debe a la omisión de las razones materiales de la decisión produciéndose con ello un

⁴¹⁷ STC de 15 de junio de 2009, 140/2009.

⁴¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“Curso de Derecho...”*, op. cit., p. 525.

⁴¹⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“Arbitrariedad y discrecionalidad...”*, op. cit., p. 105.

⁴²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“Curso de Derecho...”*, op. cit., p. 525.

⁴²¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“De la arbitrariedad de la Administración...”*, op. cit., p. 152.

⁴²² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“De la arbitrariedad de la Administración...”*, op. cit., p. 232.

grave perjuicio al interesado por desconocer los datos concretos utilizados por la Administración para llegar a la decisión administrativa⁴²³.

1.3. Figuras relacionadas con la discrecionalidad

La discrecionalidad administrativa se ha relacionado a lo largo de su existencia con otras actuaciones del poder público especialmente para quedar a resguardo de los privilegios de aquella en cuanto al reducido control judicial que desplegaban los tribunales, sin embargo, y a medida que se han ido extendiendo los límites judiciales, dichas vinculaciones se han visto superadas y clarificadas. Destacan especialmente el caso de la denominada discrecionalidad técnica por un lado y el de los actos de gobierno por otro.

a) La discrecionalidad técnica

La discrecionalidad técnica es una expresión cuyo origen se encuentra en el Derecho italiano siendo su alcance un aspecto que ha sido difícil de precisar con nitidez por parte de la doctrina englobándose por el mismo distintas situaciones⁴²⁴. En un principio se consideraban bajo esta nomenclatura la aplicación de conceptos indeterminados que remitían a conceptos más especializados sin embargo, esta situación quedó superada comprendiéndose bajo la misma además “todo tipo de actividad en el que la Administración se rige por criterios técnicos, es decir, en que ha de llevar a cabo evaluaciones técnicas” y en que la técnica se encuentre presente⁴²⁵. Así, Sánchez Morón señala que en virtud de esta discrecionalidad técnica la ley confiere un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica en donde también pueden aparecer conceptos jurídicos indeterminados⁴²⁶.

⁴²³ STS de 15 de octubre de 2015, Roj 4479/2015.

⁴²⁴ DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid, 1997, p. 28.

⁴²⁵ DESDENTADO DAROCA, E., “*Los problemas del control judicial de la discrecionalidad...*”, op. cit., p. 45.

⁴²⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*La discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., p. 129.

Sin embargo, parte de la doctrina española ha dejado de manifiesto que la expresión discrecionalidad técnica no es adecuada para referirse aquellos conceptos jurídicos indeterminados de tipo técnico pues en estos casos la solución vendría dada por la misma teoría de los conceptos jurídicos indeterminados en virtud del cual se admite en principio una única solución⁴²⁷ que si bien su búsqueda puede presentar dificultades, el interprete debe guiarse por el criterio de la norma sin que exista una discrecionalidad⁴²⁸ o valoración y como tal puede ser controlable judicialmente sirviéndose para ello el juez de los informes periciales⁴²⁹. De la misma manera se señala que la expresión es además inadecuada desde el momento en que los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser objeto de control judicial perdiendo importancia la misma⁴³⁰ entendiéndolo así también el Tribunal Supremo⁴³¹.

Fuera de los conceptos jurídicos indeterminados de carácter técnico, la expresión discrecionalidad técnica se ha relacionado con la actividad administrativa regida por la técnica. En este punto habrá que excluir de esta expresión aquellas situaciones en que la autoridad administrativa puede adoptar una decisión discrecional teniendo como base, datos de carácter inminentemente técnicos de tipo económico, demográfico, ambiental etc., lo que es parte de la labor de la Administración en su tarea de satisfacer el interés general⁴³² pues en

⁴²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“Curso de Derecho...”*, op. cit., pp. 505-506.

⁴²⁸ SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, p. 304. El único fundamento para el autor detrás de estas valoraciones técnicas sería la necesidad de superar una dificultad de aplicar la norma en ciertos casos a diferencia de la discrecionalidad en virtud de la cual la autoridad elige de acuerdo a su propio criterio.

⁴²⁹ TORNOS MAS, J., *Discrecionalidad e Intervención administrativa económica*, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, I Jornadas de Estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Coord. Hinojosa Martínez, E., Y González-Deleito Domínguez, N., Civitas, 1996, p. 403; En el mismo sentido DESDENTADO DAROCA, E., *“Los problemas del control judicial de la discrecionalidad...”*, op. cit., p. 66. La autora señala que en casos difíciles la aplicación del criterio técnico no conducirá a una única solución pero el informe pericial es la herramienta que dispone el juez para controlar plenamente estos conceptos correspondiéndole a los tribunales la decisión final.

⁴³⁰ MOZO SEOANE, A., *“La discrecionalidad de la Administración Pública en España...”*, op. cit., 264.

⁴³¹ MOZO SEOANE, A., *“La discrecionalidad de la Administración Pública en España...”*, op. cit., p. 264; STS 16 de diciembre de 2014, Roj 5341/2014.

⁴³² IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 26-27.

este caso se estará en presencia de una discrecionalidad técnico jurídico administrativa, que es una discrecionalidad que aparece condicionada y limitada por una etapa previa en donde existe una apreciación de la técnica, en base a la cual se despliega una discrecionalidad administrativa fuerte, es decir, otorgada intencionadamente por el Ordenamiento jurídico⁴³³.

De esta forma, la expresión discrecionalidad técnica quedaría reducida a casos muy excepcionales, es decir, a ámbitos regidos por la técnica con cierto grado de conflictividad⁴³⁴ pues la misma aludiría a una discrecionalidad interna en virtud de la cual “la discrecionalidad se presenta en la entraña de los juicios técnicos mismos”⁴³⁵ y en donde no existiría una única solución por existir diversas opciones a pesar del carácter técnico del asunto, pudiendo alcanzarse la solución luego de valorar distintos elementos que no pueden ser de fácil apreciación⁴³⁶ admitiendo esta decisión final “un mínimo de opinabilidad”⁴³⁷. Así, la evolución del alcance de la discrecionalidad técnica ha llegado a las apreciaciones o valoraciones técnicas y a la posibilidad que las mismas puedan albergar en dicha actividad una discrecionalidad⁴³⁸.

Sin embargo, esta discrecionalidad obedecería a otras razones. Siguiendo a Desdentado, “las apreciaciones técnicas consisten en una actividad de búsqueda de soluciones a problemas prácticos mediante la utilización de criterios técnicos, esto es, de conocimientos de saberes especializados”⁴³⁹ lo cual puede abarcar todas las ciencias. En este sentido la autora afirma que el método científico no siempre conduce a una única solución no obstante, lo que se encontraría detrás de estas valoraciones técnicas a las que pueden remitir conceptos jurídicos indeterminados técnicos, es una discrecionalidad jurídico- técnica puramente

⁴³³ DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico...”, op. cit., pp. 144 y 145.

⁴³⁴ MOZO SEOANE, A., “La discrecionalidad de la Administración Pública en España...”, op. cit., p. 264.

⁴³⁵ IGARTUA SALAVERRÍA, J., “Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional...”, op. cit., pp. 26-27.

⁴³⁶ TORNOS MAS, J., “Discrecionalidad e Intervención administrativa económica...”, op. cit., p. 404.

⁴³⁷ IGARTUA SALAVERRÍA, J., “Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional...”, op. cit., p. 28.

⁴³⁸ DESDENTADO DAROCA, E., “Los problemas del control judicial...”, op. cit., pp. 61 y ss.

⁴³⁹ DESDENTADO DAROCA, E., “Los problemas del control judicial...”, op. cit., p. 61

instrumental pues en casos difíciles los operadores deberán realizar una elección de los criterios técnicos apareciendo esta especie de discrecionalidad, la cual atendiendo a su naturaleza, será plenamente controlable y sustituible en sede judicial⁴⁴⁰.

Aún en estos casos, la utilización de dicha expresión también ha sido criticada pues tal como lo señala Fernández Rodríguez, si con esta expresión quiere identificarse “la adopción de determinadas decisiones posible solo a partir de conocimientos especializados” ello no sería un aspecto propio del Derecho administrativo que merezca una nominación especial sino que es un fenómeno general donde existe un perito o experto no vinculante siendo la utilización de dicha expresión un contrasentido porque la discrecionalidad significa esencialmente una elección lo que no se encontraría presente en el ámbito de acción de los científicos o técnicos “quienes son esclavos de sus propios saberes”⁴⁴¹ existiendo detrás de la utilización de este “falso concepto” una valoración técnica y una pretensión de excluir “a limine todo posible control jurisdiccional de las decisiones a las que se aplica” perjudicando a quienes producto de ello quedan en la indefensión”⁴⁴².

Esta indefensión se habría hecho manifiesta respecto de las decisiones técnicas de los órganos administrativos en materia de juicios pedagógicos, concursos, oposiciones y acceso a la función pública. En este sentido, es posible

⁴⁴⁰ DESDENTADO DAROCA, E., “*Los problemas del control judicial...*”, op. cit., pp. 62, 66.

⁴⁴¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*De la arbitrariedad de la Administración...*”, op. cit., 254. El autor mantiene su postura en un trabajo más reciente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece, Revista de Administración Pública, n°196, 2014, p. 216. Destaca que los juicios técnicos ya sea que se formulen por un órgano administrativo más o menos especializado o por un perito plantean el mismo problema y aunque el juez carezca de conocimientos especializados y solo pueda hablar el lenguaje del Derecho, eso no quiere decir que dichos informes le vinculen pues de acuerdo a la ley procesal puede hacer las valoraciones que estime de acuerdo a las reglas de la sana crítica, valoraciones que deberá poner en las motivaciones de la sentencia.

⁴⁴² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma...*”, op. cit., pp. 212, 216. El autor señala que incluso en materia de expropiación en donde debe determinarse el justiprecio, pueden existir mayores dificultades en la valoración técnica que la que plantean los juicios pedagógicos, no utilizándose en dicho ámbito esta errónea expresión; ALONSO MAS, M., *La solución justa en las resoluciones administrativas...*, op. cit., p. 342-343, también expresa que dicha expresión debe ser desterrada pues sólo sirve para generar confusiones o hacer entender que las cuestiones técnicas o difíciles son discrecionales.

encontrar pronunciamientos del Tribunal Supremo que recuerdan la evolución que ha presentado el control judicial de la misma desde su reconocimiento a principios de la década de los ochenta en que dichas decisiones no podían ser controladas intensamente apuntando algunos de los fundamentos a la falta de indispensables conocimientos especializados de los jueces contenciosos administrativos⁴⁴³ así como a la falta de los recursos técnicos imprescindibles para valorar y controlar las decisiones que un órgano administrativo técnico pudo tomar en su área específica de trabajo⁴⁴⁴. Sin embargo, en la década de los noventa se busca ampliar el control de la denominada discrecionalidad técnica aplicándose las técnicas utilizadas para la propia discrecionalidad primero, y luego distinguiendo entre el núcleo material de la decisión técnica y sus aledaños a objeto de diferenciar hasta donde podía llegar el control del juez. Más tarde se sumaría la exigencia de motivar la decisión en los casos que procediere⁴⁴⁵ y posteriormente la determinación del contenido de dicha motivación terminando esta doctrina jurisprudencial con reconocer que el margen de discrepancia otorgado al órgano administrativo del saber especializado debe ser respetado siempre que “no conste de manera inequívoca y patente” que incurre en un error técnico para lo cual la prueba pericial que cumpla con ciertos requisitos, resulta sustancial a la hora de formar en el tribunal, la convicción de que dicho error existe⁴⁴⁶.

De esta forma ya no solo la motivación sino que el contenido de la misma resulta imprescindible para que el tribunal pueda controlar y evaluar estos juicios de tipo técnico que de acuerdo a nuevos pronunciamientos también pueden ser sometidos al filtro de la sana crítica y que de acuerdo al Tribunal Supremo pueden ser rechazados sino se encuentran conforme con esta, es decir, “cuando omitan algún hecho relevante, contradigan los hechos que resulten probados o alteren éstos, incurran en apreciaciones jurídicas erróneas o, en fin, resulten

⁴⁴³ IGARTUA SALAVERRÍA, J., “Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional...”, op. cit., p. 29.

⁴⁴⁴ MUÑOZ MACHADO, S., “Tratado de Derecho Administrativo...”, op. cit., p. 940.

⁴⁴⁵ STS de 10 de diciembre de 2014, Roj 5352/2014; STS 7 de mayo de 2007, Roj 4206/2007.

⁴⁴⁶ SSTS de 4 de junio de 2014 Roj 3034/2014; STS de 16 de diciembre de 2014, Roj 5341/2014; STS de 24 de marzo de 2015, Roj 1122/2015.

ilógicas, arbitrarias o irrazonables o conduzcan a resultados inverosímiles, como acostumbra a destacar la jurisprudencia sobre la prueba pericial en todos los órdenes jurisdiccionales”⁴⁴⁷.

Ahora bien, Sánchez Morón señala que la sana crítica tiene un límite pues cuando no aparece de manifiesto que se ha producido una arbitrariedad, o error manifiesto en la valoración que ha hecho el órgano administrativo ni tampoco un informe de peritos lo pone en evidencia limitándose el mismo simplemente a sostener un juicio técnico distinto de aquel emanado del órgano administrativo, debería dársele la razón a este último pues este tendría un mayor conocimiento de la realidad al estar involucrado en todo el proceso de selección⁴⁴⁸. Así, en estos juicios técnicos habría un margen de apreciación que no debería desaparecer a favor de la sana crítica pues la misma a juicio del autor “no supone sustituir una opinión de especialistas o de expertos por otra”⁴⁴⁹. Distinta opinión sostiene Fernández Rodríguez quien señala que existen casos en que no solo se puede sino que también se debe llegar hasta el final pues así lo exigiría el derecho a la tutela judicial efectiva si el tribunal tiene en sus manos todos los antecedentes necesarios⁴⁵⁰ pues hay ocasiones en que “la lógica de puesta en marcha con la exigencia de motivación de razones justificativas de esos juicios ha conducido a ese desenlace”⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma...*”, op. cit., p. 220. El autor cita la STS de 20 de enero de 2014 como ejemplo, la cual extiende sus razonamientos también a materia de contratación pública.

⁴⁴⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica, *Revista de Administración Pública*, n° 197, 2015, p. 221. Señala el autor que este órgano está mejor habilitado por dicha razón, para valorar personal y comparativamente a todos sus candidatos. Además agrega que la existencia de criterios objetivos de selección y ausencia de arbitrariedad permitirían presumir que todos los candidatos están en situación de igualdad ante el órgano de selección no ocurriendo lo mismo en el proceso judicial pues no todos los interesados tienen por qué ser parte y no todas las partes tienen la misma probabilidad de contar con buenos defensores o de aportar pruebas periciales de profesionales prestigiosos.

⁴⁴⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica...*”, op. cit., pp. 220, 222. Se agrega que en los procedimientos de selección decir que sólo hay un resultado justo puede ser cierto en términos ontológicos, pero en la práctica lo decisivo es determinar quien dice cual es el resultado justo.

⁴⁵⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma...*”, op. cit., pp. 226-227.

⁴⁵¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma...*”, op. cit., p. 223. En este mismo sentido FERNÁNDEZ-ESPINAR, L., El control de la discrecionalidad administrativa, la necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control, *Revista jurídica de Castilla y León*, n° 26, 2012, pp. 219-220. El autor señala que la cláusula de cierre de error

De esta forma los tribunales contenciosos administrativos no pueden ver reducida la extensión del control judicial que llevan a cabo respecto de estas materias amparadas bajo una supuesta discrecionalidad señalando el Tribunal Supremo que “la discrecionalidad técnica no constituye expresión de una auténtica discrecionalidad administrativa, esto es, no es manifestación de la verdadera discrecionalidad o, si se prefiere, de una "discrecionalidad fuerte". Se trata de una suerte de discrecionalidad impropia, en la que la Administración se sirve del empleo de conceptos jurídicos indeterminados y que más exactamente habría que adscribir al ambiente de las potestades regladas. Por eso, cabe su fiscalización plena en sede jurisdiccional”⁴⁵² quedando al parecer sólo el nombre⁴⁵³.

b) El acto de gobierno

El acto de gobierno es una figura que se encuentra en estrecha conexión con la discrecionalidad administrativa en cuanto a la forma en que se estos son controlados y también porque son el producto de una intensa y fuerte discrecionalidad otorgada a ciertos titulares de la Administración. Originalmente fueron concebidos como una serie de actos que encuentran su origen tanto en el Gobierno como en otros miembros de la Administración y cuya característica fundamental era que no podían ser objeto de revisión judicial⁴⁵⁴. En este sentido surgen en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés en 1822 en el arrêt Laffite⁴⁵⁵ en el que se aplica la denominada teoría del móvil político y en virtud

patente o manifiesta arbitrariedad se ha convertido “en un muro que ha servido de dique de contención a las auténticas pretensiones jurídicas y judiciales de los ciudadanos frente a actuaciones de la Administración” poniendo además la carga de la prueba, en virtud de la presunción de legalidad que asiste a la actuación administrativa, en los ciudadanos de forma que hoy el centro de la discusión se ha puesto en el pleno control judicial.

⁴⁵² STS de 2 de febrero de 2016, Roj 222/2016.

⁴⁵³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma...”, op. cit., p. 227.

⁴⁵⁴ DUEZ, P., Y DEBEYRE, G., *Traité de Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1952. p. 486.

⁴⁵⁵ En este caso se señaló que “la réclamation du sieur Laffitte tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au gouvernement”, LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVÉ, P., y GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16ª edición, Dalloz, Paris, 2007, p. 17.

de la cual, un acto era político si el fin tenido en cuenta por la autoridad al dictarlo revestía ese carácter⁴⁵⁶. No obstante, prontamente comenzaron a elaborarse otras teorías que buscaban explicar este tipo de actos y su exención del control judicial y en la que la discrecionalidad jugaría un papel importante pues se recurrió a esta para intentar explicar desde una perspectiva tanto positiva como negativa este fenómeno jurídico. En el primer caso, se recurrió a la discrecionalidad para intentar explicar la naturaleza de este tipo de actos como elemento diferenciador del de carácter administrativo⁴⁵⁷; en el segundo, la discrecionalidad adquirió gran relevancia de la mano del autor francés Duez (1935) quien negaba que los actos políticos o de gobierno tuvieron una propia autonomía señalando que podían ser explicados simplemente acudiendo a las reglas generales del Derecho para lo cual propuso la extensión de la teoría del poder discrecional a la materia lo que implicaba la posibilidad de controlar los elementos reglados, propios del examen de legalidad, en vez de inadmitir a priori los asuntos que revestían este carácter como era lo habitual en aquella época⁴⁵⁸.

En el Derecho español, la teoría de la discrecionalidad también aparece vinculada a los actos de gobierno especialmente en lo que respecta a la evolución que experimentó el control judicial de los mismos. En este sentido la LJCA de 1888 consideraba precisamente como excluidos de revisión jurisdiccional en su art. 4 n°1 a los actos que correspondían a la potestad discrecional siendo calificados como tales los actos de orden político o de gobierno que se detallaban en el Reglamento de ejecución de dicha ley de 1890⁴⁵⁹ de forma que estos al ser considerados una emanación de la potestad discrecional también quedaban excluidos de todo control. Con la entrada en vigor de la LJCA de 1956 se consolida un planteamiento ya adoptado por el texto refundido de lo contencioso administrativo de 1952, que significó un cambio de paradigma en el modo de

⁴⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“Curso de Derecho...”*, op. cit., p. 621.

⁴⁵⁷ CARRO Y FERNÁNDEZ VALMAYOR, J., La doctrina del acto político. (Especial referencia al Derecho italiano), *Revista de Administración Pública*, n° 53, 1967, p. 93.

⁴⁵⁸ DUEZ, P., *Les actes de gouvernement*, Recueil Sirey, Paris, 1935, p. 193.

⁴⁵⁹ FERNÁNDEZ TORRES, J., *Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)*, Iustel, Madrid, 2007, p. 484.

estudiarse la materia pues por un lado, la potestad discrecional podía ser objeto de control judicial terminándose con su inmunidad y por otro, los actos de gobierno continuaron excluidos de dicho control en el art. 2b) de dicha ley⁴⁶⁰ siendo catalogados de forma expresa como una categoría distinta de la discrecionalidad en su Exposición de motivos, que en cuyo apartado II n° 4 señalaba que estos actos no constituían “una especie del género de los actos administrativos discrecionales, caracterizada por un grado máximo de la discrecionalidad, sino actos esencialmente distintos, por ser una la función administrativa y otra la función política, confiada únicamente a los supremos órganos estatales”.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y sus postulados sustanciales expresados en los arts. 103.1, 106.1 y 24.1 se concluye que todo acto de la Administración debe estar ajustado a Derecho y que en el Ordenamiento jurídico español no existen actos excluidos de control judicial incluso los actos de gobierno⁴⁶¹. Vigente la Carta Fundamental y la LJCA de 1956, fue la jurisprudencia del Tribunal Supremo la encargada de armonizar la nueva realidad jurídica y desarrollar una doctrina jurisprudencial acorde con las exigencias del texto constitucional siendo la STS de 28 de junio de 1994⁴⁶² y las SSTS de 4 de abril de 1997 trascendentales en este asunto. La primera, que trataba de la impugnación del nombramiento del Fiscal General del Estado realizado por decreto 364/1992, reconoce que dicho nombramiento tenía un carácter gubernamental, no obstante, el Tribunal llega a la conclusión que tenía jurisdicción para entrar a conocer del recurso, señalando que en caso de que “el legislador haya definido mediante conceptos jurídicamente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política” los Tribunales pueden desplegar un control respecto de dichos conceptos⁴⁶³. Con las sentencias de 1997 que recayeron en el denominado caso “papeles del

⁴⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo II*, 13ª edición, Aranzadi, Madrid, 2013, p. 588.

⁴⁶¹ MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit. p. 931.

⁴⁶² MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit., pp. 932-933.

⁴⁶³ STS de 28 de junio de 1994, Roj 4985/1994.

CESID” el Tribunal nuevamente reconoce que la materia de que se trataba el caso correspondía a los denominados actos políticos o de gobierno volviendo a referirse a los conceptos jurídicamente asequibles⁴⁶⁴.

En definitiva, los conceptos jurídicamente asequibles no eran otra cosa que los elementos reglados del acto. La trascendencia de estos pronunciamientos y de la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Supremo influyó de forma decisiva en la LJCA de 1998 la que junto con recoger el razonamiento al cual llegó el Tribunal en esta materia, se sistematiza de acuerdo al texto constitucional y sus principios, terminando con la inmunidad absoluta de los actos de gobierno que imperaba en la LJCA de 1956⁴⁶⁵ y explicitando este nuevo cambio en su Exposición de motivos al señalar que “por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedente” son objeto de la jurisdicción contencioso administrativa como quedan de manifiesto en el art. 2 a) LJCA de 1998.

La posibilidad de controlar los elementos reglados o los denominados conceptos jurídicamente asequibles de los actos de gobierno, permite que se les califique de forma indirecta como actos discrecionales al expresar que son controlables en dichos aspectos⁴⁶⁶ o bien, que nuevamente se les considere como una simple manifestación de la potestad discrecional lo que simplifica y reconduce su control a las técnicas empleadas para controlar los actos administrativos discrecionales de la autoridad, lo que aminora el riesgo de eventuales arbitrariedades inherentes a tan amplias potestades.

De esta forma ante un acto de gobierno, el juez podrá entrar a conocer del acto y de sus características para decidir si el acto es administrativo o es político

⁴⁶⁴ STS de 4 de abril de 1997, Roj 2391/1997.

⁴⁶⁵ PAREJO ALFONSO, L., Comentario al artículo 2 letra de la Ley de Jurisdicción Contencioso administrativa, Revista Española de Derecho Administrativo, n° 100, 1998, p. 4.

⁴⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Curso de Derecho...”, op. cit. p. 625.

sin que proceda declarar su inadmisibilidad de plano y aún cuando llegue a la conclusión que el acto es político o de gobierno, podrá revisar si mediante conceptos jurídicos aseguibles se establecieron elementos reglados tales como la competencia, procedimiento o la causa, pudiendo controlarlos y hacer un examen de legalidad pero respetando en todo caso el núcleo de la decisión adoptada, fruto de una máxima discrecionalidad que reviste la decisión política atribuida al autor del acto⁴⁶⁷.

2. Configuración de la discrecionalidad administrativa

Precisada la evolución que ha sufrido el concepto de discrecionalidad administrativa en el Derecho español así como su diferenciación con la arbitrariedad, resulta necesario determinar cuándo existe discrecionalidad.

La doctrina española ha reconocido la importancia del concepto de discrecionalidad como punto de partida de los posteriores debates que existen en torno a este tema encontrándose las respuestas a muchos de los problemas que se plantean en precisar de qué se habla cuando hablamos de discrecionalidad. Responder a esta pregunta no es una tarea simple de realizar a priori pues se ha dejado de manifiesto por algunos autores, destacando Bacigalupo⁴⁶⁸, que el concepto de discrecionalidad está determinado por su ubicación en la estructura de la norma jurídica⁴⁶⁹ lo que influiría en distintos aspectos de esta materia.

⁴⁶⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., "*Derecho Administrativo, Parte General...*" op. cit., pp. 537-538

⁴⁶⁸ BACIGALUPO SAGESSE, M., "*La discrecionalidad administrativa...*", op. cit., pp. 26-28.

⁴⁶⁹ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: Comentarios a una polémica, Revista española de Derecho administrativo, n° 85, 1995, pp. 21-23. El autor señala que la actividad discrecional y la actividad reglada pueden ser analizadas desde la perspectiva de los enunciados jurídicos como una forma de esclarecer el problema del control judicial de la discrecionalidad. En este sentido, distingue entre los principios y las reglas siendo estas últimas normas que configuran sus elementos de su estructura de forma cerrada (o relativamente cerradas) que pueden configurar como razones para la acción perentoria e independientes del contenido y que permiten a sus destinatarios tomar decisiones sin necesidad de ponderar en cada ocasión como estas pueden afectar los intereses de otros agentes sociales. A su vez, las reglas pueden ser condicionales o finales. En el primer caso atiende a determinadas condiciones para la realización de una conducta lo que sería una actividad regulada. Por su parte la actividad discrecional tendría lugar en virtud de directrices y reglas finales, siendo estas últimas aquellas que señalan un fin a obtener pero que a diferencia de las directrices deben cumplirse de forma plena y no en la medida de lo posible.

En este sentido, la estructura de la norma jurídica se compone de un supuesto de hecho, que contiene un hecho circunscrito de modo general el cual se encuentra asociado o enlazado a una consecuencia jurídica⁴⁷⁰. En el caso de las normas jurídicas administrativas que otorgan a la Administración cierto grado de libertad a la hora de tomar decisiones, el elemento que une ambos componentes de la norma y que se manifiesta a través de una determinada forma verbal, suele ser reconocido como el primer indicador de la existencia de discrecionalidad a favor de un órgano administrativo.

Este elemento de unión evidenciará en principio la existencia de dicho margen para la Administración siempre que este se exprese en términos facultativos⁴⁷¹. Así, la utilización del término “podrá” da cuenta de que se le ha otorgado a la Administración una potestad discrecional⁴⁷² la cual se concretará cuando la Administración decida o no realizar la actuación que se establece en el supuesto de hecho, siempre y cuando como ya se ha señalado, esté último no esté determinado de forma estricta pues en ese caso una interpretación sistemática de la norma nos llevará a descartar el elemento unión como indicativo de discrecionalidad. Un ejemplo de esto es posible encontrarlo en la Ley de procedimiento administrativo común 30/1992⁴⁷³ (en adelante LPAC) en su art. 12 relativo a la atribución de competencia y en su art. 102 que se refiere a la revisión de oficio. En ambos preceptos se utiliza la expresión “podrán” sin que ello signifique estar en presencia de potestades discrecionales pues en ambos casos la Administración sólo puede proceder cuando se cumplan los requisitos que las mismas normas señalan.

Es por ello que lo anterior es una tradicional y limitada percepción de la discrecionalidad administrativa en la estructura normativa la cual difícilmente podrá ser agotada en este punto pues la configuración de las normas jurídicas

⁴⁷⁰ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p.243.

⁴⁷¹ MOZO SEOANE, A., *“La discrecionalidad de la Administración Pública en España...”*, op. cit., p. 367.

⁴⁷² TORNOS MAS, J., *“Discrecionalidad e Intervención administrativa económica...”*, op. cit., p. 407.

⁴⁷³ El 2 de octubre de 2016 entrará en vigor la Ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas 39/2015. Los principales artículos a los que nos referiremos en este trabajo se encuentran ubicados en el art. 34.2, art. 35 y art. 48 del nuevo cuerpo legal.

esconden otros problemas que dicen relación con el supuesto de hecho de la norma y en especial con la indeterminación de los conceptos normativos que el legislador utiliza.

En este sentido, y tal como señalamos en las páginas anteriores, la antigua teoría de que la discrecionalidad administrativa se encontraba extendida no sólo a las consecuencias jurídicas sino que también al supuesto de hecho sufrió una importante reducción, fenómeno que el Derecho español importó de muy buena forma y en el cual tuvieron un importante protagonismo los conceptos jurídicos indeterminados. No obstante, este proceso de reducción del ámbito de la norma jurídica administrativa que circunscribe la discrecionalidad administrativa a las consecuencias jurídicas no ha sido absoluto puesto que hoy existen en el Derecho español opiniones doctrinales que afirman que la discrecionalidad administrativa puede existir en el supuesto de hecho de la norma. De esta manera el debate puede quedar expuesto en los dos aspectos de la norma jurídica: el supuesto de hecho por un lado, y las consecuencias jurídicas de la norma administrativa por otro.

2.1. La discrecionalidad en las consecuencias jurídicas de la norma. Los conceptos jurídicos indeterminados

La concepción reduccionista de la discrecionalidad afirma que la discrecionalidad sólo puede existir en las consecuencias jurídicas, excluyendo el supuesto de hecho. En este sentido, la norma puede permitirle a la Administración tomar la decisión de actuar o no actuar conforme a las consecuencias jurídicas que se presenten, lo que se denomina el “an” (si se hace algo) y siempre que el supuesto de hecho se presente como facultativo y no obligatorio pues en este último caso desaparece la discrecionalidad. Adoptada la decisión de actuar, la norma puede señalarle a la Administración la medida que debe ser aplicada o bien puede entregarle la libertad de elegir entre distintas alternativas contempladas por la misma, las cuales presentan como características la de ser jurídicamente válidas o iguales para el Derecho. En último término la

discrecionalidad en las consecuencias jurídicas puede presentarse al no estar previamente precisadas estas en su contenido por la norma⁴⁷⁴. En el primer caso la discrecionalidad será de actuación, en tanto que en los dos últimos la discrecionalidad será de elección⁴⁷⁵ en donde estarán presentes los aspectos quid (qué se hace) y el quomodo (cómo se hace)⁴⁷⁶.

Por tanto, si se afirma que la discrecionalidad se encuentra localizada en las consecuencias jurídicas de la norma, esta debe ser entendida como una libertad, o margen de volición en virtud de la cual la Administración tomará la decisión de realizar una u otra actuación en los términos descritos⁴⁷⁷. No obstante, afirmar que la discrecionalidad administrativa sólo puede existir en las consecuencias jurídicas de la norma administrativa, no significa que se deban desconocer situaciones complejas que puedan presentarse en la práctica legislativa así como la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que hacen perentorio dotar a esta concepción de una cierta flexibilidad para explicar de mejor manera este fenómeno.

Los conceptos jurídicos indeterminados

Los conceptos jurídicos indeterminados son conceptos que se encuentran presentes en distintas regulaciones que cubre el Derecho no siendo exclusivo de este pues su origen es extrajurídico⁴⁷⁸ aunque en el ámbito del Derecho Administrativo han adquirido una importancia fundamental en virtud de su relación con la teoría de la discrecionalidad administrativa como hemos señalado.

La doctrina califica a un concepto de indeterminado, en oposición a los determinados, como aquellos que se refieren a una realidad pero que no

⁴⁷⁴ BACIGALUPO SAGESSE, M., "La discrecionalidad administrativa...", op. cit., pp. 115-117.

⁴⁷⁵ GALLEGO ANABITARTE, A., en el prólogo al libro de MOZO SEOANE, A., "La discrecionalidad de la Administración Pública en España...", op. cit., pp. 21-22.

⁴⁷⁶ BACIGALUPO SAGESSE, M., "La discrecionalidad administrativa...", op. cit., p. 117.

⁴⁷⁷ BACIGALUPO SAGESSE, M., "La discrecionalidad administrativa...", op. cit., p. 116.

⁴⁷⁸ MOZO SEOANE, A., "La discrecionalidad de la Administración Pública en España...", op. cit., pp. 242-243.

presentan límites definidos sino que estos son más bien difusos⁴⁷⁹. En este sentido, la identificación de la palabra con el objeto al cual esta busca referirse no aparece en términos claro dejando lugar a dudas respecto a si el término en cuestión puede aplicarse a un determinado caso⁴⁸⁰. Fuera de esto, se ha señalado que en realidad todos los conceptos son indeterminados pero lo que caracterizaría a aquellos que llevan este calificativo en el ámbito jurídico administrativo, es que estos presentan un grado mayor de indeterminación que el resto siendo “la vigencia jurídica de sus notas el elemento calificador”⁴⁸¹.

Ahora bien, la interrogante que surge inmediatamente apunta a por qué razón el legislador ha decidido utilizar este tipo de conceptos en sus regulaciones en vez de servirse directamente de términos o expresiones que cuenten con un mayor grado de precisión y que no generen dudas en su aplicación a los casos concretos. La respuesta a esta pregunta desde un punto de vista sustancial dice relación con la dificultad que significa para el legislador acercarse con detalle y de forma pormenorizada a la realidad a la que se enfrenta y la que en muchos casos puede ser compleja⁴⁸². Sainz Moreno señala que lo que busca el legislador a través del uso de estos conceptos son resultados concretos, pues para regular dicha realidad compleja, variable o poco conocida, necesita contar con elementos que le permitan ampliarla y así facilitar la búsqueda de una solución mediante la cual se pueda alcanzar el fin previsto en la norma. El empleo de estos conceptos no sólo se utilizaría para ampliar los márgenes de la propia realidad sino que también para graduar las consecuencias de la calificación jurídica del objeto al que se refiere o bien, para hacer referencia a tipos medios o a tipos de frecuencia⁴⁸³. De esta forma, el uso de estos conceptos ayudaría al legislador a cubrir distintas situaciones con la generalidad que se precisa y que de lo contrario, sería muy difícil prever caso a caso.

⁴⁷⁹ SAINZ MORENO, F., “*Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...*”, op. cit., p. 70.

⁴⁸⁰ DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., p. 102.

⁴⁸¹ SAINZ MORENO, F., “*Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...*”, op. cit., p. 70.

⁴⁸² MOZO SEOANE, A., “*La discrecionalidad de la Administración Pública en España...*”, op. cit., 244.

⁴⁸³ SAINZ MORENO, F., “*Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...*”, op. cit., p. 194.

Por otra parte y desde un punto de vista más práctico, se señala que al emplear los conceptos jurídicos indeterminados se simplifican las transacciones y acuerdos para poder legislar existiendo un ahorro tanto del tiempo que se requiere para poder emitir una norma jurídica así como de legislaciones sucesivas que sean capaces de adecuarse a las nuevas circunstancias que se van presentando en la vida real, disminuyendo en estos términos el coste de producción de la ley⁴⁸⁴.

No obstante las ventajas que el empleo de los conceptos jurídicos indeterminados proporcionan en sede legislativa, lo cierto es que la presencia de estos en la norma administrativa dificultan la tarea de interpretación de la misma al momento de aplicarla al caso concreto, labor que se torna aún más complicada cuando es la Administración y no el juez, la que, en virtud del privilegio de la decisión previa⁴⁸⁵, tiene una primera aproximación a una norma de dichas características.

Para poder explicar jurídicamente esta situación se consideró ya en el Derecho alemán que frente a estos casos la Administración contaba con un margen de apreciación, elemento que se introdujo también en España junto a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados⁴⁸⁶.

Para interiorizarnos al respecto, es necesario revisar la estructura de los conceptos jurídicos indeterminados que García de Enterría introdujo en España por influencia de la doctrina alemana. El autor señala que el concepto jurídico indeterminado tiene una estructura interna en la que se distinguen tres zonas. La primera de ellas es el núcleo o zona de certeza positiva, en donde se encuentran los datos previos o seguros, es decir, donde no existen dudas de que el concepto se aplica a determinados casos; también se compone esta estructura de una zona de certeza negativa, en donde se sitúan aquellos casos en donde es seguro que el concepto no se aplica y por tanto este es excluido; y finalmente existe una zona

⁴⁸⁴ DESDENTADO DAROCA, E., "*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*", op. cit., pp. 103-104.

⁴⁸⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., "*Curso de Derecho...*", op. cit., p. 503.

⁴⁸⁶ BACIGALUPO SAGESSE, M., "*La discrecionalidad administrativa...*", op. cit., pp. 157-158

que se sitúa entre las dos anteriores y que se denomina zona intermedia de incertidumbre o lo que el autor llama “halo del concepto”⁴⁸⁷ pues quiere significar que esta zona se encuentra sólo iluminada por el núcleo⁴⁸⁸ y es por tanto, una zona de duda en donde se encuentran todos aquellos casos en que la aplicación del concepto no resulta concluyente generándose una incertidumbre respecto a si el concepto se identifica o no con la realidad con la que se trata de relacionar⁴⁸⁹. En este sentido, se reconoce que en el halo del concepto existiría un margen de apreciación a favor de la Administración cuando esta debe apreciar ciertos conceptos jurídicos indeterminados, el cual es entendido como un espacio que debe ser llenado por esta con criterios no señalados expresamente por el Derecho⁴⁹⁰, el que sería excepcional puesto que la regla general y lo que justifica la existencia de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, es que estos no son una expresión de facultades discrecionales de la Administración, siendo controlables por el juez⁴⁹¹.

Dada esta flexibilización de la teoría reduccionista, distintas interrogantes se observan en torno a este tema, siendo la principal si la Administración al hacer uso de este margen de apreciación en la aplicación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados puede realmente llegar a una única solución justa entendiéndose por tal “aquella que es coherente con la idea de justicia que la norma expresa”, “adecuada o correcta al papel que el concepto juega en la norma”⁴⁹² o más precisamente, aquella consecuencia jurídica correcta desde un punto de vista jurídico y que se traduce en ser la óptima, la única plausible jurídicamente, aunque a veces se acepten como válidas otras al no poder determinarse con certeza cuál es esta⁴⁹³.

⁴⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Curso de Derecho...”, op. cit., p. 505

⁴⁸⁸ SAINZ MORENO, F., “Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...”, op. cit., p. 197.

⁴⁸⁹ BACIGALUPO SAGESSE, M., “La discrecionalidad administrativa...”, op. cit., p. 199.

⁴⁹⁰ BELTRÁN DE FELIPE, M., “Discrecionalidad administrativa y Constitución...”, op. cit., p. 31.

⁴⁹¹ BACIGALUPO SAGESSE, M., “La discrecionalidad administrativa...”, op. cit., pp. 127-129.

⁴⁹² SAINZ MORENO, F., “Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...”, op. cit., pp. 166-168;

⁴⁹³ ALONSO MAS, M., “La solución justa en las resoluciones administrativas...”, op. cit., p. 374.

En el Derecho español, se ha reconocido en términos generales que la presencia de un supuesto de hecho imperfecto o indeterminado en una norma jurídica puede deberse como bien señalamos a razones de técnica legislativa e incluso exigencias que el mismo lenguaje impone, pero ello no significa que haya de existir discrecionalidad⁴⁹⁴ pues en dicho margen discrecional la Administración lleva a cabo una actividad de interpretación o incluso de análisis⁴⁹⁵ descartándose de plano el despliegue de una actividad de este tipo.

El principal defensor de esta teoría ha sido García de Enterría quien señala que la Administración frente a un concepto jurídico indeterminado debe subsumir un caso concreto a un supuesto determinado, de manera que lo que hace es aplicar simplemente la norma jurídica siendo un proceso reglado en donde la voluntad de del órgano que desarrolla esta tarea no interviene⁴⁹⁶, de esta forma, este proceso es netamente interpretativo caracterizado por ser de tipo objetivo y cognitivo admitiendo por tanto sólo una solución justa, lo que no significa que exista sólo una conducta que se ajuste a lo que el concepto quiera significar⁴⁹⁷.

Este arribo a la única solución justa se reconoce por parte de esta doctrina como una tarea que si bien presenta dificultades no por ello puede ser una vía a admitir conclusiones erróneas como afirmar la existencia de discrecionalidad en el supuesto de hecho⁴⁹⁸. En este mismo sentido lo entiende Sainz Moreno quien destaca que descubrir el verdadero significado jurídico de las palabras es una labor compleja pero que en ella persiste la esencia del razonamiento jurídico, que es el evitar que se generen elementos arbitrarios en las decisiones adoptadas en el ámbito jurídico⁴⁹⁹. La finalidad del proceso de razonamiento jurídico también se identifica, de acuerdo al autor, con la búsqueda del significado que tiene cada concepto, y cada concepto tiene un significado, aun cuando sea difícil

⁴⁹⁴ MOZO SEOANE, A., *"La discrecionalidad de la Administración Pública en España..."*, op. cit., 376.

⁴⁹⁵ GALLEGO ANABITARTE, A., en el prólogo del libro de MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España..."*, op. cit., pp. 21-22.

⁴⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *"Curso de Derecho..."*, op. cit., pp. 503-504.

⁴⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *"Curso de Derecho..."*, op. cit., p. 502.

⁴⁹⁸ PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: "Dos funciones constitucionales distintas y complementarias"*, Tecnos, 1993, p. 119.

⁴⁹⁹ SAINZ MORENO, F., *"Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad..."*, op. cit., pp. 164-165.

encontrarlo ello no significa que no exista⁵⁰⁰, no pudiendo por tanto basarse la discrecionalidad en la naturaleza del concepto sino que esta debe responder a otras consideraciones⁵⁰¹.

La consecuencia lógica de considerar la apreciación de un concepto jurídico indeterminado como un proceso que consiste sólo en aplicar e interpretar una norma jurídica es que el juez podrá controlar judicialmente la apreciación que la Administración realice respecto de estos conceptos al caso concreto, y determinar si la solución a la que se ha llegado tiene el carácter de ser justa o no⁵⁰². En este caso y en presencia de un margen de apreciación, el juez podrá de todas formas controlar pero este será un control mínimo o limitado de tipo negativo que deberá extenderse como dice García de Enterría y Fernández Rodríguez, a los excesos que hubiese podido cometer la Administración en la labor de encontrar la solución justa y circunscribirse a anular la decisión en caso de considerar que esta va más allá de lo que el margen de apreciación pudiese permitir⁵⁰³.

Dentro de este margen de apreciación, la doctrina tradicional también ha reconocido que pueden existir supuestos límites o casos difíciles. Estos serían por una parte, aquellos conceptos que se encuentran en la periferia del ámbito conceptual, más allá de la zona positiva, negativa e incluso de la de incertidumbre y por otra, aquellos cuya sustancia es esencialmente valorativa o de apreciación personal mediante la cual es posible que se entregue a la Administración facultades discrecionales de forma directa para apreciar un concepto jurídico indeterminado⁵⁰⁴. En este caso el control del juez se encontrará

⁵⁰⁰ SAINZ MORENO, F., *"Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad..."*, op. cit., pp. 166, 172; En este mismo sentido ALONSO MAS, M., *"La solución justa en las resoluciones administrativas..."*, op. cit., pp. 243-244. La autora entiende también que en el propio concepto en cuestión se encuentra la solución justa, lo que significa que el juez puede proceder a revisar la aplicación del concepto pues se está en presencia de una interpretación legal, pero extiende esta conclusión no sólo a los casos de imprecisión normativa sino que también cuando exista "aparentemente una facultad de opción".

⁵⁰¹ SAINZ MORENO, F., *"Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad..."*, op. cit., pp. 288-289; En el mismo sentido PAREJO ALFONSO, L., *"Administrar y juzgar, dos funciones distintas y complementarias..."*, op. cit., 119.

⁵⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *"Curso de Derecho..."*, op. cit., pp. 503-504.

⁵⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *"Curso de Derecho..."*, op. cit., pp. 506-507.

⁵⁰⁴ MOZO SEOANE, A., *"La discrecionalidad de la Administración Pública en España..."*, op. cit., pp. 256, 377.

aún bastante limitado y no se puede negar la existencia de un margen de apreciación⁵⁰⁵.

Sainz Moreno, desarrolló ampliamente el estudio de los conceptos jurídicos indeterminados y su relación con la discrecionalidad administrativa hasta el punto de considerar que el interés público es un concepto jurídico indeterminado y por ende se le aplican los razonamientos sostenidos por esta “cuando aparece en todas aquellas normas que condicionan una actuación administrativa a lo que convenga o perjudica el interés público”⁵⁰⁶. De acuerdo al autor, el interés público como concepto jurídico indeterminado no es un concepto vacío de contenido y como tal debe ser examinado primero en sí mismo y luego en relación a la función que cumple como al caso concreto de que se trata. En sí mismo el concepto no expresaría un valor puro sino que valorativo lo que quiere decir que tiene un componente tanto ideal como real y por ello el problema que plantea es netamente de interpretación jurídica⁵⁰⁷ lo que también se extendería cuando esta noción aparece de forma tácita, como núcleo de las decisiones administrativas discrecionales en donde impone la obligación de adoptar la decisión que coincida de mejor manera con lo que su término representa, y por tanto también será controlable jurídicamente pero de forma negativa⁵⁰⁸. En este mismo sentido se ha manifestado García de Enterría quien señala que el concepto de interés general tiene una función delimitadora y ordenadora y que es interpretado también por jueces de otras jurisdicciones cuando ejercen su función de control no siendo el juez contencioso administrativo un “quasi juez para excluirle de esta tarea”⁵⁰⁹.

El protagonismo que para este sector de la doctrina ha tenido la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados es indiscutible afirmando por ello Sainz Moreno que la discrecionalidad administrativa ha quedado absorbida por los

⁵⁰⁵ MOZO SEOANE, A., *“La discrecionalidad de la Administración Pública en España...”*, op. cit., p. 378.

⁵⁰⁶ SAINZ MORENO, F., *“Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...”*, op. cit., p. 318.

⁵⁰⁷ SAINZ MORENO, F., *“Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...”*, op. cit., pp. 323-325

⁵⁰⁸ SAINZ MORENO, F., *“Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...”*, op. cit., p. 330.

⁵⁰⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, 4ª edición ampliada, Civitas, Madrid, 1998, pp. 239-240.

primeros pues la distinción entre una y otra ya no tendría mayor relevancia al ser la discrecionalidad controlable en sus elementos que lo permiten en términos idénticos al control que se realiza respecto de los conceptos jurídicos indeterminados⁵¹⁰. Ahora bien, desde esta misma vereda se ha señalado que este razonamiento ha sido llevado a términos extremos pues se ha dicho por una parte, que considerar al interés general como un concepto jurídico indeterminado para reducir la discrecionalidad administrativa constituye un desenfoque del asunto pues no se debe olvidar que el ejercicio de potestades discrecionales descansa en el interés general y por otra, que la finalidad de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados apunta a reducir a sus justos límites la discrecionalidad y sus efectos y no absorberla o eliminarla⁵¹¹. En este mismo sentido se agrega que esta concepción del interés general no sería compatible con la posición constitucional que se le reconoce a la Administración en el art. 103.1 C.E., posición con la que conectaría este tema⁵¹², pues en ese sentido su función última es la satisfacción de los intereses generales para lo cual el margen de discrecionalidad en la toma de decisiones es esencial⁵¹³.

La discrecionalidad entendida desde la perspectiva de la doctrina mayoritaria así como su concepción del margen de apreciación, ha sido el razonamiento acogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo prácticamente desde que la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados fue introducida al Derecho Español siendo en el año 1964 en donde de forma explícita se pronunció el máximo tribunal en este sentido⁵¹⁴. Así se ha ido manifestando también a lo largo de los años, como por ejemplo en STS de 12 de diciembre de 2000 en donde se distingue entre ambos fenómenos jurídicos por el Tribunal al señalar que: “la libertad de apreciación...es propia de los conceptos jurídicos indeterminados, y no una potestad de discrecionalidad administrativa” lo que de

⁵¹⁰ SAINZ MORENO, F., “*Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...*”, op. cit., p. 250.

⁵¹¹ MOZO SEOANE, A., “*La discrecionalidad de la Administración Pública en España...*”, op. cit., pp. 278, 348.

⁵¹² ALONSO MAS, M., “*La solución justa en las resoluciones administrativas...*”, op. cit., 319.

⁵¹³ BELTRÁN DE FELIPE, M., “*Discrecionalidad administrativa y Constitución...*”, op. cit., pp. 250-251.

⁵¹⁴ SAINZ MORENO, F., “*Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...*”, op. cit., p. 274.

acuerdo al Tribunal “no se traduce en una libertad omnímoda ni en una ausencia o imposibilidad de control jurisdiccional”.

Ahora bien, el Tribunal reconoce la dificultad que entraña el reducir la discrecionalidad a un solo modelo pues se señala que sus límites teóricos no son claros aunque se afirma que desde el punto de vista de la de la proposición jurídica, la discrecionalidad opera respecto de la consecuencia jurídica y no sobre el supuesto de hecho estando la libertad que tiene la Administración respecto de los conceptos jurídicos indeterminados “referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que solo genéricamente ha sido definida”⁵¹⁵.

Esta sólida doctrina jurisprudencial no ha presentado variaciones en los últimos años, sino que por el contrario, se ve reafirmada al señalar que si bien las potestades regladas se encuentran en pugna con las discrecionales, no lo está con el reconocimiento del margen de apreciación en lo que concierne al denominado "halo" del concepto jurídico indeterminado o a su zona de incertidumbre existiendo dentro de las potestades regladas el reconocimiento a la Administración de un cierto margen de apreciación, “que puede ser objeto de plena fiscalización en sede jurisdiccional con carácter general, cuando se aportan evidencias suficientemente incontestables”⁵¹⁶.

2.2. La discrecionalidad en el supuesto de hecho de la norma.

Un sector minoritario de la doctrina ha defendido una teoría más moderna y en contraste con la anterior, en virtud de la cual se afirma que la discrecionalidad tiene su origen en la inexistencia o imperfección del supuesto de hecho la que se definiría como una habilitación a la Administración para completar o bien crear

⁵¹⁵ STS de 12 de diciembre de 2000, Roj 9097/2000.

⁵¹⁶ STS de 6 de marzo de 2015, Roj 1005/2015.

el supuesto de hecho imperfecto⁵¹⁷. Este, que no precisa cada uno de los elementos que determinan el ejercicio de una potestad administrativa permitiría que fuese la propia Administración quien determine los presupuestos de su actuación, proceso que comprendería dos actuaciones consecutivas del órgano administrativo, que en primer lugar tendrá que perfeccionar el supuesto de que se trate para luego reconocer la situación fáctica y subsumirla a las condiciones de ejercicio que la misma Administración ha creado, transformando una norma originalmente discrecional en reglada⁵¹⁸.

Ahora bien, puede ocurrir que en el supuesto de hecho de la norma administrativa el legislador haya introducido conceptos normativos indeterminados para definir la situación de facto de que se trate como hemos apuntado. Ante esta situación lo que esta teoría plantea es que en la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados el ente aplicador excede la actividad cognoscitiva propia de la interpretación ante la dificultad para encontrar la solución justa de cada concepto⁵¹⁹ dando paso a una operación de carácter volitivo, aspecto que sería propio de una actividad discrecional y que se desplegaría en el ámbito del margen de apreciación reconocida por la doctrina mayoritaria. Bacigalupo señala que el proceso de interpretación, que constituye una actividad objetiva, termina cuando el interprete sale de la zona negativa y

⁵¹⁷ BACIGALUPO SAGESSE, M., *"La discrecionalidad administrativa..."*, op. cit., pp. 181-182.

⁵¹⁸ BACIGALUPO SAGESSE, M., *"La discrecionalidad administrativa..."*, op. cit., p. 187; En este mismo sentido RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J., Normas de conducta y normas de control, Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, n° 1, 2015, pp. 8 y ss. (Con posterioridad, Metodología del Derecho administrativo, Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa, Marcial Pons, Madrid, 2016). El autor señala que esta tarea tratándose de la discrecionalidad planificadora se realiza de una forma específica y que es a través del método de la ponderación. El juicio ponderativo se realiza en tres fases: a) identificación de los principios o intereses en conflicto; b) atribución del peso o importancia que a ellos corresponde en función de las circunstancias del caso; y c) decisión de prevalencia. Esta última tiene que cumplir con la denominada "ley de la ponderación" que significa que en la solución de un conflicto entre principios debe cumplirse la regla de que cuanto mayor sea el perjuicio que se causa al principio que "pierde", mayor ha de ser en importancia del cumplimiento del principio que "gana. De esta forma al supuesto de hecho conformado mediante este método se le vincula una consecuencia jurídica adecuada al principio que prevalezca. Esta consecuencia jurídica se encontrará prevista por la legislación en caso de la discrecionalidad planificadora de aplicación o ejecución, sin embargo, también será creada por la propia Administración en caso de la discrecionalidad planificadora normativa.

⁵¹⁹ MUÑOZ MACHADO, S., *"Tratado de Derecho Administrativo..."*, op. cit., p. 871.

positiva del concepto de que se trata para entrar a la zona de incertidumbre siendo este el límite que distingue a una actividad de interpretación propiamente tal de una discrecional en virtud de la cual el interprete deberá integrar el supuesto de hecho al decidir si el concepto se aplica o no al caso concreto respecto del cual se tienen dudas⁵²⁰.

De esta forma uno de los principales argumentos en los que se apoya esta tesis dice relación con la dificultad que existe en la práctica para descubrir la solución justa que habría de tener cada concepto⁵²¹, siendo Sánchez Morón, Bacigalupo y Desdentado quienes se inclinan por este razonamiento. Como consecuencia de lo anterior, esta doctrina señala por tanto que entre la discrecionalidad y la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados no existiría ninguna diferencia desde el punto de vista cualitativo pues tienen la misma ubicación, son manifestación de una actividad volitiva⁵²² y en ambos existiría la necesidad de precisar o perfeccionar el supuesto de hecho para fijar pautas de actuación, aunque respecto de los últimos el mismo concepto marcaría los límites⁵²³.

La consecuencia final a la que se dirige este planteamiento es que al ser ambos fenómenos manifestación de una actividad volitiva, los conceptos jurídicos indeterminados no serían plenamente controlables como señala la doctrina mayoritaria sino que estos se controlan de la misma manera que se procede frente a una actividad discrecional de la Administración sin que el juez pueda en ningún caso llegar a sustituir la decisión a la que hubiese arribado el intérprete en esta tarea. Este control además sería negativo, pues la programación de la norma al incorporar estos conceptos también se configura en términos negativos no pudiendo el juez exceder este marco que delimitaría su función⁵²⁴. En este sentido Muñoz Machado señala que esta concepción unitaria de la discrecionalidad conduce a la conclusión de que “el control judicial crecerá en

⁵²⁰ BACIGALUPO SAGESSE, M., “*La discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., pp. 199-201

⁵²¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Discrecionalidad administrativa y control judicial...*”, op. cit., pp. 117-118.

⁵²² BACIGALUPO SAGESSE, M., “*La discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., pp. 203-204.

⁵²³ DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., p. 123

⁵²⁴ BACIGALUPO SAGESSE, M., “*La discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., p. 211.

directa proporción a la densidad normativa con la que se haya configurado el supuesto de hecho”⁵²⁵ por lo que el momento en que se origina la norma jurídica será fundamental en la determinación de los límites de la función judicial así como en la posterior etapa de control jurídico.

Ahora bien, ante esta conclusión Desdentado incorpora un matiz pues la autora señala que la discrecionalidad que existiría en este caso es del tipo instrumental⁵²⁶, pues ha sido otorgada por el legislador pero sin la intención de atribuirla, de manera que el órgano opera discrecionalmente pero sin tener discrecionalidad, lo que la diferencia de la discrecionalidad fuerte en donde precisamente la intención del legislador ha sido entregar al órgano esa discrecionalidad y por ello no se puede tampoco sustituir la decisión adoptada en ejercicio de ella⁵²⁷.

Esta discrecionalidad instrumental tiene por objeto interpretar y aplicar el Derecho, labor que corresponde a los jueces y de ello resultaría que la apreciación hecha por la Administración de los conceptos jurídicos indeterminados puede ser plenamente controlada por los tribunales a menos que el legislador haya puesto de manifiesto la intención de entregar dicha discrecionalidad en esta tarea lo que ocurrirá por ejemplo en casos que el concepto jurídico indeterminado atribuya una discrecionalidad política. En este caso el control opera de manera restrictiva pues se está ante una discrecionalidad fuerte y por tanto habría que respetar los poderes que constitucionalmente se le estarían otorgando a los órganos⁵²⁸.

⁵²⁵ MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho Administrativo...”*, op. cit., pp. 878-879.

⁵²⁶ DESDENTADO DAROCA, E., *“Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...”*, op. cit., p. 124.

⁵²⁷ DESDENTADO DAROCA, E., *“Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...”*, op. cit., p. 52.

⁵²⁸ DESDENTADO DAROCA, E., *“Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...”*, op. cit., pp. 130-133.

2.3. La trascendencia de la configuración normativa de la discrecionalidad

Aunque en el Derecho español tanto la doctrina mayoritaria así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclinan por aceptar que la discrecionalidad administrativa sólo puede encontrarse en las consecuencias jurídicas de la norma administrativa, quedando determinado en términos generales tanto el concepto de la misma así como el punto de partida para posteriores debates en torno a este tema, lo cierto es que desde el punto de vista de la discusión científica, el lugar en que se afirme que puede existir este margen para la Administración, condicionará su concepto así como el sentido que las discusiones adopten.

Por otra parte, la configuración de la norma jurídica también se ha calificado por la doctrina como esencial para el posterior control judicial que debe desplegar el juez⁵²⁹, pues en la medida que una norma jurídica contenga suficientes elementos que describan su ámbito de actuación, los límites dentro de los cuales el juez podrá llevar a cabo este control serán más amplios o más intensos según como se encuentre predeterminado el precepto, sin perjuicio del espacio de actuación que se le ha asignado a la Administración el cual debe ser respetado para evitar una sustitución de las funciones administrativas por parte del juez.

Esta relación entre configuración normativa y control judicial se ha tornado una materia relevante para algunos autores en el último tiempo, sobre todo en

⁵²⁹ MUÑOZ MACHADO, S., *"Tratado de Derecho administrativo..."*, op. cit., pp. 888-889. Se señala además que en este mismo sentido se ha pronunciado tanto el TJUE como el TEDH con una jurisprudencia constante al respecto y con expresión normativa en la Directiva 2006/123 de 12 de diciembre del Parlamento Europeo y del Consejo que se refiere al mercado interior; En este mismo sentido RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J., *"Normas de conducta y normas de control..."*, op. cit., p. 21, al señalar que respecto del control de la discrecionalidad planificadora, existe una norma de conducta, la cual ha sido creada por la propia Administración para integrar el supuesto de hecho y una norma de control que es la que regula la actividad del juez la cual tendrá más criterios para contrastar la decisión adoptada por el órgano planificador en relación a su norma de conducta en la medida que esta tenga una mayor densidad de programación.

áreas del Derecho administrativo caracterizadas tanto por la presencia de conocimientos técnicos complejos así como por la intervención estatal. Esta relevancia se debe a la preocupación que existe en torno a la forma en que el legislador se encuentra regulando y legislando en estos ámbitos en donde no sólo la utilización de conceptos jurídicos indeterminados hacen cada vez más difícil la labor del intérprete sino que también la progresiva modificación de la estructura normativa en donde se vuelve más difícil determinar con claridad los criterios generales que permiten saber o conocer las pautas de actuación así como las medidas concretas a adoptar para cumplir con el fin previsto en la norma. Estos se han sustituido simplemente por fines, directivas u objetivos de acción lo que torna más complicada la labor del juez a la hora de controlar la discrecionalidad administrativa limitando de alguna manera su ámbito de actuación⁵³⁰.

En este sentido se ha planteado que las nuevas estructuras de la norma jurídica administrativa, así como la ausencia o deficiencia programática de la misma podrían constituir motivos de vulneración o infracción de los principios generales sobre los cuales se asienta el Estado de Derecho⁵³¹ lo que podría traer como consecuencia la discusión de la constitucionalidad de este tipo de normas sobre todo cuando en su aplicación se constata posibles afecciones a los derechos de los particulares y específicamente del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24. 1 C.E. al impedirse de manera indirecta por el legislador que el juez pueda controlar la actividad discrecional de la Administración con la efectividad que exige el precepto constitucional⁵³².

Como puede observarse, la configuración normativa de la discrecionalidad administrativa constituye un aspecto necesario a tener en cuenta a la hora de estudiar esta materia que comúnmente ha centrado su atención en el control judicial de las potestades discrecionales otorgadas a la autoridad administrativa

⁵³⁰ TORNOS MAS, J., *"Discrecionalidad e Intervención administrativa económica..."*, op. cit., p. 396.

⁵³¹ GALLEGU ANABITARTE, A., En el prólogo al libro de MOZO SEOANE, A., *"La discrecionalidad de la Administración Pública en España..."*, op. cit., 29. En este mismo sentido BACIGALUPO SAGESSE, M., *"La discrecionalidad administrativa..."*, op. cit., p. 61.

⁵³² BACIGALUPO SAGESSE, M., *"La discrecionalidad administrativa..."*, op. cit., p. 225.

desatendiendo la trascendencia de su consideración así como la eventual responsabilidad del legislador frente al sistema jurídico.

3. La función de la discrecionalidad administrativa

Como se ha venido señalando, la discrecionalidad ha sido originalmente asociada a la expresión de un poder desmedido y arbitrario por haber estado estas características presentes tanto en el despliegue de las potestades que ejercía el soberano en la época en la cual el Antiguo Régimen imperaba así como incluso en el siglo XIX. De esta forma, se ha señalado que la herencia de este pasado es la actual concepción confrontacional entre el Estado junto con los denominados poderes exorbitantes por una parte, y la sociedad por otra en la que existe el convencimiento de que se deben “acumular defensas del individuo” frente a aquel⁵³³. Por esta misma razón es que se ha afirmado por la doctrina que la discrecionalidad refleja esa antigua forma de gobernar⁵³⁴ y que representa un resquicio de aquel poder absoluto que ha querido subsistir hasta nuestros días. No obstante, mantener esta visión de la realidad no es una perspectiva adecuada según Sánchez Morón pues el Estado de acuerdo al autor es una emanación de la propia sociedad y como tal no tiene sentido plantear dicha confrontación sobre todo por el rol que este juega hoy en materias fundamentales de ordenación tanto económica como social⁵³⁵.

En virtud del protagonismo adquirido es por tanto necesario dotar a los órganos administrativos de potestades que le permitan cumplir con su cometido y llevar a cabo los fines que se le han asignado por el constituyente. En este sentido, las potestades discrecionales se presentan como un instrumento de la mayor utilidad y en la que la negatividad que rodea el concepto queda disminuida frente al establecimiento del Estado de Derecho y las exigencias que el mismo impone. De esta forma, la existencia de la discrecionalidad administrativa en el

⁵³³ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Discrecionalidad administrativa y control judicial...*”, op. cit., pp. 96-97

⁵³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 500

⁵³⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Discrecionalidad administrativa y control judicial...*”, op. cit., pp. 96-97.

sistema jurídico se encontraría justificada siendo los principales argumentos a favor de la misma los siguientes:

3.1. Las limitaciones del Poder Legislativo

La función de regular las distintas materias que le son encomendadas al Poder legislativo por la Constitución, presenta como principal característica la producción de normas generales y abstractas quedando la concretización de la norma y muchas veces de los intereses generales, en manos de quien interpreta, quienes deberán ajustar la realidad de los hechos a lo que el precepto señale. Como hemos indicado al hablar de la utilidad que reportan los conceptos jurídicos indeterminados, el legislador al realizar esta tarea se ve enfrentado a limitaciones y obstáculos propios de esta función. Por un lado, el legislador no puede regular en detalle y minuciosidad cada uno de los sectores en los que la Administración interviene y los hipotéticos casos que podrían tener lugar en la práctica, de ahí que su regulación sea llevada cabo sólo de forma general y abstracta. Por otra parte, y probablemente como causa de lo anterior, la naturaleza de las materias⁵³⁶ impide que este proceso pueda llevarse a cabo de una forma distinta pues la diversidad de los ámbitos y áreas a normar escapan en la mayoría de los casos al conocimiento común que poseen los legisladores y que no lo hace más accesible por el hecho de ser asistidos por personas expertas en dicho temas. En este sentido no sólo el criterio de la dificultad de las materias jugaría un rol importante sino que también el de la trascendencia de las mismas debido al impacto que estas generan en la vida social. Por ello, la existencia de un margen de flexibilidad en la aplicación de los supuestos al caso concreto aparece indudablemente justificada⁵³⁷.

Parejo Alfonso recuerda que así como en un Estado de Derecho la seguridad jurídica constituye uno de los pilares fundamentales que permite

⁵³⁶ SAINZ MORENO, F., *“Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...”*, op. cit., p. 305.

⁵³⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., *“Discrecionalidad administrativa y control judicial...”*, op. cit., p. 109.

otorgar a los particulares previsibilidad y certeza respecto del sentido de las decisiones adoptadas por la autoridad, la flexibilidad normativa también formaría parte del mismo ya que es un elemento esencial de todo Ordenamiento jurídico que hace posible que este pueda cubrir todos aquellos casos que la norma no prevé de forma suficiente. Esto es un aspecto importante de tener en cuenta pues el autor recalca que en la realidad lo que existe son construcciones dogmáticas de modelos teóricos o ideales tanto de la Administración así como de su actuación administrativa lo que significa que en la práctica no siempre será posible encontrar una realidad que calce de manera absoluta con el modelo concebido apareciendo la flexibilidad e informalismo como parte de las soluciones que ofrece la política legislativa. Ahora bien, este reconocimiento no genera un desplazamiento del formalismo sino que ambos elementos, formalismo e informalismo deben darse en una justa medida pues el abuso de este último también puede traer perniciosas consecuencias para el sistema jurídico que precisamente es formal en su esencia⁵³⁸.

3.2. El complemento de la posición institucional de la Administración

Correlativamente, las limitaciones y dificultades a las que se enfrenta el legislativo se reducen cuando se traslada hacia la Administración la concreción de la norma jurídica lo que adquiere mayor relevancia cuando esta contiene elementos discrecionales que le permiten cubrir aquellos casos de la realidad que de lo contrario no quedarían suficientemente regulados o bien, podrían intentar ser normados al detalle con la consecuente rigidez y perjuicio para el sistema jurídico. De esta forma la Administración aparece como depositaria de la confianza de la voluntad general y ello se debe a su particular situación institucional lo que justifica el uso de cierta flexibilidad que significan las potestades discrecionales.

⁵³⁸ PAREJO ALFONSO, L., "*Administrar y juzgar: dos funciones distintas...*", op. cit., pp. 100-102.

Esta posición institucional obedece a la función organizadora que tiene atribuida la Administración en los distintos ámbitos de la sociedad, función que se transmite en el Derecho español, a todas las administraciones territoriales como las comunidades autónomas, entes locales y al Estado, pues tanto la Constitución como las leyes encomiendan a sus órganos de gobierno la dirección política, administrativa de acuerdo al art 97 C.E. y de las normas que regulan dichos entes territoriales, además de otorgarle potestad reglamentaria, para lo cual se requiere contar con un margen de movilidad que otorga la discrecionalidad administrativa. Aquí se ubicaría de acuerdo a Sánchez Morón, el fundamento constitucional de la discrecionalidad en el Ordenamiento jurídico español⁵³⁹.

Finalmente, esta especial situación de la Administración quedaría reafirmada por la supuesta⁵⁴⁰ legitimidad democrática que esta tendría pues el Ejecutivo, quien además dirige la Administración, es respaldado por la voluntad general y de esa forma dicha legitimidad se extendería a la Administración quien quedaría a cubierto de dicho respaldo de forma indirecta. Junto con ello, las administraciones se encontrarían compuestas de un personal técnico y profesional lo que reflejaría la especial capacidad funcional del ente para adoptar decisiones de tipo discrecional⁵⁴¹.

3.3. La concreción del interés general

La Administración desde su posición institucional y constitucional tiene asignada como tarea última la concreción de los fines que el Estado persigue y que no son otra cosa que el cumplimiento de los intereses generales. Para la materialización de estos, los órganos que la conforman utilizan los poderes administrativos que el Ordenamiento les otorga y así aseguran estos intereses en

⁵³⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., "*Discrecionalidad administrativa y control judicial...*", op. cit., p. 112.

⁵⁴⁰ La legitimidad democrática extendida a la Administración por el hecho de ser esta dirigida por el Poder ejecutivo ha sido un argumento extensamente debatido por García de Enterría quien señala que la legitimidad democrática está referida a un mecanismo de representación política que el constituyente reserva al Poder legislativo exclusivamente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "*Democracia, jueces y control de la Administración...*", op. cit., p. 50.

⁵⁴¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., "*Derecho Administrativo, Parte General...*", op. cit., p. 93.

beneficio de toda la comunidad. De esta forma, detrás de toda potestad administrativa se encuentra este fin, elemento reglado, que en el caso de las potestades discrecionales constituye su fundamento y su justificación pues le recuerda a los órganos administrativos que en ejercicio de estos poderes sólo existe un objetivo a perseguir y que es la satisfacción del “interés público en atención a criterios no jurídicos, ya sean económicos, técnicos, organizativos o de mera conveniencia social u organizativa o propiamente políticas”⁵⁴² y que dichos poderes están sometidos a exigencias de racionalidad en estrecha conexión con el interés público⁵⁴³.

De esta forma el interés general es además de un principio político de la organización del Estado⁵⁴⁴, el fundamento y el fin de las potestades administrativas lo que se traduce, respecto de las potestades discrecionales, en una obligación para la autoridad que emite una decisión, de adoptar la solución o medida, dentro del abanico de posibilidades jurídicamente posibles, que cumpla de mejor manera con el bien de toda la comunidad⁵⁴⁵ explicándose incluso más profundamente la misma desde el punto de vista de los conceptos jurídicos indeterminados, que como hemos señalado, obligaría a encontrar una única solución cuando el legislador junto con otorgar la discrecionalidad señalara expresamente que su finalidad es el cumplimiento o persecución de los intereses generales. La razón de esto radicaría en el carácter instrumental de la Administración la que simplemente es un medio para alcanzar el interés común y en ese aspecto deberá realizar su labor de la mejor manera que le sea posible⁵⁴⁶.

El interés general como fundamento de la discrecionalidad significa también reconocer la posición de la autoridad administrativa, quien se encuentra más cercana a los ciudadanos y realiza una verificación constante de la realidad.

⁵⁴² SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Derecho Administrativo, Parte General...*”, op. cit., p. 93.

⁵⁴³ STS de 6 de marzo de 2015, Roj 1005/2015; MOZO SEOANE, A., “*La discrecionalidad de la Administración Pública...*”, op. cit., 342, señala que desde 1956 la jurisprudencia ha reconocido que las potestades discrecionales constituyen delegación expresa de la norma en la Administración para configurar en un caso dado lo que es del interés general.

⁵⁴⁴ SAINZ MORENO, F., “*Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...*”, op. cit., pp. 315-316.

⁵⁴⁵ MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit., p. 859.

⁵⁴⁶ DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., p. 64.

Esto junto a las limitaciones del Poder legislativo justifica de manera innegable la necesidad, para poder cumplir con los fines que se le imponen, de hacer uso de esta elasticidad que otorga la discrecionalidad a la hora de tomar las mejores decisiones⁵⁴⁷. Como ya tuvimos oportunidad de señalar, son los mismos principios del Estado de Derecho los que admiten una modulación de su magnitud jurídica “según la realidad social y el tipo de acción administrativa de que se trate”⁵⁴⁸. En este sentido la doctrina ha reconocido que apreciar circunstancias particulares así como estimar oportunidades concretas es una necesidad indeclinable del poder público⁵⁴⁹, no siendo la discrecionalidad misma “un privilegio o anomalía que haya que reducir al mínimo sino que un instrumento necesario para que la Administración pueda desempeñar la función que tiene constitucionalmente encomendada al servicio de la colectividad”⁵⁵⁰.

4. Las potestades administrativas discrecionales

La discrecionalidad administrativa puede manifestarse de forma específica en determinadas formas o potestades administrativas de las que goza la Administración para cumplir con los fines de interés general que le corresponden. Sin intención de desviarnos de nuestro tema principal, nos interesa destacar aquellos supuestos que se han identificado reiteradamente por la doctrina como manifestaciones concretas de la discrecionalidad administrativa entre las cuales se encuentran:

4.1. Discrecionalidad política

La discrecionalidad política constituye el ámbito de libertad de que gozan los órganos que dirigen la Administración entregado de forma expresa o implícita

⁵⁴⁷ UREÑA SALCEDO, J., “*El principio de Servicio objetivo a los intereses generales...*”, op. cit., pp. 61-63. El autor recuerda que la LJCA de 1956 establece una relación directa entre la discrecionalidad y el interés público, expresando que la discrecionalidad administrativa y la definición del interés general por la Administración sería un mismo fenómeno.

⁵⁴⁸ PAREJO ALFONSO, L., “*Administrar y juzgar: dos funciones distintas...*”, op. cit., p. 99.

⁵⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 500.

⁵⁵⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Discrecionalidad administrativa y control judicial...*”, op. cit., pp. 99-101.

por el Ordenamiento jurídico⁵⁵¹, que se caracteriza por el marcado acento político de sus decisiones y que permite la implementación de los programas y proyectos ideológicos que identifican a dichos órganos. Presente en la mayoría de los actos que constituyen la denominada administración directa, así como en los principales ámbitos donde actúa la Administración⁵⁵², se ha señalado que constituye una discrecionalidad de tipo “fuerte” al ser otorgada intencionalmente por el sistema jurídico para satisfacer los intereses generales⁵⁵³ de acuerdo a criterios políticos determinados.

4.2. Discrecionalidad de iniciativa

La discrecionalidad de iniciativa es una manifestación de la discrecionalidad política que le permite a la Administración poner en funcionamiento distintos servicios o acciones de cualquier índole que crea necesario para poder llevar a cabo el fin que le ha sido encomendado de acuerdo a sus criterios. En virtud de esta discrecionalidad es la propia Administración la que decide en todos sus aspectos y generalmente a partir de una general atribución de potestades en determinados ámbitos, la forma así como la oportunidad en cómo se va a desplegar la medida o actividad que busca implementar⁵⁵⁴.

4.3. Discrecionalidad ordinaria o de gestión

Se ha señalado que este tipo de discrecionalidad es aquella que se encuentra presente en el día a día de la labor administrativa siendo las decisiones adoptadas en este ámbito de menor trascendencia⁵⁵⁵ aunque imprescindibles para dicha tarea pues la dotan de una flexibilidad suficiente para enfrentar aquellas

⁵⁵¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Discrecionalidad administrativa y control judicial...*”, op. cit., p. 127.

⁵⁵² SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Derecho administrativo, Parte general*”, op. cit., p. 95.

⁵⁵³ DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., pp. 78-80.

⁵⁵⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Discrecionalidad administrativa y control judicial...*”, op. cit., p. 126.

⁵⁵⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Derecho administrativo, Parte general*”, op. cit., p. 96.

situaciones de la práctica administrativa cotidiana que permiten llevar a cabo otros cometidos de mayor trascendencia.

4.4. La potestad reglamentaria

La discrecionalidad administrativa no solamente puede manifestarse en la concreción de una medida o actuación determinada sino que también en la creación de normas jurídicas⁵⁵⁶. En virtud de esto último se reconoce que la potestad reglamentaria, cuya base jurídica se encuentra en el art. 97 C.E., es una potestad esencialmente discrecional de la Administración y también una expresión de la discrecionalidad política mediante la cual el poder ejecutivo puede llevar a cabo una actividad normativa en la que deberá realizar elecciones entre distintas soluciones jurídicas lo que es propio de la discrecionalidad⁵⁵⁷. Ahora bien, de acuerdo al tipo de reglamentos de que se trate la discrecionalidad cobrará mayor o menor relevancia⁵⁵⁸ y en la misma medida su control judicial. En este sentido la doctrina suele realizar la tradicional distinción entre reglamentos ejecutivos e independientes, siendo los primeros aquellos que se limitan a ejecutar o desarrollar una ley previamente existente y los segundos, aquellos que vienen a regular materias que no se encuentran reguladas por una ley ni tampoco reservadas a la misma⁵⁵⁹, siendo este último caso donde se presenta la discrecionalidad en un grado mayor. Sin embargo, de acuerdo a De la Cruz los reglamentos ejecutivos, dependiendo de cómo se encuentre configurada la remisión legal, también pueden presentar un grado de discrecionalidad importante lo que ocurrirá cuando la ley sólo se limite a considerar los aspectos más trascendentes de la regulación renunciando a llevar a cabo una norma que enfrente de forma más detallada y específica otros aspectos de la misma. De esta

⁵⁵⁶ BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución...*, op. cit., pp. 187-188.

⁵⁵⁷ DEDENTADO DAROCA, E., *"Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico..."*, op. cit., p. 95.

⁵⁵⁸ UREÑA SALCEDO, J., *"El principio de Servicio objetivo a los intereses generales..."*, op. cit., p. 63. En este sentido se señala que el ejercicio de la potestad reglamentaria puede reducir el margen de libertad en la decisión del caso determinado concretando un poco más el interés general que ha de perseguir la actuación administrativa.

⁵⁵⁹ DE LA CRUZ FERRER, J., Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria, *Revista de Administración Pública* n° 116, 1988, pp. 67-69.

forma y desde el punto de vista de la discrecionalidad, en el primer caso según el autor es posible hablar de reglamentos ejecutivos de discrecionalidad mínima, y en el segundo de reglamentos remitidos que disponen de un grado de discrecionalidad medio⁵⁶⁰ quedando la discrecionalidad configurada en la potestad reglamentaria en tres niveles diferenciados con lo que el control judicial de la misma es imprescindible.

4.5. La potestad de planificación

La potestad de planificación también es reconocida como una potestad de carácter discrecional la cual se manifiesta cuando la autoridad debe elegir entre diversas opciones jurídicamente iguales, así como cuando debe desarrollar una actividad normativa. En este último caso la autoridad administrativa, al igual que en los reglamentos de carácter remitido o ejecutivo, desarrolla una serie de regulaciones y normas teniendo como base otras legislaciones que se configuran como los límites dentro de los cuales puede extenderse esta potestad, que son de tipo general, al estar constituidos por regulaciones estatales y sectoriales que vienen dadas por el Ordenamiento jurídico así como también por los principios generales del Derecho; y de tipo específicos, que van siendo constituidos por los mismos elementos normativos que emanan de la potestad de planeamiento y que van estructurando y condicionando los nuevos. En este sentido, se ha señalado que la potestad de planeamiento lleva consigo una discrecionalidad de grado medio sin perjuicio de reconocerse que la discrecionalidad que se otorga a los órganos administrativos en virtud de esta potestad es bastante amplia⁵⁶¹ pues por otra parte, en virtud de esta potestad se le atribuye a la autoridad administrativa la posibilidad de adoptar una serie de medidas o decisiones cuya finalidad es la persecución del bien común. En la mayoría de estos casos la actividad se torna difícil pues para realizar dicha labor se deben tener en consideración distintos aspectos que confluyen en esta área como los del ámbito social, demográfico,

⁵⁶⁰ DE LA CRUZ FERRER, J., "Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad...", op. cit., pp. 71-71

⁵⁶¹ DESDENTADO DAROCA, E., "Discrecionalidad administrativa y planeamiento...", op. cit., pp. 344, 351.

económico, ambiental y sobre todo político. Esto último añade al ejercicio de la discrecionalidad una complejidad mayor a la hora de adoptar dichas decisiones por el carácter interdisciplinario de los elementos que se conjugan y que terminan determinándola, siendo el marcado acento técnico de muchos aspectos y materias que deben ser evaluadas previamente por parte de la Administración antes de escoger de forma discrecional aquella que más convenga para la satisfacción del bien común y de la finalidad que busque ser alcanzada⁵⁶², un aspecto característico de la actividad de planeamiento que ha permitido que en este ámbito se haya hablado con facilidad de la denominada discrecionalidad técnica⁵⁶³ por el nivel de especificidad tanto de los asuntos a dilucidar como de los órganos que intervienen.

El ejercicio de la potestad de planeamiento, como potestad discrecional, también se diferencia de la arbitrariedad mediante la exigencia de motivación, no obstante, en esta materia esta adquiere una particularidad debido a la intensidad de la misma. Como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, esta intensidad de la motivación se manifiesta en los elementos y requisitos, enunciados por el art. 38 del Reglamento de planeamiento vigente, que deben expresarse en la Memoria del plan, lo que es trascendental para el posterior control judicial de esta potestad⁵⁶⁴.

5. Límites de la discrecionalidad administrativa

Como ha quedado de manifiesto en el apartado anterior, la existencia de la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de las potestades administrativas que le corresponden a la Administración responde a una necesidad que apunta a dotar a los órganos administrativos de una cierta flexibilidad para que estos puedan adoptar y apreciar en el caso concreto cuál es la medida o decisión que mejor se adecua a las circunstancias particulares de cada dimensión de la realidad

⁵⁶² DESDENTADO DAROCA, E., *"Discrecionalidad administrativa y planeamiento..."*, op. cit., p. 348.

⁵⁶³ SÁNCHEZ MORÓN, M., *"Discrecionalidad administrativa y control judicial..."*, op. cit., pp. 123-124.

⁵⁶⁴ DELGADO BARRIO, J., *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993, p. 44.

no debiendo ponerse el énfasis en reducirla sino que en someterla “a sus estrictos límites jurídicos”⁵⁶⁵.

Así, la utilidad de su consideración no se traduce a que se pueda hacer un uso desmedido de esta discrecionalidad o que amparándose en sus fundamentos pueda ser ejercida sin límite alguno, pues en dicho caso existe un importante riesgo de que la discrecionalidad pueda convertirse en arbitrariedad lo que restaría total sentido a su conveniencia. De esta forma, no puede existir discrecionalidad sin el establecimiento de pautas o límites que marquen tanto su ámbito como forma de ejercicio encontrando esta materia límites de diverso origen pudiendo ser de tipo social, económico, político o jurídico⁵⁶⁶ los cuales variarán en función de distintos aspectos⁵⁶⁷.

Tratándose de los límites jurídicos estos pueden emanar no solo de la norma que habilita la potestad discrecional sino que del Ordenamiento jurídico en general y pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

5.1. El interés general

Como ya tuvimos oportunidad de señalar en el apartado anterior, el interés general no sólo es el fundamento de las potestades discrecionales sino que también su fin y en ese aspecto constituye un importante límite.

Siguiendo a Nieto, la noción de interés general es una de las piedras angulares de la democracia y del Derecho público antiguo y moderno⁵⁶⁸, sin embargo, a pesar de encontrarse desde antiguo presente en el pensamiento político de las sociedades, una de sus más grandes dificultades ha sido determinar en qué consiste el mismo lo que ha provocado que se le califique como un

⁵⁶⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa, en Cuadernos de Derecho judicial, Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 1994, pp. 151, 152.

⁵⁶⁶ DESDENTADO DAROCA, Eva, “Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...”, op. cit., p. 148.

⁵⁶⁷ DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...”, op. cit., p. 149.

⁵⁶⁸ NIETO GARCÍA, A., La Administración sirve con objetividad los intereses generales, en Estudios sobre la Constitución española, homenaje al profesor E., García de Enterría, Coord. S., Martín Retortillo, V.3, Madrid, Civitas, 1991, p. 2186.

concepto jurídico indeterminado o un concepto inaprensible, es decir, “al que no tiene acceso la capacidad definitoria de la mente humana”⁵⁶⁹. A pesar de estas dificultades, desde un punto de vista ideológico, la función del interés general se manifiesta como legitimador del Poder y al mismo tiempo como limitador del mismo y al ser recogido por los textos constituyentes esta ideología se convierte en Derecho positivo, se manifiesta en una norma y por tanto se juridifica⁵⁷⁰. Ahora bien, el interés general actúa sobre todo como un límite del Poder que ejerce la Administración pues en la mayoría de los casos ni la norma constituyente ni aquella que esté llamada a desarrollar la misma establecen un concepto de interés general sino que sólo entregan a la Administración un tipo normativo al que esta debe subsumir una situación de hecho siendo por tanto la actuación administrativa además de decisiva en la concreción de los intereses generales⁵⁷¹, limitada por la búsqueda y definición de lo que debe constituir el interés general⁵⁷² en el caso concreto.

Con este carácter delimitador se encontraría el interés general establecido en el art. 103.1 C.E. imponiéndole a la Administración la obligación de “adoptar una actitud servicial ante un sector de los intereses que se caracterizan como generales”⁵⁷³. En este precepto además de consagrar un principio incuestionable, Nieto señala que el constituyente ha identificado a la Administración con los intereses generales siguiendo una concepción que ha estado presente en la historia del Derecho administrativo español entregándole a este ente “un papel estabilizador o de garantía de los intereses generales olvidados por el Gobierno”⁵⁷⁴ por encima del Estado pues es la Administración el último reducto al que confiar la servicialidad de los intereses generales en caso de que el Estado pierda la posición de neutralidad que naturalmente le corresponde. Por otra parte, el servicio a dichos intereses generales debe hacerse de acuerdo al

⁵⁶⁹ NIETO GARCÍA, A., “*La Administración sirve con objetividad los intereses generales...*”, op. cit., p. 2189.

⁵⁷⁰ NIETO GARCÍA, A., “*La Administración sirve con objetividad los intereses generales...*”, op. cit., p. 2211.

⁵⁷¹ NIETO GARCÍA, A., “*La Administración sirve con objetividad los intereses generales...*”, op. cit., p. 2217

⁵⁷² DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., p. 183.

⁵⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*Democracia, jueces y control de la Administración...*”, op. cit., p. 225.

⁵⁷⁴ NIETO GARCÍA, A., “*La Administración sirve con objetividad los intereses generales...*”, op. cit., p. 2226.

constituyente, de forma objetiva, expresión que refuerza la idea que el servicio es a los intereses generales y no al Gobierno u otro ente con lo que se destaca el papel políticamente neutral que debe asumir y caracterizar a la Administración⁵⁷⁵. De esta forma el interés general es un límite en la actuación de la autoridad administrativa que respecto de las potestades discrecionales constituye un importante resguardo y pauta de conducta que no puede dejar de ser observada por los órganos administrativos sin constituir además de una infracción constitucional “algo mucho más grave: el Estado y su aparato administrativo habrán dejado de ser democráticos”⁵⁷⁶.

5.2. Límites organizativos y procedimentales

Siguiendo a Sánchez Morón, la potestad discrecional además del fin, tiene como elementos reglados aquellos elementos de carácter organizativo y procedimental que constituyen por tanto límites de la discrecionalidad⁵⁷⁷. El límite o garantía de carácter organizativo corresponde al legislador⁵⁷⁸ y exige que en la producción de la actuación administrativa se respeten tanto las reglas de la competencia así como la observancia de las normas de composición y fundamento interno de los organismos. El órgano además de competente debe ser idóneo para adoptar las decisiones concretas en relación con el ámbito de que se trata, debiendo existir una correlación entre el tipo y características de la discrecionalidad que se ejercita y el órgano que adopta la decisión⁵⁷⁹. Por otra parte, y respecto de los límites procedimentales, estos exigen que la decisión

⁵⁷⁵ NIETO GARCÍA, A., “La Administración sirve con objetividad los intereses generales...”, op. cit., pp. 2225- 2228.

⁵⁷⁶ NIETO GARCÍA, A., “La Administración sirve con objetividad los intereses generales...”, op. cit., p. 2230.

⁵⁷⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho Administrativo. Parte General...”, op. cit., p. 101.

⁵⁷⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad...”, op. cit., p. 158. Respecto de estas garantías organizativas, el autor destaca el rol de los tribunales en el desarrollo de las mismas lo cual se puede manifestar en un control riguroso de la intervención de los órganos idóneos señalados por la ley, utilizando los principios de objetividad, imparcialidad y especialidad y cuestionando también en último extremo la constitucionalidad de las leyes que rigen la idoneidad de órganos que son supuestamente idóneos en virtud de los principios de imparcialidad y eficacia administrativa.

⁵⁷⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Discrecionalidad administrativa y control judicial...”, op. cit., p. 143. El autor señala que si la decisión es técnica, el órgano debe tener el mismo carácter, lo mismo en el caso de que se trate de una decisión política.

discrecional se haya formado correctamente y se haya adoptado a través de un proceso razonado en el que los diversos trámites contemplados por la ley tales como informes técnicos, actos probatorios de la Administración, audiencias o participación de otros actores, no tan sólo se hayan llevado a cabo sino que además hayan tenido una directa influencia en la decisión adoptada⁵⁸⁰. El juez al realizar el control judicial de la decisión discrecional deberá asegurarse por tanto que esta es fruto de un procedimiento que ha seguido el curso que la ley impone así como el cumplimiento de los trámites que esta prevé pues de lo contrario podría configurarse un indicio de una utilización ilegal de potestades discrecionales por parte de la autoridad correspondiente⁵⁸¹. Por tanto, para que la potestad discrecional desemboque en un acto válido y legítimo es necesario que se cumplan cabalmente con estos elementos reglados de toda potestad administrativa. Al respecto, el mismo autor señala que estos límites básicos de toda la configuración de potestades ha sido una materia “absolutamente descuidada” tanto por la doctrina como por la jurisprudencia⁵⁸² y que tiene una relevancia no menor pues estos límites permiten profundizar el posterior control judicial llevado a cabo por los tribunales⁵⁸³.

5.3. Límites establecidos por la propia actuación administrativa

La discrecionalidad administrativa también puede tener como límite las propias actuaciones del órgano administrativo a quien se le han atribuido potestades discrecionales. Desdentado ha señalado que estos límites se expresan a través de dos formas distintas de actuación administrativa. En primer lugar se encuentra la autovinculación a través de los precedentes y en segundo lugar, la autolimitación a través de criterios guías. Tratándose de la autovinculación a través de los precedentes, se ha señalado que estos si bien carecen de valor normativo, significarían una cierta vinculación y ello en virtud de los principios

⁵⁸⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Discrecionalidad administrativa y control judicial...”, op. cit., pp. 149.150.

⁵⁸¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Discrecionalidad administrativa y control judicial...”, op. cit., p. 150.

⁵⁸² MUÑOZ MACHADO, S., “Tratado de Derecho Administrativo...”, op. cit., p. 884.

⁵⁸³ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Discrecionalidad administrativa y control judicial...”, op. cit., p. 143.

de igualdad, de buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima y expectativas legítimas pues “la actuación anterior de la Administración condiciona la actuación presente de la misma exigiéndole un contenido similar para casos similares”⁵⁸⁴. De esta forma los órganos administrativos expresan, al dictar actos administrativos, el sentido o criterio que aplican en ciertas situaciones particulares informando de alguna forma a la ciudadanía el eventual sentido de futuras decisiones y la forma en que está ejerciendo sus potestades discrecionales lo que adquiere mayor relevancia en materias en donde se resuelven subvenciones y autorizaciones. El precedente administrativo en este sentido también otorga al juez una herramienta más de control de la actividad especialmente discrecional de la Administración⁵⁸⁵. Lo dicho anteriormente no significa que la Administración quede obligada a adoptar por siempre las mismas decisiones ante casos parecidos ya que puede cambiar el criterio de sus decisiones siempre y cuando aporte la debida justificación de su razonamiento, tal como lo exige el art. 54 LPAC, pues en caso contrario podría configurarse un indicio de arbitrariedad constituyendo el precedente una garantía al respecto⁵⁸⁶.

Por otro lado, la autolimitación a través de criterios guías también constituiría un importante límite a la discrecionalidad administrativa pues según la autora junto con las potestades discrecionales se le otorgaría a la autoridad administrativa la potestad de establecer directrices que se expresan en circulares, directivas o instrucciones normativas y a través de las cuales se establecen pautas o políticas de actuación que permitirán el cumplimiento de los objetivos trazados y al mismo tiempo limitarán el ámbito de las potestades discrecionales pues estas deberán ceñirse en su ejercicio a lo que señalen estas directrices establecidas por la propia autoridad⁵⁸⁷. Al igual que en el caso de la autovinculación por precedente, el establecimiento de directrices resulta un instrumento útil para que

⁵⁸⁴ DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., p. 184

⁵⁸⁵ HINOJOSA MARTÍNEZ, E., Aspectos procesales del control judicial de la discrecionalidad administrativa, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, I Jornadas de Estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Coord. Hinojosa Martínez, E., Y González-Deleito Domínguez, N., Civitas, 1996, p. 200.

⁵⁸⁶ DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., pp. 186-188.

⁵⁸⁷ DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., pp. 189-190.

la ciudadanía pueda estar más informada respecto a la forma en cómo la Administración hace uso de sus potestades discrecionales y exigir la debida fundamentación que aleje cualquier arbitrariedad en el caso que aquella modifique las pautas con las que ha venido trabajando⁵⁸⁸.

5.4. Motivación de las decisiones discrecionales

Como hemos señalado al tratar el concepto de discrecionalidad, la arbitrariedad ha sido una noción que se ha relacionado con esta materia sin embargo, constituyen dos aspectos distintos siendo la gran diferencia entre ambas, los fundamentos o motivos que justifican la decisión adoptada por una autoridad administrativa⁵⁸⁹ lo cual encontraría su máxima manifestación en el principio de interdicción de la arbitrariedad establecido expresamente en el art. 9.3 C.E.⁵⁹⁰, precepto que junto con el art. 103 y art. 106 C.E. establecerían una exigencia constitucional de motivación de todas las actuaciones administrativas pues la obligación de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales recogería la idea de actuaciones racionales, motivadas en argumentos de interés público concretos⁵⁹¹. De la misma manera y como expresión de dicha exigencia de objetividad se hace necesario expresar los argumentos que avalan una determinada actuación⁵⁹² y en este sentido, el art. 54 f) LPAC establece la obligación de que sean motivados los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales, la que se extiende a hacer una sucinta referencia a los fundamentos de hecho y derecho que sirven de base a la misma, exigencia que no

⁵⁸⁸ DESDENTADO DAROCA, E., "*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*", op. cit., p. 190.

⁵⁸⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., "*Derecho Administrativo, Parte General...*", op. cit., p. 102.

⁵⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., "*Curso de Derecho Administrativo II...*", p. 525.

⁵⁹¹ RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, J., Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo, Revista de la facultad de Derecho PUCP, n° 67, 2011, pp. 220, 222.

⁵⁹² RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, J., "*Discrecionalidad y motivación del acto administrativo...*", op. cit., p. 215.

se encontraría limitada sólo a los actos que el precepto establece como lo ha señalado también la jurisprudencia⁵⁹³.

Sin perjuicio de lo anterior, en el Derecho español la doctrina ha realizado una precisión terminológica en torno a esta materia señalándose que la motivación constituye un requisito de carácter formal y que se refiere “al expediente del que el acto es el resultado”⁵⁹⁴ y por tanto es la forma en virtud de la cual se explicitan los motivos, elemento sustantivo y que son precisamente los fundamentos o razones en base a la cual la decisión se funda⁵⁹⁵. Por esta misma razón y en virtud del art. 63.2 LPAC se considera que la motivación sólo dará lugar a la anulabilidad cuando falten los requisitos necesarios para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados permitiéndose incluso que pueda ser subsanada en juicio⁵⁹⁶. De esta forma, la ausencia de la motivación del acto discrecional podría constituir un indicio de que pudiera existir una arbitrariedad por parte del órgano que emite el acto pero ello de acuerdo a los autores no sería un signo concluyente pues la inexistencia de dicha motivación no significaría que el acto carezca de razones o no fuere conforme desde un punto de vista jurídico⁵⁹⁷; por otro lado, un acto que aparezca con una motivación puede también esconder una decisión arbitraria o que responda al solo capricho de su autor, de forma que será el juez quien finalmente puede establecer los límites en el caso concreto⁵⁹⁸.

No obstante, la doctrina ha destacado la importancia de la motivación en los Estados o sociedades democráticas no debiendo según algunos reducirse esta solo a un requisito de forma o a una simple formula de estilo ni de cubrir el expediente pues la misma sería una “una obra de artesanía jurídica que expresa el compromiso de una administración pública y de sus agentes por elaborar y

⁵⁹³ RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, J., “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo...”, op. cit., p. 224. El autor cita como ejemplo una STS de 11 de diciembre de 2002.

⁵⁹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Arbitrariedad y discrecionalidad...”, op. cit., pp. 106-110.

⁵⁹⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Discrecionalidad administrativa y control judicial...”, op. cit., pp. 151-152.

⁵⁹⁶ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., Motivación por la Administración extemporáneo y ex novo, Revista Actualidad administrativa, n°2, 2013.

⁵⁹⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Discrecionalidad administrativa y control judicial...”, op. cit., pp. 152-153.

⁵⁹⁸ ALONSO MAS, M., “La solución justa en las resoluciones administrativas...”, op. cit., p. 260.

confeccionar actos administrativos en el marco del Estado de Derecho”⁵⁹⁹. Bajo este mismo punto de vista la racionalidad que exige la motivación no puede limitarse según Atienza a una racionalidad formal pues la misma es limitada, requiriéndose en estos Estados “un modelo complejo de racionalidad practica que incorpore también la dimensión instrumental (finalista) y la moral (referida a los fines últimos)” siendo trascendentales en la justificación de una actuación discrecional las razones de fondo que avalen una determinada opción⁶⁰⁰ por lo que no sería exagerado decir que lo no motivado es por ese mismo hecho arbitrario según el autor, pues las razones justificativas deben tener, en relación con los actos discrecionales de la Administración, un mínimo grado de explicitud⁶⁰¹.

Así, la motivación vista desde un punto de vista material o de fondo podría entenderse no solo como causa de anulabilidad sino que podría constituir un vicio de nulidad de pleno derecho en la medida que puede provocar una indefensión que lesione el derecho a la tutela judicial efectiva en virtud del art. 62.1 a) y art. 24.1. C.E.⁶⁰².

De todo lo anterior se desprende que la motivación constituye un importante límite en el ejercicio de potestades discrecionales pues la misma exige justificar el porqué de la decisión finalmente adoptada pero desde un punto de vista coherente y racional, sin que pueda responder esta a una mera voluntad o simple antojo y con ello a que el acto resultante puede ser tildado de arbitrario.

Esta misma motivación permite además facilitar el control pues a través de ella es posible encontrar “la racionalidad y razonabilidad de cualquier decisión pues esta permite que desde fuera dicha decisión pueda ser controlada”⁶⁰³ lo que no sólo se limita al ámbito judicial sino que también significa en palabras de

⁵⁹⁹ RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, J., “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo...”, op. cit., pp. 216-217.

⁶⁰⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa...”, op. cit., p. 18.

⁶⁰¹ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa...”, op. cit., p. 19.

⁶⁰² RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, J., “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo...”, op. cit., pp. 217-218.

⁶⁰³ FERNÁNDEZ TORRES, J., Discrecionalidad y arbitrariedad, dos décadas después, en Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández, coord. por García de Enterría Martínez-Carande, E., Alonso García, R., Vol. 1, 2012, pp. 1134-1135.

Fernández Rodríguez, un importante “control externo general y difuso por la colectividad” lo que se encontraría en una perfecta “sintonía con el principio democrático y la búsqueda de una Administración más transparente y próxima al ciudadano”⁶⁰⁴.

5.5. Los principios generales del Derecho

Al margen de ser los principios generales del Derecho una técnica con la que el juez podrá controlar en sede judicial la discrecionalidad de la Administración, esta encuentra en sus orígenes y en una fase previa, distintos principios jurídicos que limitan su ámbito de acción.

En este sentido, los principios generales del Derecho son valores jurídicos de una comunidad⁶⁰⁵ mediante los cuales se expresa “una justicia material pero especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos”⁶⁰⁶. Son por tanto un importante fundamento del Derecho aunque también tienen una función interpretativa e integradora de las lagunas de la ley como lo recoge el Código civil español⁶⁰⁷. Ya sea que su mandato consista en una guía de conducta o un criterio de interpretación lo más importante es la obligación que estos principios jurídicos imponen de respetar y observar el valor que expresan siendo su ámbito de aplicación tan general como su mismo mandato señale⁶⁰⁸.

El Tribunal Supremo por su parte, ha señalado que los principios jurídicos son la “esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios «informen» las normas - artículo 1.º4 del Título Preliminar del Código Civil - y que la Administración esté sometida no sólo a la Ley sino también al Derecho - artículo 103.1 de la Constitución”⁶⁰⁹. Este pronunciamiento se encuentra en total armonía con la función fundamental que le atribuye la

⁶⁰⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*De la arbitrariedad de la Administración...*”, op. cit., p. 156.

⁶⁰⁵ BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 38-39.

⁶⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 30-31.

⁶⁰⁷ BELADIEZ ROJO, M., “*Los principios jurídicos...*”, op. cit., p. 94.

⁶⁰⁸ BELADIEZ ROJO, M., “*Los principios jurídicos...*”, op. cit., pp. 96-97.

⁶⁰⁹ STS 16 de mayo de 1990, Roj 12013/1990.

Constitución en su art. 53.3 a dichos principios y que es la de informar a todos los poderes públicos.

Tratándose de la Administración los principios generales del Derecho adquieren una especial trascendencia pues la aplicación de los mismos y su observancia facilitan a los órganos administrativos la búsqueda y solución de problemas y su adaptación a situaciones variables y específicas a las que debe enfrentarse y que son inherentes a su ámbito de actuación⁶¹⁰. Sin embargo, la razón determinante que justifica la existencia de estos principios en el ámbito del Derecho administrativo es a juicio de García de Enterría “la insuficiencia de la Administración a la simple legalidad formal” pues estos adquieren mayor importancia en aquellos ámbitos en que las normas nada dicen constituyendo el mejor ejemplo de esto la discrecionalidad administrativa⁶¹¹. De esta forma en el ejercicio de potestades discrecionales los principios generales del Derecho constituyen un importante límite destacando especialmente los siguientes:

a) El principio de interdicción de la arbitrariedad

El principio de interdicción de la arbitrariedad se encuentra constitucionalmente reconocido en el art. 9.3. C.E. siendo en rigor una disposición directa prohibitiva lo que trae como consecuencia que si existe arbitrariedad esta queda prohibida por la Constitución⁶¹².

Tal como hemos venido señalando a lo largo de estas páginas, esta prohibición de la arbitrariedad se refiere de acuerdo a la doctrina, a la exclusión o rechazo de que pudiesen existir a actuaciones arbitrarias en el ejercicio del poder⁶¹³ constituyendo un importante límite de las potestades discrecionales al exigir que los actos o medidas adoptadas como consecuencia de las mismas se encuentren provistas de razones y fundamentos que las avalen siendo la existencia de decisiones motivadas la mejor diferenciación entre lo que es

⁶¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*Reflexiones sobre la Ley y los principios generales...*”, op. cit., p. 38.

⁶¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*Reflexiones sobre la Ley y los principios generales...*”, op. cit., p. 40.

⁶¹² GRANADO HIJELMO, I., “*La interdicción constitucional de la arbitrariedad...*”, op. cit., p. 136.

⁶¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 525.

discrecional y arbitrario. De esta manera el establecimiento de este precepto constitucional instauro no sólo “un Estado de Derecho sino que también un estado de razón”⁶¹⁴.

b) El principio de proporcionalidad

Reconocido como principio general del Ordenamiento jurídico español por el Tribunal Constitucional⁶¹⁵, el principio de proporcionalidad encuentra su fundamento constitucional en la justicia material que expresa la consagración del Estado de Derecho y especialmente en el art. 103.1 que establece la finalidad de la Administración y el art. 106.1⁶¹⁶ que somete a control el cumplimiento de los fines que justifican a la Administración⁶¹⁷ lo que impone la obligación a los órganos administrativos de observar el principio de proporcionalidad en su actividad y dictar decisiones o medidas proporcionadas, deber que se ve reafirmado por el art. 53.2 LPAC al señalar que la decisión de la Administración deberá ser adecuada a los fines que establece el Ordenamiento jurídico. En este sentido, todo el proceso jurídico en que interviene la Administración, le exige una actuación conforme a Derecho, puesto que su actividad es mensurable, es decir, puede medirse en cuanto a su extensión e intensidad en virtud de la legalidad manifestada en la norma que le atribuye una determinada potestad y por tanto ello le permite y también obliga a ejercer su actividad según un principio de adecuación de medidas de poder tanto con el fin predeterminado en la norma como el que exige la situación concreta⁶¹⁸. De esta forma el principio de

⁶¹⁴ GRANADO HIJELMO, I., “La interdicción constitucional de la arbitrariedad...”, op. cit., pp. 155-156.

⁶¹⁵ STC 62/1982 de 15 de octubre de 1982

⁶¹⁶ LÓPEZ GONZÁLEZ, J., El principio general de proporcionalidad en el Derecho administrativo, Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1988, pp. 76 y ss. El autor señala que el principio de proporcionalidad se manifiesta en la Constitución también en la dignidad humana (arts. 1.1., 9.2, 10.1) en el comportamiento del sector público económico el que debe actuar conforme al principio de proporcionalidad (art. 40.1 y art. 131.1) y en la autonomía territorial (art. 137) pues el principio de proporcionalidad debe estar presente en las relaciones interadministrativas.

⁶¹⁷ STS de 16 de mayo de 1990, Roj 12013/1990.

⁶¹⁸ LÓPEZ GONZÁLEZ, J., “El principio general de proporcionalidad...”, op. cit., pp. 106-107.

proporcionalidad no sólo es un límite en la actividad de la Administración sino que también un “criterio funcional y directivo”⁶¹⁹ de dicha actividad.

El órgano administrativo por tanto a la luz de este principio deberá cumplir con los tres aspectos del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto lo que significará que la medida o decisión adoptada sea idónea para el fin que se quiera alcanzar, que dicha medida sea necesaria no existiendo otra alternativa que pueda alcanzar el objetivo de forma más eficaz y por último, que de la medida adoptada se deriven más beneficios y ventajas para el interés general que perjuicios o costes para otros bienes o intereses en discusión⁶²⁰.

c) Los principios de eficacia y eficiencia

La eficacia y la eficiencia son dos importantes características que deben cumplir las actuaciones administrativas y al mismo tiempo limitan las potestades discrecionales de la Administración. Siguiendo a Parejo, “la eficacia alude a la efectiva consecución de objetivos prefijados” en tanto que la eficiencia constituye “una subespecie de la eficacia que incorpora la perspectiva de la relación medios-objetivos, para prescribir el grado óptimo de la misma”⁶²¹. Este último engloba la idea que la Administración en la búsqueda del cumplimiento de sus objetivos deberá adoptar la medida que mayores beneficios reporte y al mismo tiempo le permita cumplir con sus fines asignados en tanto que el primero

⁶¹⁹ LÓPEZ GONZÁLEZ, J., “*El principio general de proporcionalidad...*”, op. cit., p. 127.

⁶²⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS, M., El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Aranzadi, 2003, pp. 71-78. LÓPEZ GONZÁLEZ, J., “*El principio general de proporcionalidad...*”, op. cit., En similares términos lo explica el autor quien señala que el principio de proporcionalidad en la actuación administrativa comprende en primer lugar el presupuesto factico determinante de la actuación administrativa que le permite a la Administración valorar las circunstancias múltiples que se pueden dar y las exigencias de intereses públicos concurrentes; En segundo lugar que la medida administrativa sea necesaria lo que exige elegir dentro de las medidas adecuadas la más idónea y menos restrictiva; Y finalmente, la ponderación del interés general como exigencia del fin tipificado en la norma con otros intereses o derechos en discusión.

⁶²¹ PAREJO ALFONSO, L., La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública, Documentación administrativa, n° 218-219, 1989, p. 19.

se encontraría en directa relación con el principio de idoneidad de la medida que conforma al principio de proporcionalidad⁶²².

De esta forma, el principio de eficacia se encontraría recogido en el art. 103.1 C.E. del cual se deduce según Parejo, que se formaliza en un valor o bien jurídicamente protegido que es la realización efectiva de los intereses generales en la forma en que estos sean predeterminados y encomendados por el Ordenamiento jurídico, en el carácter incondicionado de la necesidad jurídica de la situación prefigurada por el precepto, común de la estructura de las normas y en la identificación del sujeto, la Administración pública, cuya actividad se precisa para la aludida verificación de la situación jurídica pretendida por la norma⁶²³. Así, el principio de eficacia constituye un principio jurídico constitucional rector de su actividad administrativa siendo un valor agregado al principio de legalidad y a la labor de la Administración en el cumplimiento y satisfacción del fin que se la ha atribuido⁶²⁴ traduciéndose su consagración en un deber jurídico del cumplimiento de la actividad requerida⁶²⁵ absolutamente compatible con un Estado de Derecho pues aunque este principio es finalista⁶²⁶ la actividad dirigida a un determinado resultado obliga a que la realización del mismo se haga con coherencia al Ordenamiento jurídico⁶²⁷.

d) Los principios de razonabilidad y racionalidad

Estrechamente relacionados con el principio de proporcionalidad por la vinculación que ambas tienen entre los medios y fines⁶²⁸, se señala que desde un

⁶²² DESDENTADO DAROCA, E., *"Discrecionalidad administrativa y Planeamiento..."*, op. cit., p. 172.

⁶²³ PAREJO ALFONSO, L., *"La eficacia como principio jurídico de la actuación..."*, op. cit., p. 29. El autor señala que a pesar que no se configura como una estructura tipo de norma jurídica, en dicha configuración normativa del art. 103.1 se encuentran contenidos implícitamente dos condiciones: la correcta predeterminación de los fines a realizar y la articulación organizativa y dotacional medial adecuadas del sujeto responsable de la verificación de la situación.

⁶²⁴ MENÉNDEZ PÉREZ, S., El principio de eficacia de la función administrativa, virtualidad práctica: estudio jurisprudencial, en Cuadernos de Derecho judicial, Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo, Consejo General del Poder judicial, Madrid, pp. 26 y ss.

⁶²⁵ PAREJO ALFONSO, L., *"La eficacia como principio jurídico de la actuación..."*, op. cit., p. 29.

⁶²⁶ PAREJO ALFONSO, L., *"La eficacia como principio jurídico de la actuación..."*, op. cit., p. 32.

⁶²⁷ MENÉNDEZ PÉREZ, S., *"El principio de eficacia de la función administrativa..."*, op. cit., p. 21.

⁶²⁸ ALONSO MAS, M., *"La solución justa en las resoluciones administrativas..."*, op. cit., 415.

punto de vista jurídico, racionalidad y razonabilidad se refieren a dos cosas diferentes. La primera exigiría que las decisiones administrativas sean dictadas conformes a ciertas reglas o principios⁶²⁹ lo que se traduciría en la práctica a la existencia de una coherencia o lógica entre el motivo, objeto y fin de la decisión⁶³⁰. Entre las medidas o decisiones racionales a las que se haya arribado deberá elegirse aquella que se configure como razonable, de donde aparece entonces que la razonabilidad es “un criterio de evaluación de la decisión adoptada cuando esta decisión es conforme con los criterios de la racionalidad practica”⁶³¹, que se identifica con las convicciones sociales determinantes y que por tal razón lo impregnan de una capacidad de adaptación a la realidad en la medida que dichas convicciones pueden ir experimentando cambios⁶³². En este sentido, la autoridad administrativa se ve limitada por ambos principios a la hora de desplegar su potestad discrecional y sobre todo por el principio de razonabilidad pues de acuerdo a García de Enterría, el mismo poder que la autoridad detenta ante los ciudadanos le exige “una capacidad de explicar en términos de razonabilidad todos sus actos incluidos sus actos discrecionales y quizás especialmente para no presentarlos como fruto de la simple y desnuda voluntad”⁶³³ siendo los fundamentos una manifestación, en principio, del cumplimiento de la exigencia de lo que puede considerarse razonable.

e) Los principios de buena fe y confianza legítima

“La Administración debe respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima”, así lo establece el art. 3 n° 1 LPCA que además considera en su art. 106 a la buena fe como un límite de las potestades de la Administración.

El principio de buena fe y el principio de confianza legítima se encuentran íntimamente relacionados siendo uno los principales desafíos de la doctrina el

⁶²⁹ DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...”, op. cit., p. 175.

⁶³⁰ DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...”, op. cit., p. 178.

⁶³¹ DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...”, op. cit., p. 175.

⁶³² ALONSO MAS, M., “La solución justa en las resoluciones administrativas...”, op. cit., pp. 414-415.

⁶³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Democracia, jueces y control de la Administración...”, op. cit., p. 159.

perfilamiento de cada uno y la identificación de las características que los diferencian. Así, se ha señalado que la buena fe lleva consigo el valor ético de la confianza⁶³⁴ siendo una herramienta fundamental para restablecer precisamente la confianza entre la Administración y la esfera de los administrados, relación que generalmente se define en base a una desconfianza por parte de los ciudadanos⁶³⁵. Esta conexión entre ambos principios se ha hecho descansar entre otros motivos, en el hecho que antes del surgimiento del principio de confianza legítima las situaciones protegidas hoy por él se encontraban bajo el amparo del principio de la buena fe⁶³⁶, en el reconocimiento de que el aspecto objetivo de este, es decir, como un modelo de conducta de un estándar socialmente establecido⁶³⁷, servía de fundamento al principio de protección de la confianza, y también en el hecho de que ambos principios no son sino una manifestación del principio de seguridad jurídica⁶³⁸.

Sin embargo, hoy se acepta que estos principios son diferentes y que tienen plena aplicación en el Derecho Administrativo. El principio de buena fe tiene lugar tanto en el momento de constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes que se originan y “conlleva la necesidad de una conducta leal, honesta, es decir, aquella conducta que según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona” y se encontraría presente tanto en el ejercicio de derechos y potestades⁶³⁹, no obstante, se ha señalado que estas categorías, derechos subjetivos y potestades, serían los elementos diferenciadores entre la buena fe y la confianza legítima pues la primera actuaría respecto de los derechos subjetivos tanto de la Administración como de los ciudadanos, en tanto

⁶³⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2004, p. 96.

⁶³⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J., “*El principio general de la buena fe...*”, op. cit., p. 116.

⁶³⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, J., “*El principio general de la buena fe...*”, op. cit., pp. 64, 68.

⁶³⁷ GARCÍA LUENGO, J., *El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 118. Sin embargo, para el autor el principio de buena fe como fundamento del principio de protección de la confianza resulta ser insuficiente estando este en realidad más acorde con el principio de seguridad jurídica.

⁶³⁸ CASTILLO BLANCO, F., *La interpretación y aplicación del Ordenamiento jurídico público*, Especial referencia al abuso del Derecho, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2008, p. 215.

⁶³⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., “*El principio general de la buena fe...*”, op. cit., p. 91. Dos son los presupuestos básicos para que se aplique el principio de buena fe: que exista una conducta o actividad de un sujeto relevante para el Derecho y que dicha actuación sea contraria a la buena fe, op. cit., p. 120.

que el segundo quedaría limitado a la esfera de las prerrogativas o al espacio de superioridad que rodea a la Administración en virtud de sus potestades⁶⁴⁰.

Por su parte, el principio de protección de confianza legítima, cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia comunitaria⁶⁴¹ ha tenido también un importante aplicación y desarrollo por vía jurisprudencial en el Derecho español en el que se considera sobre todo como una “una garantía de los ciudadanos frente a los poderes públicos”⁶⁴² siendo tres circunstancias las exigidas por la jurisprudencia para que el mismo proceda: que se reclame el mantenimiento de una situación legal, que la confianza que se invoque se base en hechos o manifestaciones expresas de la Administración y que estas no hayan sido producto de informaciones falsas que el particular haya proporcionado a la Administración⁶⁴³.

Generalmente el principio de protección de la confianza se ha relacionado con la doctrina de los actos propios en virtud de la cual se exige que el operador jurídico mantenga un comportamiento coherente⁶⁴⁴ en relación con sus anteriores actuaciones así como también se apela al mismo en materia de precedentes administrativos⁶⁴⁵. Estas actuaciones, como hemos señalado en páginas anteriores, constituyen un límite en la actividad de la Administración la que puede cambiar la orientación de sus decisiones o medidas siempre y cuando fundamente suficientemente la razón del cambio de sentido de sus actuaciones pues de lo contrario, su actuación además de vulnerar la confianza y buena fe del ciudadano, podría ser calificada de arbitraria.

⁶⁴⁰ CASTILLO BLANCO, F., “*La interpretación y aplicación del Ordenamiento...*”, op. cit., pp. 224, 229-230.

⁶⁴¹ El TJCE lo utiliza expresamente en el caso Lemmez-Werke 111/1963. Se ha señalado que el principio en cuestión se ha ampliado respecto de su concepción original pues hoy no sólo se aplica al supuesto de la revisión de oficio como lo fue en un comienzo siendo su ámbito de acción más extenso, CASTILLO BLANCO, F., “*La interpretación y aplicación del Ordenamiento...*”, op. cit., p. 220.

⁶⁴² GARCÍA LUENGO, J., “*El principio de protección de la confianza...*”, op. cit., p. 118.

⁶⁴³ MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho administrativo...*”, op. cit., p. 923.

⁶⁴⁴ GARCÍA LUENGO, J., “*El principio de protección de la confianza...*”, op. cit., pp. 128-129.

⁶⁴⁵ MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho administrativo...*”, op. cit., p. 924.

III. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Tal como lo señalamos en el apartado anterior, para que la discrecionalidad administrativa pueda ser un instrumento útil al servicio del Estado es importante que el Ordenamiento jurídico determine los límites dentro de los cuales esta podrá ser desplegada, pero más importante aún es que este garantice y contemple la existencia de un sistema de controles por medio de los cuales se pueda constatar el cumplimiento y acatamiento de los límites impuestos. En este sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 junto al art. 106 C.E. constituyen en el Derecho español las bases del sistema de control judicial de la Administración, pilar fundamental del Estado de Derecho el cual es en esencia “un Estado de justicia necesariamente, en el sentido explícito de justicia judicial, justicia frente a la cual el poder público o más precisamente sus ocasionales titulares no pueden pretender ninguna inmunidad”⁶⁴⁶.

En el Derecho español la discrecionalidad administrativa ha sido extensa y profundamente estudiada desde la perspectiva de su control por parte de los Tribunales contenciosos administrativos siendo este el ámbito en el que la doctrina ha llevado a cabo importantes discusiones y análisis lo que evidencia la preocupación existente respecto del adecuado ejercicio del poder y la reducción de cualquier eventual arbitrariedad. No obstante, estas reflexiones han sido también el producto de un proceso histórico en el que creemos, resulta indispensable detenernos antes de referirnos al control judicial propiamente tal de la discrecionalidad administrativa en este Ordenamiento jurídico.

1. Aspectos históricos

La relación entre discrecionalidad administrativa y su control judicial ha jugado un papel determinante en las distintas concepciones o definiciones que se

⁶⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*Democracia, jueces y control de la Administración...*”, op. cit., p. 160.

han elaborado a lo largo del tiempo respecto de aquella. Como ya señalamos al referirnos al concepto de discrecionalidad administrativa y a su progresiva reducción, este fue entendido en sus orígenes desde una perspectiva negativa que entendía que existía discrecionalidad en ausencia de normas que regularan un caso concreto, carencia que permitía calificar a dicha actividad como insusceptible de control judicial al no contar el juez con reglas que permitieran desplegar su control jurídico. Ahora bien, en este punto no se debe olvidar que el contencioso administrativo estuvo en sus orígenes fuertemente influenciado por la particular interpretación del principio de división de poderes de Montesquieu que desembocó en el principio de separación de poderes convirtiéndose este en el fundamento último detrás de la concepción negativa de la discrecionalidad administrativa⁶⁴⁷. El principio de división de poderes sostenía en su versión originaria, por un lado, la garantía jurídica del principio de legalidad que se expresaba en la soberanía de la ley y por otro, la existencia de un equilibrio entre todos los poderes que formaban parte del Estado para así evitar que este sólo se concentrara o identificara con un solo estamento, constituyendo de esta forma ellos mismos un límite y freno entre sí⁶⁴⁸. Este último postulado fue el punto de reinterpretación respecto del cual los franceses plantearon no el señalado equilibrio entre los poderes estatales sino que derechamente, una rígida y estricta separación entre estos de acuerdo a un criterio material de las funciones asignadas⁶⁴⁹.

Esta interpretación instrumental del principio de división de poderes encuentra su justificación en el contexto histórico y social en el que se desarrolló la Revolución francesa pues los Parlamentos judiciales existentes en el Antiguo Régimen habrían querido obtener un provecho de las nuevas circunstancias e ideas aparejadas a la Revolución lo que provocó una reacción de los revolucionarios para evitar que dichos órganos pudiesen continuar

⁶⁴⁷ BACIGALUPO SAGESSE, M., *“La discrecionalidad administrativa...”*, op. cit., pp. 27-27.

⁶⁴⁸ AGAPITO SERRANO, R., *Libertad y División de poderes, “El contenido esencial” del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, p. 120.

⁶⁴⁹ AGAPITO SERRANO, R., *“Libertad y División de poderes, El contenido esencial...”*, op. cit., p.24

cometiendo los abusos que se venían produciendo⁶⁵⁰. De esta forma la independencia del juez y una “radical separación, abierta y duramente beligerante”⁶⁵¹ entre Administración y Justicia quedarían establecidas en la Ley de 16-24 de agosto de 1790 lo que se traducirá en la exención jurisdiccional de los actos de la Administración y en la posterior prohibición y calificación como delito de la intromisión de los jueces en los asuntos de esta⁶⁵². Con esta regulación y su paso a la Constitución francesa de 1791⁶⁵³ se asienta de forma contundente la idea de que los Tribunales no pueden controlar a la Administración lo que será determinante tanto en la formación del propio sistema de justicia administrativo francés⁶⁵⁴ así como en el del Derecho español siendo el principio de separación de poderes en palabras de Fernández, una “pesada herencia”⁶⁵⁵ en este proceso así como en el control judicial de la discrecionalidad administrativa.

En este contexto comienza a gestarse en España la Jurisdicción contencioso administrativa sin que pueda calificarse este proceso como sencillo. Al respecto se ha señalado que el primer esfuerzo por incorporarlo fue en la Constitución de Bayona de 1808⁶⁵⁶. Con la Constitución de Cádiz de 1812 y de acuerdo a lo sostenido por casi la unanimidad de la doctrina, se establece en España un sistema judicial en virtud del cual se entrega a los tribunales ordinarios el conocimiento de los asuntos administrativos y a la Administración los de carácter gubernativo. Sin embargo, este sistema no se habría llegado a consolidar ni aplicar de forma plena pues el principio de unidad de jurisdicción consagrado en la Constitución, se quiebra lentamente al desplazarse, la Jurisdicción de los Tribunales ordinarios, a Jurisdicciones especializadas en relación con distintas

⁶⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 2ª edición, Editorial Taurus, 1981, pp. 34-38

⁶⁵¹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*De la arbitrariedad de la Administración...*”, op. cit., p. 105.

⁶⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*Revolución francesa y Administración contemporánea...*”, op. cit., pp. 41-42.

⁶⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La lengua de los derechos...*”, op. cit., p. 167.

⁶⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La lengua de los derechos...*”, op. cit., pp. 191-193.

⁶⁵⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*De la arbitrariedad de la Administración...*”, op. cit., p. 105.

⁶⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho Administrativo II...*”, op. cit., p. 585.

ramas de la Administración. En estas circunstancias la experiencia francesa se manifestó aportando una característica a aquella realidad judicial que acompañó por años a la justicia administrativa española, como lo fue el carácter revisor de la misma pues los órganos administrativos, competentes para conocer del contencioso administrativo, se configuraron en la práctica como una segunda instancia revisora de lo resuelto por la Administración⁶⁵⁷.

Este periodo que se inició en 1812, se mantiene hasta 1845, año en el cual se establece de forma definitiva un sistema contencioso administrativo en virtud de las leyes de 2 de abril de 1845, que regulaba la organización y atribuciones de los consejos provinciales, y la de 6 de julio de ese mismo año, que radica los asuntos contenciosos administrativos en el Consejo Real. Este sistema de justicia, al igual que el contencioso francés, era de carácter retenido, por lo que el órgano carecía de potestad de decisión pudiendo sólo elaborar propuestas de resolución cuya aprobación final dependía del Rey⁶⁵⁸ quedando las materias que eran de la competencia de estos órganos definidas primordialmente por medio de un sistema de lista⁶⁵⁹ que se construía en virtud de los pronunciamientos jurisprudenciales de dichos órganos⁶⁶⁰.

En 1868 con la caída de la monarquía, se intenta volver a un sistema de control judicial de la Administración el que sólo se mantiene hasta 1875, año en el que se produce la restauración de la Monarquía borbónica y con ello nuevamente se vuelve a una Jurisdicción especializada radicada en órganos administrativos. Este nuevo cambio genera críticas en torno a la estructura de justicia y sobre todo al carácter retenido de la justicia administrativa, más cuando en Francia ya se había abandonado esta forma, asignando una competencia delegada al Consejo de Estado. Con la Constitución de ese mismo año y con la crisis del cambio, se plantea la necesidad de reestructurar el sistema de justicia⁶⁶¹. De esta forma se gestan en los años previos a la LJCA de 1888 diversos

⁶⁵⁷ MUÑOZ MACHADO, S., *"La reserva de jurisdicción"*, op. cit., pp. 98-100.

⁶⁵⁸ FERNÁNDEZ TORRES, J., *"Historia legal de la Jurisdicción..."*, op. cit., p. 92.

⁶⁵⁹ FERNÁNDEZ TORRES, J., *"Historia legal de la jurisdicción..."*, op. cit., p. 96.

⁶⁶⁰ MUÑOZ MACHADO, S., *"La reserva de jurisdicción..."*, op. cit., p. 101.

⁶⁶¹ FERNÁNDEZ TORRES, J., *"Historia legal de la Jurisdicción..."*, op. cit., pp. 285-290.

proyectos de ley en los que se establecía expresamente que los actos que se refirieran a la potestad discrecional de la Administración se encontraban excluidos del control de los órganos jurisdiccionales como se señalaba en los arts. 4 tanto del Dictamen de la comisión del Congreso de 22 de junio de 1887 como del Dictamen de la comisión del Senado de 19 de abril de 1888⁶⁶².

Como culminación de este inestable periodo finalmente se dicta la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1888 o Ley de Santa María de Paredes, de gran importancia para el Derecho Administrativo español pues entrega una solución, por largo tiempo, al problema de determinar si la Jurisdicción contencioso administrativa debía quedar radicada en los tribunales ordinarios o en órganos administrativos, estableciéndose finalmente tribunales contenciosos administrativos inferiores y superiores⁶⁶³. Al respecto, se ha señalado que esta ley estableció un sistema armónico que logró conciliar los distintos puntos de vista imperantes en la época siendo los integrantes de estos órganos judiciales personal judicial por una parte y personal administrativo por otra, además de dar paso a una jurisdicción delegada reemplazándose la de carácter retenido⁶⁶⁴.

En esta legislación podrán verse reflejados los grandes dogmas de la época como lo fueron el Principio de separación de poderes, así como la célebre frase de Henrion de Pansey que señala que “Juzgar a la Administración es también administrar”, pero también la necesidad de que ciertos actos del ejecutivo no fuesen accesibles al control de los órganos judiciales⁶⁶⁵. Todos estos aspectos serían determinantes en la forma en cómo se configuró la jurisdicción contencioso administrativa así como en la distinción de las materias que podían ser o no objeto de revisión siendo la más trascendente aquella formada por la potestad discrecional por de un lado y la potestad reglada de otro.

⁶⁶² FERNÁNDEZ TORRES, J., *“Historia legal de la Jurisdicción...”*, op. cit., pp. 380, 418.

⁶⁶³ MARTIN REBOLLO, L., *El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de estudios administrativos, Madrid, 1975, p. 58.

⁶⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“Curso de Derecho Administrativo II...”*, op. cit., p. 585.

⁶⁶⁵ MOZO SEOANE, A., *“La discrecionalidad administrativa de la Administración...”*, op. cit., pp. 70-71.

Estas expresiones fueron formulaciones básicas en la LJCA de 1888 pues si bien esta ley establece un criterio de generalidad desplazando el sistema de lista⁶⁶⁶, también contenía limitaciones con el objetivo de restringir efectivamente su enjuiciamiento pues esta legislación exigía, para poder impugnar una resolución administrativa, que esta hubiera causado estado, que fuera resultado del ejercicio de facultades regladas y que hubiera lesionado un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente a favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo⁶⁶⁷. De esta forma se excluían importantes materias y asuntos de índole administrativo del control contencioso administrativo siendo las potestades discrecionales una de ellas como queda de manifiesto en el art. 4 n° 1 de esta ley, que recordemos, excluye del contencioso administrativo “Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan, o de la materia sobre que versen, se refieran a la potestad discrecional”. Se entendían como tales, tanto por la ley como por la jurisprudencia que la aplicaba, aquellos actos que bastaba que tuvieran al menos un elemento discrecional para que fueran incontrolables judicialmente, sin importar la existencia de elementos reglados como lo confirmaba el mismo artículo 2 de dicha Ley⁶⁶⁸.

Para la ejecución de la LJCA expuesta se dictó posteriormente el reglamento de 29 de diciembre de 1890 que en su art. 4 n°1 expresa lo que “se corresponde señaladamente con la potestad discrecional”, siendo: “las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versen, pertenezcan al orden político o de gobierno y las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, al orden público y a la defensa del territorio”. Si bien la LJCA de 1888 así como su reglamento de 1890, sufrieron modificaciones ello no afectó la exclusión jurisdiccional de los actos

⁶⁶⁶ MARTIN REBOLLO, L., *“El proceso de elaboración de la Ley...”*, op. cit., p. 151.

⁶⁶⁷ MUÑOZ MACHADO, S., *“La reserva de jurisdicción...”*, op. cit., pp. 103-104.

⁶⁶⁸ El art. 2 de la LJCA señalaba que en “caso de que no existiese una norma aplicable al caso concreto, la discrecionalidad existe siempre”, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“Curso de Derecho Administrativo II...”*, op. cit., p. 586.

emanados de la potestad discrecional de la Administración los que no podrán ser controlados en sede judicial sino hasta bastante más tarde⁶⁶⁹.

Siguiendo a Mozo, el control que se llevó a cabo durante la vigencia de la LCJA de 1888 utilizaba en ocasiones, como base del razonamiento jurídico, una interpretación amplia y en otras, restrictiva y estricta de este cuerpo legal en especial del art. 4 de su Reglamento que definía sin ser taxativo, los actos que se entendían emanaban de la potestad discrecional⁶⁷⁰. El control desplegado tenía además dos características importantes, pues por un lado era formalista ya que se ponía bastante énfasis en buscar en la propia norma en cuestión los límites que podían desprenderse a las potestades de la Administración y por otro, y de acuerdo al tenor literal de la propia ley, la revisión apuntaba a encontrar e identificar algún derecho administrativo del particular que pudiese estar en juego⁶⁷¹. Este último elemento sería muy importante en la jurisprudencia de la época pues se sostenía que frente a la ausencia de un derecho de estas características la potestad no era reglada sino que discrecional y por tanto el recurso era inadmisibile, convirtiéndose de esta forma la discrecionalidad y el derecho subjetivo⁶⁷² en una especial técnica de admisión o exclusión del recurso, en función de si existía o no una lesión de derechos. En términos similares se utilizó ampliamente por la jurisprudencia la interpretación de generalidad como equivalente a actividad discrecional pues de acuerdo al art. 4 del Reglamento de 1894 las disposiciones de carácter general eran una manifestación de la potestad discrecional⁶⁷³.

Fuera de los aspectos de admisibilidad de los recursos, los órganos jurisdiccionales al percatarse que un acto impugnado era discrecional no entraban a examinar el fondo del asunto⁶⁷⁴, no obstante, esto no significaba que no se

⁶⁶⁹ FERNÁNDEZ TORRES, J., *"Historia legal de la Jurisdicción..."*, op. cit., p. 548.

⁶⁷⁰ MOZO SEOANE, A., *"La discrecionalidad administrativa de la Administración..."*, op. cit., p. 100.

⁶⁷¹ MOZO SEOANE, A., *"La discrecionalidad administrativa de la Administración..."*, op. cit., p. 102.

⁶⁷² MOZO SEOANE, A., *"La discrecionalidad administrativa de la Administración..."*, op. cit., pp. 107-109.

⁶⁷³ MOZO SEOANE, A., *"La discrecionalidad administrativa de la Administración..."*, op. cit., pp. 161 y ss.

⁶⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *"La lucha contra las inmunidades del poder..."*, op. cit., p. 167.

intentara llevar a cabo algún tipo de fiscalización pues sí entraban a controlar aspectos de forma como el procedimiento, reconociéndose la infracción de este como un vicio de orden público, y la incompetencia, cuya infracción la situaba bajo la denominación general que en aquella época se asignaba al abuso de poder y que incluía el abuso o invasión de atribuciones, el exceso de poder, la extralimitación de facultades y la desviación de poder. De esta forma y mediante procedimiento y competencia se intenta desplegar un tipo de control respecto de los actos discrecionales de la Administración⁶⁷⁵. Este control también habría comprendido la apreciación de la prueba que constaba en los expedientes así como también los conceptos jurídicos flexibles, antecedentes en el Derecho español de los conceptos jurídicos indeterminados, con lo que se habría intentado limitar las facultades de apreciación de la Administración y reducir de acuerdo a Mozo, las potestades discrecionales⁶⁷⁶.

En el siglo XX se producen importantes cambios a la legislación vigente que implicaron un retroceso en materia de control contencioso administrativo, pues primero, producto de la Dictadura del General Primo de Rivera (1923-1930) se restringió el acceso a la jurisdicción por medio de diversos decretos leyes y luego desde 1936 a 1939, periodo en que se desarrolló la guerra civil, se suspendió el recurso contencioso administrativo contra todos los actos del Estado de forma categórica hasta 1944⁶⁷⁷, año en que la Ley de 18 de marzo restablece la Jurisdicción contencioso administrativa pero excluyendo algunas materias.

El Decreto de 8 de febrero de 1952 fundió ambos textos legales, la Ley de 1944 y el Reglamento de 1890, dando lugar a un Texto refundido de la Ley de lo contencioso administrativo que contemplaba tres ámbitos de actuaciones inmunes al control judicial como sería los actos políticos, los actos normativos o reglamentos y los actos discrecionales⁶⁷⁸. Sin perjuicio de estas exclusiones, el nuevo texto legal reestructura la organización de los asuntos que se mantienen

⁶⁷⁵ MOZO SEOANE, A., "*La discrecionalidad administrativa de la Administración...*", op. cit., pp. 118-125

⁶⁷⁶ MOZO SEOANE, A., "*La discrecionalidad administrativa de la Administración...*", op. cit., p. 141.

⁶⁷⁷ FERNÁNDEZ TORRES, J., "*Historia legal de la Jurisdicción...*", op. cit. p. 747.

⁶⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "*La lucha contra las inmunidades del poder...*", op. cit., p. 166

excluidos del contencioso administrativo⁶⁷⁹ distinguiendo materias que antes se consideraban similares como ocurrió con los actos de gobierno y la discrecionalidad.

Esta situación no se mantendría por mucho tiempo pues nuevas exigencias socio jurídicas harían imperante una modernización del sistema de justicia administrativa y con ello una nueva legislación que se adecuara a dicha realidad. La intervención progresiva de la Administración en la realidad social dejando atrás su rol abstencionista, los progresos en materia de técnica jurídica administrativa así como el perfeccionamiento técnico en asuntos de procedimiento harían, como destaca Mozo, imperativo el despliegue de un sistema adecuado de control y propiciarían la dictación de la Ley de Jurisdicción contencioso administrativa de 1956⁶⁸⁰.

Desde el punto de vista del control judicial de la discrecionalidad, la LJCA de 1956 supuso una gran modificación y significó un gran cambio para el Derecho administrativo español, pues por una parte se instauró un sistema judicialista del contencioso administrativo, en virtud del cual este queda radicado en los tribunales ordinarios como jurisdicción especializada y por otro, mantiene el sistema de cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, pero reduce las limitaciones y materias antes excluidas. Prueba de ello es que si antes los actos que emanaban de la potestad discrecional eran incontrolables en sede contencioso administrativo, bajo el imperio de esta legislación sí podían ser conocidos y resueltos por dicha jurisdicción no considerándose en el art. 2 de esta ley como asuntos excluidos del contencioso administrativo con lo que se terminaba con la inmunidad de los mismos⁶⁸¹. Además, en su art. 83.2 no solo se consagra la consolidada técnica francesa de la desviación de poder sino que además se la define señalándose en su numerando

⁶⁷⁹ FERNÁNDEZ TORRES, J., *"Historia legal de la Jurisdicción..."*, op. cit., p. 776.

⁶⁸⁰ MOZO SEOANE, A., *"La discrecionalidad administrativa de la Administración..."*, op. cit., p. 178.

⁶⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *"Curso de Derecho Administrativo II..."*, op. cit., p. 588

siguiente que: “Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico”.

El avance que significó la LJCA de 1956 en la reducción del ámbito de actuación de las potestades discrecionales de la Administración fue trascendente pues como ya señalamos, clarificó el concepto y la extensión de la discrecionalidad administrativa, dejando claro en su Exposición de motivos que la discrecionalidad no obedece a la ausencia de ley y que esta solo puede existir respecto de ciertos elementos del acto que no sean reglados y no en su totalidad. Además, desde el punto de vista de su control judicial, la Exposición desentraña un importante aspecto procesal pues señala que para determinar la existencia de la discrecionalidad administrativa es estrictamente necesario que el juez realice un examen respecto de la legitimidad del acto, es decir, que entre en el fondo de la cuestión y que en virtud de esto ya no se justifica una declaración de inadmisibilidad frente a una pretensión de anulación sino que sólo la improcedencia. Haciendo eco de esta nueva regulación la jurisprudencia rechaza las excepciones por incompetencia y los jueces entran en el fondo de los actos discrecionales con el objeto de constatar la existencia de un derecho subjetivo abandonándose la declaración de inadmisibilidad fundada en la discrecionalidad⁶⁸².

De esta forma y paralelamente a la entrada en vigencia de la LJCA de 1956, comienza a reducirse el concepto de la discrecionalidad administrativa dejándose atrás tanto la concepción negativa de la discrecionalidad así como la existencia de una discrecionalidad en bloque, pues se reconoce que en todo acto administrativo existen elementos reglados⁶⁸³ y se admiten e importan nuevas técnicas de control. Todos estos nuevos elementos comenzarían a verse reflejados en la jurisprudencia de los tribunales de justicia y a ser absorbidos en sus fallos judiciales conformándose una doctrina jurisprudencial que incluirá los

⁶⁸² MOZO SEOANE, A., “*La discrecionalidad administrativa de la Administración...*”, op. cit., p. 184.

⁶⁸³ MOZO SEOANE, A., “*La discrecionalidad administrativa de la Administración...*”, op. cit., pp. 185-186.

distintos aspectos que se relacionen con la discrecionalidad, comenzando una nueva etapa para el Derecho administrativo español y la discrecionalidad administrativa.

Con la Constitución de 1978 se zanja definitivamente cualquier duda respecto del control judicial no sólo de la discrecionalidad administrativa sino que de todo acto cualquiera que sea el órgano del cual emane, ello en virtud de los arts. 103.1 y 106.1 C.E. que someten a la Administración a la Ley y al Derecho y entregan su control a los tribunales. El nuevo escenario propuesto por la Carta fundamental constituyó un cambio importante en el Ordenamiento jurídico español ya que junto con estos nuevos principios rectores introdujo el derecho a la tutela judicial efectiva dispuesto en el art. 24 C.E. En este punto cabe recordar que después de la Constitución de Cádiz, y con el posterior desplazamiento de la Jurisdicción ordinaria a las Jurisdicciones administrativas especializadas, el control de la legalidad de la actuación administrativa comienza a configurarse con un carácter revisor el cual era característico de la Jurisdicción contencioso administrativa y el que fue aplicado por la jurisprudencia de forma más restrictiva que como estaba consagrado por la Norma Fundamental⁶⁸⁴. Siguiendo a Fernández Torres, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión establecido en el art. 24. 1, exigió en primer lugar la proscripción del modelo procesal que se había concebido por la jurisprudencia, el cual se encontraba lleno de obstáculos y formalidades que impedían que existiera un pronunciamiento judicial respecto del fondo del asunto y con ello la satisfacción de la pretensión de protección jurídica de los titulares de derechos e intereses legítimos; y por otra parte, imponía la obligación de que el contencioso administrativo velara por el nuevo mandato constitucional por encima de las limitaciones o restricciones que podría llevar consigo la aplicación del dogma revisor del contencioso administrativo⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ FERNÁNDEZ TORRES, J., *"Jurisdicción administrativa..."*, op. cit., pp. 266-267.

⁶⁸⁵ FERNÁNDEZ TORRES, J., *"Jurisdicción administrativa..."*, op. cit., pp. 322-323.

De esta forma y ante este nuevo escenario, el sistema de justicia administrativa español así como el control en sede judicial de los actos discrecionales se ve fortalecido y comienzan a desarrollarse y perfeccionarse las distintas técnicas de control surgidas en la década del cincuenta.

2. Aspectos procesales de la discrecionalidad administrativa

El perfeccionamiento de los controles de la actividad administrativa se manifiesta en la actual LJCA de 1998 que en su articulado establece la regulación del proceso mediante el cual la actividad administrativa puede ser puesta a examen por los tribunales contenciosos administrativos incluida aquella que deriva del ejercicio de la potestad discrecional.

La LJCA de 1998 establece en su art. 1 que los tribunales contenciosos administrativos “conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación”. Estas actuaciones comprenden no sólo los actos administrativos que sean producto de facultades discrecionales sino que también aquellos dictados bajo el amparo de una amplia discrecionalidad, como los denominados actos de gobierno, pues como se señala en la Exposición de motivos y en el art. 2 de la propia ley, existen una serie de aspectos del acto administrativo respecto de los cuales siempre será posible el control judicial entre ellos los elementos reglados del mismo.

De esta forma la LJCA reconoce lo que ha venido diciendo la jurisprudencia y la doctrina en relación a que no se puede hablar de actos completamente discrecionales pues en todos los actos administrativos el fin, la competencia y el procedimiento son elementos que no pueden ser objeto de la discrecionalidad de la Administración ya que se encuentran previamente establecidos por el Ordenamiento jurídico.

Para someter a examen la actividad administrativa la Ley establece el recurso contencioso administrativo. Tratándose del examen de la discrecionalidad de la Administración destaca la actividad expresa que esta pueda llevar a cabo. En este caso la acción podrá interponerse de acuerdo al art. 46, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa.

Por medio del recurso contencioso administrativo también es posible impugnar la inactividad material de la Administración de acuerdo al art. 29, precepto que establece dos situaciones, siendo la primera “Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas” y la segunda, cuando la Administración no ejecuta sus actos firmes, pudiendo interponerse el recurso en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al vencimiento de los plazos que el art. 29 señala para cada una de las situaciones que regula. Sin embargo, y en relación con la discrecionalidad administrativa, la Exposición de motivos de la Ley señala expresamente que a través de esta vía no se puede sustituir a la Administración cuando dichos ámbitos de actuación no se encuentren previamente determinados por el Derecho como sería la elección del “quando”, es decir, de la elección del momento u oportunidad para poner en marcha sus atribuciones pudiendo solo condenarse al órgano administrativo a actuar en los términos en que su obligación se encuentra establecida reconociendo así que este margen de decisión le corresponde sólo a la Administración.

En materia de discrecionalidad administrativa, una de las técnicas empleadas para su examen ha sido el control de los hechos determinantes. En este sentido, la determinación de la exactitud de los mismos cobra real importancia sobre todo cuando aparece relacionada a otras técnicas como la desviación de poder o con la exigencia de una motivación adecuada. Así, la

prueba de los mismos puede tener un papel trascendental en la resolución del pleito. Para que los hechos puedan ser objeto de la prueba en el proceso contencioso administrativo estos deben cumplir con los requisitos que se establecen en el art. 60.3 precepto que señala que podrá recibirse prueba de los mismos cuando exista disconformidad de los hechos y éstos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito aunque se recibirá siempre cuando la disconformidad de los hechos exista en relación a sanciones administrativas o disciplinarias siendo el plazo para practicar la prueba de 30 días.

El proceso contencioso administrativo además del art. 60 y art. 61 LJCA no contiene normas especiales que rijan la prueba remitiéndose a las normas generales que establece la ley de Enjuiciamiento Civil siendo también aplicables algunas disposiciones del Código Civil en lo que se refiere a los documentos⁶⁸⁶.

La carga de la prueba se rige por el art. 217 de la LEC, apartado 7 del art. 60 LJCA, pero también debe tenerse en cuenta preceptos que contemplan la carga de la prueba en distintos ámbitos sectoriales y principios que rigen determinados supuestos como la presunción de inocencia en materia sancionadora, la presunción de veracidad de los agentes, la facilidad de la prueba que se da por ejemplo respecto de la desviación de poder, la prueba diabólica. Sin perjuicio de esto, la regla general es que a cada parte le corresponde la carga de la prueba de los hechos que forman parte del presupuesto fáctico de la norma que fundamenta sus pretensiones⁶⁸⁷.

Ahora bien, en relación con la discrecionalidad administrativa existen dos particularidades. La primera de ellas viene dada por la apreciación que realiza la Administración frente a conceptos jurídicos indeterminados que impliquen juicios de valor o políticos, caso en el cual le corresponderá la carga de la prueba a quien impugne el acto administrativo debiendo probar la errónea apreciación de la Administración sin perjuicio de las potestades probatorias que se le reconocen

⁶⁸⁶ SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J., FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Derecho procesal administrativo*, T. III, Editorial Bosch, Barcelona, 2013, p. 97.

⁶⁸⁷ SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J., FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *"Derecho procesal administrativo..."*, op. cit., pp. 105-107.

a los Tribunales contenciosos administrativos. En segundo lugar, y en relación a la desviación de poder se ha observado una flexibilidad en la carga de la prueba que pesa sobre el actor así como de otros aspectos probatorios como veremos en páginas posteriores⁶⁸⁸.

Respecto de los medios de prueba, estos se encuentran establecidos en el art. 299 LEC. En materia de discrecionalidad administrativa destaca la prueba de peritos sobre todo en ámbitos en que se requieren conocimientos técnicos o especializados en base a los cuales la Administración pudo haber llevado a cabo su decisión o actividad, especialmente medio ambiente, urbanismo, sector energético, la cual puede suministrar al juez elementos que le permiten determinar si la actuación administrativa se encuentra conforme a Derecho o bien declarar la nulidad⁶⁸⁹.

El desarrollo del proceso contencioso administrativo terminará con la sentencia, la que de acuerdo al art. 68 puede inadmitir el recurso o bien estimar o desestimar el mismo si es que el Tribunal se ha pronunciado respecto del fondo del asunto. Estas tres posibilidades se encuentran reguladas en el art. 69 y art. 70 debiendo destacar lo que señala el art. 70.2 que además de reconocer expresamente la desviación de poder como una causal de estimación del recurso, aporta una definición de la misma con lo que se reafirma la vinculación de la Administración al Ordenamiento jurídico y con ello el fundamento de su actividad que es la concreción del interés general.

No obstante, es necesario en este punto señalar que a pesar de la estimación que realice la sentencia del recurso contencioso administrativo por este motivo o cualquier otro que se encuentre directamente relacionado con la discrecionalidad con la que pudo haber actuado la Administración, la discrecionalidad se caracteriza e identifica con un espacio o margen de libertad entregado a la

⁶⁸⁸ SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J., FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *“Derecho procesal administrativo...”*, op. cit., pp. 108-110.

⁶⁸⁹ HINOJOSA MARTÍNEZ, E., *“Aspectos procesales del control judicial de la discrecionalidad...”*, op. cit., p. 207.

Administración para que esta cumpla con una función que se le ha encomendado constitucionalmente. Esta premisa se encuentra presente en la LJCA y en este sentido el Tribunal al dictar una sentencia estimatoria no sólo debe tener presente los límites dados por las propias pretensiones hechas valer por las partes de acuerdo al los arts. 1, 31 y 33 LJCA sino que especialmente la prohibición expresa establecida en el art. 71.2 que limita las atribuciones del juez al señalar que este no podrá “determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

Así, la actividad administrativa es objeto de control judicial pero se garantiza y reconoce procesalmente la función que constitucionalmente se le ha asignado cuando se le otorgan potestades discrecionales pudiendo los tribunales sólo dejar en evidencia si se han traspasado los límites jurídicos que el Derecho impone respetar. Con ello queda procesalmente establecido el rechazo a la sustitución judicial en materia de discrecionalidad administrativa lo que se ve reafirmado con la regulación que hace la Ley respecto de la inactividad de la Administración cuando esta se encuentra por ejemplo obligada a realizar una prestación. En este caso la condena a la Administración sólo podrá ir dirigida a que el órgano en cuestión cumpla con dicha obligación pero sólo en los términos concretos en que la misma aparece configurada, de forma que si esta se presenta en el marco de una potestad discrecional el Tribunal sólo podrá dar a la Administración a lo mucho un plazo para que proceda a actuar en virtud del art. 71.1 c)⁶⁹⁰.

La sentencia que se pronuncie respecto del recurso contencioso administrativo puede ser objeto de impugnación por medio de los recursos que la LJCA establece en su capítulo III. En materia de discrecionalidad administrativa es imprescindible detenernos en el Recurso de casación establecido en el art. 86 y siguientes. En primer lugar por la especial naturaleza del mismo en virtud del

⁶⁹⁰ SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J., FERNÁNDEZ MONTALVO, R., “*Derecho procesal administrativo...*”, op. cit., p. 439.

cual se puede revisar el Derecho quedando los hechos establecidos en primera instancia a menos que se cumplan los presupuestos previstos en el art. 88 n° 3, es decir, si el motivo de casación se funda en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, el juez puede integrar a los hechos ya probados en instancia aquellos que hubiesen sido omitidos por éste, que se encuentren suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluyendo la desviación de poder. En este último caso la existencia de nuevos hechos puede ser trascendental a la hora de determinar si ha existido una discrecionalidad ejercida conforme a Derecho o no pues la determinación de los hechos así como una correcta apreciación de los mismos resulta imprescindible para que el juez pueda analizar un caso a la luz de otras técnicas de control de la discrecionalidad.

En segundo lugar, a través del recurso de casación es posible atacar eventuales extralimitaciones del juez lo que adquiere relevancia especialmente en materia de discrecionalidad pues como hemos señalado, existe un espacio de actuación que procesalmente se encuentra a resguardo de la sustitución judicial. En este sentido, frente a una eventual sustitución de la decisión o actuación administrativa se puede invocar la causal de exceso en el ejercicio de la jurisdicción de acuerdo al art. 88 n°1 a) o bien por el motivo establecido en la letra d), es decir, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico que sean aplicables, pues se ha desconocido o vulnerado la norma que ha atribuido una potestad discrecional a la autoridad así como el art. 71.2⁶⁹¹, razonamiento que también se extiende a los casos en que el juez vaya más allá de advertir un

⁶⁹¹ FONT I LLOVET, T., y MIR PUIGPELAT, O., Discrecionalidad administrativa y alcance del control judicial, en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum* Tomás-Ramón Fernández, coord. por García de Enterría Martínez-Carande, E., Alonso García, R., Vol. 1, 2012, pp. 1152-1153. El autor expone una STS de 29 de abril de 2011 en el que precisamente se discute en una cuestión preliminar cuál era el motivo por el que debía interponerse el recurso de casación. En el caso concreto se había hecho valer el art. 88.1. a) en contra de una sentencia de instancia que había sustituido al órgano administrativo señalando el Tribunal Supremo que podían ser ambas vías y que a pesar de que en los hechos el tribunal de instancia había ejercido su función jurisdiccional de forma correcta, existían casos excepcionales en los que se produce dogmáticamente un abuso de jurisdicción que puede encauzarse por el art. 88.1. d) LJCA.

error patente en la apreciación de los hechos realizada por la Administración sustituyendo a esta en dicha labor⁶⁹².

En el Derecho español por tanto se configura claramente el cauce a través del cual se puede examinar la discrecionalidad administrativa, lo cual permite el desarrollo y perfeccionamiento de las formas a través de las cuales el juez procederá en caso de enfrentarse a un acto con elementos discrecionales concretándose un aspecto importante del Estado de Derecho y que es la seguridad jurídica, principio fundamental que respalda a los ciudadanos en sus relaciones con el Poder y que permite a la Administración conocer los criterios que deben guiar su actividad para mantenerse en el ámbito de lo que es permitido por el Derecho.

3. Técnicas de control judicial

En el Derecho español el desarrollo de las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa se presenta de forma tardía en relación con el Derecho francés en el que durante el siglo XIX se desarrolló por parte del Consejo de Estado una jurisprudencia calificada como “pretoriana”⁶⁹³ que supuso el sometimiento a revisión de los denominados actos de imperio de la autoridad por medio del recurso de exceso de poder. En una primera etapa, el recurso de exceso de poder se identificaba con el vicio de incompetencia fase que se consolidó bajo la Restauración formando una sólida doctrina⁶⁹⁴. Posteriormente, la primera jurisprudencia del Consejo de Estado admite otro caso de exceso de poder que sería el vicio de forma con lo que el recurso comienza a extenderse

⁶⁹² HINOJOSA MARTÍNEZ, E., *“Aspectos procesales del control judicial de la discrecionalidad...”*, op. cit., p. 208.

⁶⁹³ LAFERRIÈRE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome 2, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, reeimp. 1989, p.381.

⁶⁹⁴ LAFERRIÈRE, E., *“Traité de la juridiction administrative...”*, op. cit., p. 377. Así, destacan el arrêt de 1818 Egret Thomassin, y arrêt Bouis de 1826. El punto de partida del recurso de exceso de poder y su equiparación al vicio de incompetencia tiene su origen de acuerdo al autor, en la competencia que tenía atribuida el Consejo de Estado para resolver conflictos que surgieran entre los Tribunales y la Administración la que posteriormente se concentró en diferenciar las normas de competencia de los distintos órganos integrantes de la Administración.

hasta alcanzar la violación de ley, asimilación con la que se pretendía favorecer a las partes que al recurrir por distintas vías administrativas debían enfrentar distintas consecuencias⁶⁹⁵. La jurisprudencia del Consejo de Estado abriría otra puerta con efecto directo sobre los actos administrativos discrecionales, pues estos no podían ser impugnados por violación de ley al no señalar esta el contenido de los mismos de forma previa, sin embargo, el Consejo de Estado determinó que la ley lo que si hacía era determinar un propósito general y el espíritu con el que se debía actuar, de manera que frente a un propósito extraño al querido por la ley los actos discrecionales podían ser impugnados por una especie del recurso de exceso de poder que sería la desviación de poder⁶⁹⁶.

Por su parte, la jurisprudencia española realizó esfuerzos para someter a control los actos discrecionales, aun cuando la legislación existente no los consideraba objeto de control judicial, utilizando diversas estrategias procesales pero sin que pudiese hablarse en un primer momento de técnicas de control propiamente. Como tales, comenzarán su incursión y posterior desarrollo en el Derecho español en la segunda mitad del siglo XX a objeto de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos cuando estos se enfrentaban a la Administración⁶⁹⁷ de forma que el Derecho español no tardará en recepcionar y desarrollar la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados que tuvimos oportunidad de analizar, los elementos reglados, el control de los hechos determinantes, la desviación de poder y los principios generales del Derecho, llegando incluso a afirmarse ante este nuevo escenario “el fin de la discrecionalidad de la Administración”⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ LAFERRIÉRE, E., “*Traité de la juridiction administrative...*”, op. cit., pp. 379-380.

⁶⁹⁶ LAFERRIÉRE, E., “*Traité de la juridiction administrative...*”, op. cit., p. 381.

⁶⁹⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad...*”, op. cit., pp.147-148.

⁶⁹⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Arbitrariedad y discrecionalidad...*”, op. cit., pp. 93-94.

3.1. Los hechos determinantes

El control de la discrecionalidad administrativa mediante la técnica de control de los hechos determinantes consiste en comprobar que la realidad en un caso concreto se ajusta a la descripción fáctica contenida en el supuesto de hecho de la norma que regula una determinada potestad administrativa. En el caso de no aparecer precisados estos hechos, el control se centrará en verificar que la realidad que ha servido de base a la potestad administrativa ejercida sea la que la autoridad dice que es⁶⁹⁹. En palabras del Tribunal Supremo “si la Administración para el ejercicio de una potestad discrecional parte de una determinada realidad fáctica, los hechos que le sirven de fundamento deben existir”⁷⁰⁰. Estos hechos tienen como característica primordial el ser objetivos lo que supondrá que la realidad señalada exista o no, pero no pueden existir distintas versiones de los hechos que la conforman pues estos en la práctica siempre responderán a una única identidad, por lo que la discrecionalidad administrativa no puede intervenirlos ni alterarlos⁷⁰¹.

El control de los hechos determinantes ha sido señalado por la doctrina como una técnica que se presenta muy eficaz a la hora de controlar las potestades discrecionales de la Administración⁷⁰² característica que le habría permitido superponerse a la desviación de poder debido a las complejidades probatorias aparejadas a esta última convirtiéndose en una importante base para la aplicación de las demás técnicas de control⁷⁰³. Sin perjuicio de esto, también se reconoce que respecto de ciertas formas de discrecionalidad, como la de iniciativa o de la potestad reglamentaria en relación a reglamentos independientes, su aplicación se ve más limitada en virtud de la libertad reconocida al titular de la potestad en cuestión⁷⁰⁴.

⁶⁹⁹ DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., p. 213.

⁷⁰⁰ STS de 24 de junio de 2015, Roj 2918/2015.

⁷⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 515.

⁷⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La lucha contra las inmunidades del poder...*”, op. cit., p. 171.

⁷⁰³ MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit., pp. 900-901.

⁷⁰⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Discrecionalidad administrativa y control judicial...*”, op. cit., p. 132.

El origen de esta técnica de control se encuentra en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, en el denominado Arrêt Camino de 1916. Este caso constituyó una novedad pues se afirma que los hechos en que se basaba una medida disciplinaria aplicada a un Alcalde no eran constitutivos de la misma, señalándose además que correspondía al Consejo de Estado verificar los hechos que servían de motivación a una determinada medida⁷⁰⁵.

En el Derecho español no aparece propiamente tal como técnica sino hasta la segunda mitad del siglo XX con la LJCA de 1956 y su aclaratoria Exposición de motivos pues en el periodo anterior el control de los hechos se encontraba reducido a los hechos alegados en sede administrativa y que se hubiesen incorporado al expediente administrativo, encontrándose aquí el antecedente inmediato de esta técnica⁷⁰⁶.

Con la entrada en vigor de la LJCA de 1956, el control de los hechos determinantes comenzaría a tomar una sólida forma como técnica de control de las potestades discrecionales pues en la Exposición de motivos de esta ley se señala que la jurisdicción contencioso administrativa no es una segunda instancia o casación sino que propiamente una primera instancia jurisdiccional, “un auténtico juicio o proceso entre partes” no siendo extraña la prueba, haciendo radicar por tanto el carácter revisor de la Jurisdicción contencioso administrativa sólo en la existencia previa de un acto de la Administración y no en una imposibilidad probatoria en sede judicial. De esta forma se abandona el dogma del carácter revisor que revistió la jurisdicción contencioso administrativo desde sus orígenes y que impedía que existiera un pronunciamiento judicial respecto del fondo del asunto⁷⁰⁷ pues al ser considerada tradicionalmente esta jurisdicción como una segunda instancia o una instancia de casación, el tribunal no podía

⁷⁰⁵ LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVÉ, P., y GENEVOIS, B., “*Les grands arrêts...*”, op. cit., p. 185.

⁷⁰⁶ MOZO SEOANE, A., “*La discrecionalidad de la Administración Pública en España...*”, op. cit., 462.

⁷⁰⁷ FERNÁNDEZ TORRES, J., “*Jurisdicción administrativa...*”, op. cit., pp. 322-323.

pronunciarse sobre los hechos constitutivos del caso ni admitir prueba respecto de los mismos, limitándose a examinar sólo los aspectos de legalidad⁷⁰⁸.

Ahora bien, se ha señalado que el control de los hechos determinantes no es una forma de controlar sólo la discrecionalidad administrativa, no obstante, se solía reconocer entre ambas una estrecha vinculación en virtud de la regulación existente antes de la LJCA de 1956 que como ya hemos señalado mantenía por un lado, excluida las potestades discrecionales del control judicial, y por otro, asignaba a la Jurisdicción contencioso administrativa un carácter revisor restringiendo el acceso del juez a la apreciación de los hechos. De esta manera la apreciación y valoración de los hechos⁷⁰⁹ fueron identificadas como una manifestación de la potestad discrecional⁷¹⁰ considerándose como una técnica de control de la misma al eliminarse los obstáculos procesales existentes hasta ese momento.

Este nuevo estado de las cosas se consolida con normas regulatorias de la prueba establecidas en la LJCA de 1956 que indican el caso en el que esta procede (art. 74.3) y que otorgan facultades al tribunal para que este pueda decretar de oficio las diligencias necesarias destinadas a asegurar la acertada decisión del caso (art. 75), precepto este último que permite controlar “el correcto uso de los poderes discrecionales de la Administración cualquiera sea su efectivo alcance”⁷¹¹. En este mismo sentido se ha mantenido la regulación de la prueba en la LJCA de 1998 en sus arts. 60 y 61.

De acuerdo a lo sostenido por la doctrina mayoritaria, el objeto de esta técnica de control consiste en verificar la existencia de los hechos determinantes de un caso en particular⁷¹². En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo al señalar que el control de la discrecionalidad administrativa por medio de los hechos y de los principios generales del Derecho desemboca en que “la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá en primer

⁷⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Curso de Derecho...”, op. cit., p. 515.

⁷⁰⁹ MUÑOZ MACHADO, S., “Tratado de Derecho Administrativo...”, op. cit., p. 894.

⁷¹⁰ DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...”, op. cit., p. 213.

⁷¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Curso de Derecho...”, op. cit., p. 518.

⁷¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Curso de Derecho...”, op. cit., p. 515.

término a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valorar si la decisión... discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos”, pues en caso contrario si existe alguna incongruencia se configurará una infracción del Ordenamiento jurídico y específicamente el art. 9.3 C.E.⁷¹³.

Ahora bien, en relación con esta materia se han realizado algunas precisiones terminológicas distinguiéndose la existencia de los hechos, objeto indiscutible de la técnica de control, de la calificación jurídica de los mismos. Esta última se ha entendido que significa expresar con las palabras lo que el hecho es, pudiendo quedar los hechos bajo el amparo de un concepto expresado en la misma norma⁷¹⁴. Para Alonso Mas ambas expresiones son cosas diferentes estando la existencia de los hechos en el plano de la realidad en tanto que la calificación de los mismos en el plano intelectual pues esta última permite la percepción de los presupuestos fácticos a través de los conceptos utilizados por la norma, pudiendo también existir calificaciones valorativas o conceptos que pueden ser tipo jurídico indeterminado⁷¹⁵. Por otra parte se encontraría la valoración y apreciación refiriéndose la primera a “la operación consistente en ponderar los distintos intereses públicos reflejados en la norma o que esta no recoge expresamente pero permite sopesar; así como la de concretar, de entre todos los calificados como tales por el Constituyente o el Legislador, el interés público que debe perseguir el acto cuando la norma no lo hace”⁷¹⁶. La segunda expresión atendería a ponderar y sopesar los distintos elementos facticos que la norma recoge o permite ponderar, incluso cuando los mismos sean necesarios para precisar el sentido de un concepto jurídico indeterminado que aparece en el presupuesto de hecho de la norma⁷¹⁷.

Sin perjuicio de estas precisiones, la mayor parte de la doctrina al referirse a los hechos distingue entre la existencia de los mismos y su apreciación o

⁷¹³ STS de 21 de abril de 2010, Roj 3183/2010. En este mismo sentido SSTs de 24 de junio de 2015, Roj 2918/2015 y de 19 de junio de 2015, Roj 2725/2013.

⁷¹⁴ SAINZ MORENO, F., “*Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...*”, op. cit., p. 215.

⁷¹⁵ ALONSO MAS, M., “*La solución justa en las resoluciones administrativas...*”, op. cit., pp. 115-117.

⁷¹⁶ ALONSO MAS, M., “*La solución justa en las resoluciones administrativas...*”, op. cit., p. 119.

⁷¹⁷ ALONSO MAS, M., “*La solución justa en las resoluciones administrativas...*”, op. cit., p. 119.

valoración pudiendo ser estas últimas una etapa más incisiva que la sola determinación de los hechos. Así, García de Enterría y Fernández Rodríguez señalan que este control puede extenderse a la valoración cuando esta se realice desde un punto de vista estrictamente jurídico pues en este caso sólo intervienen criterios de legalidad reduciéndose el problema a un asunto de interpretación⁷¹⁸ admitiéndose también que si dicha valoración ha sido realizada en base a juicios de experiencia común e incluso experiencia técnica el juez puede controlar pues aún en este último caso puede recurrir a la prueba pericial sin que exista riesgo de sustitución dado que no existen elementos discrecionales⁷¹⁹. A diferente conclusión se arriba en caso que la valoración utilice criterios de oportunidad⁷²⁰ señalando un sector de la doctrina que en este caso el control judicial sólo puede proceder cuando exista un error manifiesto que deje en evidencia que la decisión adoptada es irracional y desproporcionada⁷²¹ lo que deberá aparecer de forma clara y suficientemente probado⁷²² debiendo ser este criterio utilizado por los tribunales con cautela y rigurosidad. Se ha citado como ejemplo de esto la STS de 4 de abril de 1990 en la que se señaló que “la actividad en que se concreta la potestad de la Administración para alterar, modificar, revisar o formular “ex novo” un planeamiento urbanístico debe estar suficientemente justificada y apoyada en datos objetivos, exentos de error, para impedir que la impropiedad en el ejercicio del “ius variandi” atente a los límites racionales y naturales de sus facultades discrecionales dirigidas a la satisfacción del interés público...”⁷²³. Sánchez Morón señala que en estos casos más que un control de los hechos

⁷¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Curso de Derecho...”, op. cit., p. 519.

⁷¹⁹ DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...”, op. cit., pp. 213 y ss., En este mismo sentido UCIEDA SOMOZA, E., Técnicas de control de la discrecionalidad en el Derecho comunitario de funcionarios y en el Derecho español. Examen de los hechos determinantes, Revista vasca de Administración Pública, n°18, 1987, pp. 182 y ss. El autor señala que el control por la técnica de los hechos determinantes comprende tanto la existencia así como la valoración de los mismos la cual constituye una importante herramienta de control en materia de función pública cuando los empleados son desvinculados de la Administración por razones de “necesidades del servicio”.

⁷²⁰ DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...”, op. cit., pp. 215-216.

⁷²¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Discrecionalidad administrativa y control judicial...”, op. cit., pp. 135-137.

⁷²² SÁNCHEZ MORÓN, M., “Derecho Administrativo, Parte General...”, op. cit., p. 99.

⁷²³ SUAY RINCÓN, J., El control de la actividad discrecional de la Administración: el error en la apreciación de los hechos, Revista de Administración Pública, n°124, 1991, p. 260. En este mismo sentido la STS de 22 de marzo de 1997, Roj 2171/1997 en la que el Tribunal deja de manifiesto que una acertada valoración de los hechos determinantes por parte de la Administración habría conducido a una distinta resolución.

determinantes, lo que se controla es la racionalidad intrínseca de la decisión y esto se debe a que la valoración de los hechos también tiene unos límites jurídicos no siendo una actividad absolutamente libre para la autoridad entendiéndolo así también los tribunales⁷²⁴.

3.2. La desviación de poder

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, una importante reducción en el concepto de la discrecionalidad administrativa se dio a raíz del abandono de la teoría unitaria que consideraba a los actos discrecionales como un bloque dentro de los cuales no cabían distinciones respecto de los elementos que lo conformaban siendo de esta misma manera reconocido por el art.2 de la LJCA de 1888, perspectiva que no es reemplazada sino hasta que se dicta la LJCA de 1956 en cuya Exposición de motivos se deja claramente establecido que la discrecionalidad no puede abarcar la totalidad de un acto sino que solo se refiere a algunos elementos del mismo. Con esta declaración surgen pronunciamientos jurisprudenciales dictados ya en dicho sentido y en los que el procedimiento, competencia y fin no podían quedar a disposición de la autoridad a la cual se le atribuía una potestad discrecional sino que eran calificados como elementos reglados.

De esta forma el fin, constituye un elemento reglado, “una nota de tipicidad”⁷²⁵ de los actos administrativos el cual se encuentra previamente determinado por el Ordenamiento jurídico y no puede ser otro que el interés general y en el caso concreto, el fin específico para el cual las potestades administrativas fueron otorgadas⁷²⁶ constituyendo la desviación de poder precisamente un apartamiento de dicha tipicidad⁷²⁷. En dichos términos y como

⁷²⁴ Por ejemplo STS de 4 de julio de 2001 cit. Por MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho administrativo...*”, op. cit., p. 895.

⁷²⁵ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., La desviación de poder en el Derecho español, Revista de Administración Pública, n°22, 1957, p. 139.

⁷²⁶ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., “*La desviación de poder en el Derecho español...*”, op. cit., p. 137.

⁷²⁷ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., “*La desviación de poder en el Derecho español...*”, op. cit., p. 139. Por su parte CASTILLO BLANCO, F., “*La interpretación y aplicación del Ordenamiento...*”, op. cit., pp. 97, 103, señala que la desviación de poder no es sólo una infracción al principio de legalidad o una ilicitud

lo señala Martin-Retortillo, la desviación de poder no requiere que sea establecida de forma expresa en la legislación para que la misma forme parte de un Ordenamiento jurídico pues la misma existe en la propia realidad jurídica a través de la finalidad que está presente en la norma⁷²⁸.

Como técnica de control, la desviación de poder nace en el seno de la Jurisprudencia del Consejo de Estado francés como una especie del recurso por exceso de poder por primera vez en el arrêt Vernes de 19 de mayo de 1858, siendo el caso más destacado el arrêt Lesbats de 15 de febrero de 1864 y 17 de junio de 1865⁷²⁹ en virtud del cual se deja de manifiesto que las atribuciones otorgadas a un funcionario público están destinadas a un fin específico, sin que con su actuación pudiese perseguirse uno distinto como ocurría en el caso concreto, en el que se buscaba asegurar la ejecución de un contrato entre una compañía ferroviaria y una empresa de vehículos públicos⁷³⁰.

En el Derecho español la desviación de poder fue entendida en un comienzo por la jurisprudencia como una especie dentro de una infracción más amplia que era el abuso de poder y dentro de la cual se consideraba también el abuso o invasión de atribuciones, el exceso de poder y la extralimitación de facultades⁷³¹. Sin embargo, su configuración en el Ordenamiento jurídico español no fue por esta vía sino que lo fue por vía legal lo que se debió de acuerdo a Martín-Retortillo a diversos motivos. En primer lugar, por una falta de un criterio unitario que llevara a los tribunales a tomar consciencia de su función de control y de restablecimiento del orden jurídico; en segundo término, “por la fuerte vinculación a una concepción normativa del Derecho, prescindiendo de aquel otro aspecto sociológico-institucional del ordenamiento jurídico, que impone de

atípica como ha sido caracterizada, si no que constituye más bien un vicio de invalidez pues la infracción es al principio de seguridad jurídica y al de justicia material pues en virtud de la desviación de poder se lesiona la seguridad en la aplicación del Derecho y la confianza en que las potestades administrativas deben ser ejercidas para el fin que fueron otorgadas

⁷²⁸ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., “*La desviación de poder en el Derecho español...*”, op. cit., p. 163.

⁷²⁹ CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 29-31.

⁷³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 512.

⁷³¹ MOZO SEOANE, A., “*La discrecionalidad administrativa de la Administración...*”, op. cit., pp. 118 y ss.

suyo que, en cuanto existe una unidad evolutiva, no puede evolucionar una parte del mismo- el poder administrativo- sin la respectiva correlación en la garantía frente a aquel, vale decir, en la jurisdicción contenciosa”; y finalmente desde un punto de vista exegético esta falta de desarrollo jurisprudencial respecto de la desviación de poder encontraba su causa en la prohibición general de los actos discrecionales y también en la explícita exclusión de la desviación de poder en la elaboración de la Ley municipal de 1935, con lo que la función judicial se reducía a una mera aplicación⁷³².

De esta forma la desviación de poder se consagró como tal en la Constitución de 1931⁷³³, más adelante en la LJCA de 1956 que la contemplaba como causa de anulación definiéndola en su art. 83.2 y 3 y luego en la Ley de procedimiento administrativo de 1958 en su art. 48. El establecimiento de la desviación de poder como única técnica de control en la LJCA de 1956 habría respondido al hecho de que en aquel momento era la técnica más avanzada y desarrollada que existía⁷³⁴ lo que no habría significado que hubiese sido el único vicio o infracción reconocido por el Ordenamiento jurídico español como se quiso afirmar en aquella época por los litigantes⁷³⁵.

La consagración y definición de la desviación de poder en este importante cuerpo legal fue muy trascendente para el Derecho español aunque esa “última conquista” como lo definió García de Enterría, no habría sido una gran innovación pues el mismo autor señala que el establecimiento de la desviación de poder en aquel periodo resultaba paradójico ya que en Francia, país de origen de la técnica, “escasas esperanzas” se tenían en relación con la misma, sobre todo porque el interés ya se había desplazado hacia otras técnicas de control cuya eficacia era superior a la desviación de poder y respecto de las cuales no existía el problemático elemento de la prueba⁷³⁶.

⁷³² MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., “*La desviación de poder en el Derecho español...*”, op. cit., pp. 134-135.

⁷³³ CHINCHILLA MARÍN, C., “*La desviación de poder...*”, op. cit., pp. 34 y ss.

⁷³⁴ CHINCHILLA MARÍN, C., “*La desviación de poder...*”, op. cit., p. 47.

⁷³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La lucha contra las inmunidades del poder...*”, op. cit., p. 169.

⁷³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La lucha contra las inmunidades del poder...*”, op. cit., p. 170.

Con la entrada en vigencia de la Constitución española de 1978 y la atribución entregada a los tribunales en orden a controlar el sometimiento de la Administración a los fines que la justifican establecida en el art. 106, la doctrina habla de forma unánime de la “constitucionalización” de la técnica de la desviación de poder⁷³⁷. Su establecimiento en la Carta Fundamental habría obedecido de acuerdo a Chinchilla a que, a pesar de estar establecida de forma expresa en la LJCA de 1956, existía en la práctica y por parte de los tribunales, escasa aplicación del vicio ya sea por “timidez, pereza o excesivo formalismo”⁷³⁸. Así, su reconocimiento en la Carta Fundamental habría sido un determinante incentivo para que los tribunales se dispusieran a utilizar esta técnica pues con posterioridad se observó una jurisprudencia más abundante al respecto⁷³⁹ sin perjuicio de lo cual, subsistía la resistencia por parte de los tribunales en orden a acoger las impugnaciones deducidas alegando desviación de poder⁷⁴⁰.

Por su parte, la LJCA de 1998, consagra la desviación de poder en el art. 70.2 y siguiendo la línea de su antecesora señala que “Se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”. En términos similares es entendida por la jurisprudencia que señala que en relación a dicho precepto y de acuerdo a su reconocimiento constitucional en el art. 106.1, en relación con el art. 103 C.E., la desviación de poder “comporta la existencia de un acto administrativo que externamente se ajusta a la legalidad, pero inválido por desmentir en su motivación la verdadera finalidad de la actividad administrativa, que debe fundarse, con carácter general, en el interés público y, además, en la propia finalidad que habilita el ejercicio de esa potestad concreta”⁷⁴¹.

⁷³⁷ MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho Administrativo...”*, op. cit., p. 903.

⁷³⁸ CHINCHILLA MARÍN, C., *“La desviación de poder...”*, op. cit., p. 49.

⁷³⁹ CHINCHILLA MARÍN, C., *“La desviación de poder...”*, op. cit., pp. 38-39

⁷⁴⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J., Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos, *Revista de Administración Pública*, n° 195, 2014, p. 200.

⁷⁴¹ STS de 26 de marzo de 2015, Roj 1354/2015.

De acuerdo a la legislación vigente y siguiendo a Chinchilla, tres son los elementos normativos claves de la desviación de poder:

- a. La desviación de poder presupone el ejercicio de potestades. Al respecto tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que este requisito no se agota en una actividad de parte de la Administración⁷⁴², pues también podría configurarse, como señala una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2015, en “una deliberada pasividad cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva”⁷⁴³.
- b. Las potestades deben ser de carácter administrativas no distinguiéndose por la ley si estas a su vez deben ser regladas o discrecionales. Así mismo lo ha reconocido la jurisprudencia, agregando el fallo mencionado en el punto anterior que si bien el ámbito más específico para el desarrollo de la desviación de poder es la actividad discrecional de la Administración “no existe obstáculo apriorístico para que se aplique a la actividad reglada, ya que nada se opone a la eventual coexistencia de vicios, infracción del ordenamiento jurídico por desviación del fin público específico asignado por la norma e ilegalidad en los elementos reglados del acto”⁷⁴⁴, reconociéndose incluso por la jurisprudencia que esta puede alcanzar el ejercicio de potestades reglamentarias⁷⁴⁵.
- c. Apartamiento del fin que la justifica. El fin, al ser un elemento reglado del acto administrativo no puede ser objeto de la libre determinación del

⁷⁴² CHINCHILLA MARÍN, C., “*La desviación de poder...*”, op. cit., pp. 57 y ss. De acuerdo a la autora, para que pueda existir desviación de poder en inactividad sería necesario que se de el supuesto de hecho definido por la ley para que pueda decirse que la Administración debía ejercer la potestad de que se trate; que el administrado pueda obtener beneficios de su ejercicio o bien que sea titular de un interés legítimo o derecho subjetivo; y que haya solicitado a la Administración que actúe en un determinado sentido.

⁷⁴³ STS de 5 de febrero, fundamento 4to, letra b), Roj 589/2015.

⁷⁴⁴ STS de 5 de febrero, fundamento 4to, letra c), Roj 589/2015.

⁷⁴⁵ MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit., p. 907.

órgano al que se le reconocen potestades discrecionales, siendo imperativo el estricto apego a este en el desarrollo de sus funciones⁷⁴⁶ pues el interés general es lo que justifica y fundamenta no sólo la discrecionalidad administrativa sino que también la existencia de los órganos que cumplen las funciones estatales. En este sentido y contrario a lo que se puede creer, la desviación del fin no necesariamente deberá apuntar a uno de carácter privado o propio de quien detenta la potestad y ajeno al previsto por el Ordenamiento jurídico y la norma en cuestión, sino que se ha señalado por la jurisprudencia que el fin perseguido puede ser perfectamente uno de carácter público pero distinto a aquel que la propia norma había previsto al regular el caso determinado puesto que de acuerdo al art. 70.2 se exige que el ejercicio de la potestad simplemente sirva a fines distintos de los señalados por el Ordenamiento jurídico⁷⁴⁷.

Ahora bien, no son pocas las dificultades o discusiones que se han producido en torno a la desviación de poder lo que se encontraría estrechamente vinculado al elemento teleológico que junto con caracterizar a esta técnica de control la distingue de otras infracciones del Ordenamiento jurídico⁷⁴⁸. La primera reflexión que surgió planteaba la interrogante de si la desviación de poder era un vicio de moralidad o de legalidad, pues al estar implicada la intención o voluntad del individuo que ejerce la potestad administrativa para un fin diferente del querido por el legislador se señaló que podía configurarse un reproche de orden moral o ético más que jurídico⁷⁴⁹, no obstante, este punto se ha superado afirmándose tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que la desviación de poder es en primer lugar un vicio de estricta legalidad sin perjuicio de que pueda ser calificado además de inmoral pues en virtud de la desviación de

⁷⁴⁶ CHINCHILLA MARÍN, C., *“La desviación de poder...”*, op. cit., pp. 85 y ss.

⁷⁴⁷ En este sentido SSTs de 18 de junio de 2001, Roj 5177/2001; 18 de marzo de 2011 Roj 1455/2011; 5 de febrero de 2015, Roj 589/2015.

⁷⁴⁸ CHINCHILLA MARÍN, C., *“La desviación de poder...”*, op. cit., p. 51.

⁷⁴⁹ MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho Administrativo...”*, op. cit., p. 904.

poder se infringe un elemento previamente determinado por la ley como es el fin del acto administrativo⁷⁵⁰.

El segundo punto de conflicto que surgió en relación a la desviación de poder fue la aplicación de otras técnicas de control como los hechos determinantes⁷⁵¹ lo que produjo que su utilización se realizara de forma subsidiaria o de última ratio⁷⁵². No obstante, hoy se reconoce por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad pues la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no la excluye sino que antes bien posibilita y puede ser un medio para lograr esta⁷⁵³.

En tercer lugar, la desviación de poder ha sido concebida en el Derecho español desde una concepción subjetiva lo que significa que la misma tiene lugar cuando la Administración consciente y deliberadamente se aleja del fin previsto por el Ordenamiento jurídico a sabiendas que en ejercicio de sus funciones le corresponde satisfacer otro⁷⁵⁴. En oposición a la concepción subjetiva se encuentra una objetiva en virtud de la cual la desviación de poder simplemente obedece a la inadecuación del acto al fin que lo justifica sin que exista el elemento intencional de por medio y pudiendo obedecer dicha disconformidad a diversas razones⁷⁵⁵.

La perspectiva subjetiva de la desviación de poder se reflejaría en el Derecho español tanto en el art. 106 C.E. como en el art. 70.2 LJCA, específicamente cuando este último precepto utiliza la expresión “para” lo que destacaría “el sentido finalista o el ánimo predeterminado de servir a otros fines”⁷⁵⁶. Esta concepción subjetiva ha sido denunciada por un sector de la doctrina como uno de los factores determinantes en la limitada aplicación de la técnica de desviación de poder puesto que al tener que comprobar un aspecto

⁷⁵⁰ CHINCHILLA MARÍN, C., “*La desviación de poder...*”, op. cit., pp. 169-173.

⁷⁵¹ MOZO SEOANE, A., “*La discrecionalidad de la Administración Pública en España...*”, op. cit., 457.

⁷⁵² MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit., p. 905.

⁷⁵³ STS de 5 de febrero de 2015, fundamento 4to, letra d), Roj 589/2015.

⁷⁵⁴ DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., p. 217.

⁷⁵⁵ CHINCHILLA MARÍN, C., “*La desviación de poder...*”, op. cit., p. 121.

⁷⁵⁶ CHINCHILLA MARÍN, C., “*La desviación de poder...*”, op. cit., p. 121.

como la intención o voluntad, situada en el total fuero interno del individuo, se torna muy difícil acreditar que se ha producido la desviación de poder en estos términos. Por ello, Desdentado señala que sería conveniente adoptar una concepción objetiva lo que simplificaría el trámite probatorio pudiendo resultar más útil frente a otras técnicas como los principios de razonabilidad y proporcionalidad que llevan consigo cierta indeterminación⁷⁵⁷. En el mismo sentido lo ha expresado Castillo quien señala que es perfectamente posible que exista una utilización deficiente de una potestad alcanzándose fines no amparados por ella sin que de por medio se encuentre una intencionalidad arbitraria, siendo esta concepción más ventajosa en relación a la prueba de la misma, caso en el cual incluiría también al fraude ley⁷⁵⁸. No obstante, para Chinchilla es este elemento subjetivo el que determina y distingue a la desviación de poder señalándose que en caso de no encontrarse presente, ya no se hablaría de desviación de poder como técnica de control sino que estaríamos frente a un control de los hechos determinantes⁷⁵⁹.

Como puede observarse, la prueba de la desviación de poder es y ha sido uno de los elementos más complejos en la aplicación de esta técnica de control y uno de los puntos que mayor discusión ha generado por parte de la doctrina la que la ha calificado como una técnica de control poco segura y objetivable e incluso hasta arbitraria desde el punto de vista judicial encontrándose aquí la razón de su escasa utilización por el juez a la hora de controlar potestades discrecionales y de preferir otras técnicas de control por sobre esta⁷⁶⁰.

Sin embargo, la doctrina reconoce que en el último tiempo se ha observado un refloreamiento de la desviación de poder lo que se debe principalmente a una modulación en el rigor de la prueba exigida por los tribunales⁷⁶¹. Con respecto a sus características es posible señalar lo siguiente:

⁷⁵⁷ DESDENTADO DAROCA, E., "*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*", op. cit., p. 219.

⁷⁵⁸ CASTILLO BLANCO, F., "*La interpretación y aplicación del Ordenamiento...*", op. cit., pp. 248-249, 253.

⁷⁵⁹ CHINCHILLA MARÍN, C., "*La desviación de poder...*", op. cit., pp. 118-120

⁷⁶⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J., "*Muerte y transfiguración de la desviación de poder...*", op. cit., pp. 202-203.

⁷⁶¹ MUÑOZ MACHADO, S., "*Tratado de Derecho Administrativo...*", op. cit., p. 904.

- Objeto: Siguiendo a Chinchilla, la prueba en este sentido tendría un carácter negativo pues lo que debe probarse es que la actuación de la Administración no se dirigía a cumplir con el fin perseguido por el Ordenamiento jurídico siendo su intención el alejarse del mismo sin que exista necesidad de ahondar en el contenido de la verdadera finalidad⁷⁶².

- La prueba de la desviación de poder no es plena y ello obedece al carácter complejo de la misma pues se trata de probar un aspecto intencional y abstracto de quien ejerce la potestad administrativa, de una personal motivación distinta de la querida por la norma⁷⁶³. Luego de su establecimiento en la LJCA de 1956, el Tribunal Supremo había exigido que la prueba de la desviación de poder fuera plena no obstante, a principios de los años ochenta el tema se discute desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva en virtud de lo cual se concluye que no puede exigirse una plena prueba bastando con que esta sea suficiente⁷⁶⁴.

De forma congruente con este razonamiento la jurisprudencia desde dicha década y hasta el día de hoy, ha venido calificando de grave la dificultad de la prueba directa de los hechos en la desviación de poder señalando que es perfectamente viable acudir a las presunciones de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1249 y 1253 del Código Civil que permitan concluir la persecución de un fin no previsto en la norma⁷⁶⁵ exigiendo también que la prueba que se presente “lleve al Tribunal a la convicción de que se han ejercitado potestades administrativas para finalidades diferentes de las marcadas por el ordenamiento jurídico, como señala el artículo 70.2 de la LJCA”⁷⁶⁶. En el mismo sentido se ha manifestado la doctrina la que considera que la prueba indiciaria resulta suficiente.

⁷⁶² CHINCHILLA MARÍN, C., “*La desviación de poder...*”, op. cit., pp. 125, 196.

⁷⁶³ CHINCHILLA MARÍN, C., “*La desviación de poder...*”, op. cit., pp. 196-197.

⁷⁶⁴ CHINCHILLA MARÍN, C., “*La desviación de poder...*”, op. cit., pp. 210-211.

⁷⁶⁵ STS de 5 de febrero, fundamento 4to, letra e), Roj 589/2015.

⁷⁶⁶ STS de 26 de marzo de 2015, Roj 1354/2015.

-Carga de la prueba. La carga de la prueba en la desviación de poder se ha flexibilizado reconociendo el Tribunal Supremo en su jurisprudencia la dificultad que emana de la prueba de los hechos y aspectos que constituyen este vicio al considerar que “hay hechos fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, son de difícil acreditamiento para la otra” aceptando, en virtud del principio de buena fe procesal, un criterio de facilidad de la prueba⁷⁶⁷. La flexibilización que existe tanto en relación a la calidad de la prueba exigida así como a la carga de la misma han sido indicados por la doctrina como dos elementos trascendentes en el resurgimiento de la desviación de poder como técnica de control⁷⁶⁸.

Este resurgimiento de la técnica de la desviación de poder ha planteado algunas dudas en relación con los efectos que la utilización de esta técnica produce. En este sentido el art. 63.1 LPAC señala que la desviación de poder es una causa de anulabilidad. Si bien la jurisprudencia reconoce que respecto del ejercicio de potestades regladas es posible que exista desviación de poder, vale preguntarse si es necesario que se declare la anulación del acto en cuestión, sobre todo porque al ser una potestad reglada la medida o decisión adoptada se encuentra previamente determinada por la norma siendo el resultado en uno u otro caso el mismo. Respecto del ejercicio de potestades discrecionales la anulación del acto impugnado cobra mayor sentido, sin embargo, se ha dejado de manifiesto recientemente por la doctrina de los efectos poco prácticos y desproporcionados que esto produce en materia urbanística, especialmente respecto de la anulación de los planes como ha señalado Santamaría Pastor. El autor señala que la anulación total de un plan por motivo de desviación de poder en la práctica constituye un atentado contra la seguridad jurídica tanto para la Administración como para los administrados⁷⁶⁹, pues al operar la nulidad de pleno derecho por la naturaleza reglamentaria del plan, este se ve viciado en su

⁷⁶⁷ STS de 5 de febrero, fundamento 4to, letra f), Roj 589/2015.

⁷⁶⁸ DESDENTADO DAROCA, E., “Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...”, op. cit., pp. 217-218.

⁷⁶⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J., “Muerte y transfiguración de la desviación de poder...”, op. cit., p. 210.

totalidad sin que el tribunal permita la convalidación de los vicios específicos que pudiesen afectar a una parte del mismo⁷⁷⁰.

Como puede observarse, la desviación de poder en el Derecho español ha tenido un importante reconocimiento y desarrollo tanto en la legislación vigente como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aún cuando en la práctica su determinación y aplicación no se encuentra exenta de dificultades, su presencia como técnica de control judicial de la discrecionalidad fortalece el vínculo que la Administración y sus potestades deben tener con la función constitucional de concreción del interés general que se le ha encomendado convirtiéndose así en una guía de conducta de la actuación administrativa.

3.3. Los principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho son de acuerdo a lo que ha señalado el Tribunal Supremo “esencia del ordenamiento jurídico, son la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas, lo que explica que tales principios «informen» las normas - artículo 1º4 del Título Preliminar del Código Civil - y que la Administración esté sometida no sólo a la Ley sino también al Derecho - artículo 103.1 de la Constitución”⁷⁷¹.

Estos constituyen un importante límite de la discrecionalidad administrativa en toda su dimensión pues como ya hemos expuesto, deben ser observados tanto por el legislador a la hora de configurar potestades de carácter discrecional así como por la autoridad a quien le corresponde el ejercicio de las mismas al momento de adoptar finalmente la decisión o medida a aplicar a una situación determinada. En este último caso el respeto de estas directrices constituye una obligación constitucional de parte de la Administración en virtud del art. 103.1

⁷⁷⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J., “*Muerte y transfiguración de la desviación de poder...*”, op. cit., pp. 212 y ss. En este sentido el autor señala que el argumento judicial que se invoca es débil pues el tribunal no permite que se convalide la parte específica del plan que causa la anulabilidad realizando una interpretación a contrario sensu del art. 67 contradiciendo además lo establecido por el art. 66 de la ley 30/1992.

⁷⁷¹ STS 16 de mayo de 1990, Roj 12013/1990.

C.E. No obstante, los principios generales del Derecho se establecen también como un límite de la discrecionalidad administrativa en sede judicial pues al ser parte del Derecho y del Ordenamiento jurídico se estructuran como un importante instrumento de control a utilizar por el juez al ponderar y enjuiciar jurídicamente si una decisión discrecional es conforme a Derecho, siendo el error de Derecho la consecuencia de la infracción de los mismos⁷⁷².

La utilización de los principios generales en esta materia reporta una serie de ventajas en la labor del juez que encuentra su justificación en el rol que cumplen dichos principios en el sistema jurídico. Estos, al ser parámetros o directrices fijos que representan los valores jurídicos de una sociedad, constituyen patrones o guías que trascienden más allá del sentido que pueda adoptar la legislación vigente lo que permite modular el rigor derivado de una aplicación estricta de las normas⁷⁷³. De esta forma su objetivo como técnica de control sería “penetrar en una decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general”⁷⁷⁴, lo que facilitaría el control de las decisiones administrativas y la conformidad de estas con el Ordenamiento jurídico.

En relación con la discrecionalidad administrativa y tal como ha ocurrido con la técnica de la desviación de poder y el control de los hechos, la aplicación de los principios generales del Derecho se consolida en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés con el arrêt Canal de 19 de octubre de 1962⁷⁷⁵ asunto en el que se declara ilegal el ejercicio de determinadas potestades que habían sido otorgadas por el pueblo francés al Presidente de la República en virtud de un referéndum y en el que se afirma que el respeto de los principios generales del Derecho era una obligación que también recaía sobre dicha autoridad⁷⁷⁶.

⁷⁷² SÁNCHEZ MORÓN, M., “Discrecionalidad administrativa y control judicial...”, op. cit., pp. 138-139.

⁷⁷³ MOZO SEOANE, A., “La discrecionalidad de la Administración Pública en España...”, op. cit., 542.

⁷⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Curso de Derecho...”, op. cit., p. 520.

⁷⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Democracia, jueces y control de la Administración...”, op. cit., pp. 146-147.

⁷⁷⁶ LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVÉ, P., y GENEVOIS, B., “Les grands arrêts...”, op. cit., p. 564 y ss.

En el ámbito nacional, esta técnica de control no tardó en ser aplicada como un instrumento reductor de la acción de las potestades discrecionales, sobre todo en materia urbanística⁷⁷⁷, reconociéndosele no sólo un carácter complementario a las demás técnicas ya incorporadas en la jurisprudencia administrativa sino que uno “supremo”⁷⁷⁸, calificativo que se consolidaría con la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 en virtud de la cual estos principios se constitucionalizan pues son reconocidos de forma expresa por el texto fundamental adquiriendo un valor sustancial para el Ordenamiento jurídico español⁷⁷⁹.

No obstante lo anterior, Sánchez Morón advierte que los principios generales del Derecho en esta materia se encuentran sobrevalorados⁷⁸⁰ siendo una característica propia de los mismos el carácter abstracto o indefinido que impiden que puedan ser tenidos en cuenta por el juez de forma absoluta y exclusiva a la hora de controlar la discrecionalidad o bien como una herramienta de aplicación directa o inmediata⁷⁸¹ pues la aplicación de los mismos generalmente se realiza para complementar la interpretación judicial a la que pueda arribar el juez luego de aplicar todos los elementos que proporciona el Derecho. En este sentido la doctrina ha señalado que la utilización de estas directrices debe ser realizada de forma moderada y con prudencia en virtud de la abstracción que los caracteriza. Sin embargo, también se distinguen, en función de esta misma característica, aquellos principios que son indefinidos en su concepto de aquellos que no lo son tanto siendo un ejemplo de estos últimos para García de Enterría, los derivados de decisiones políticas fundamentales y sobre todo el principio de igualdad⁷⁸². Desde la vereda de aquellos que por definición son identificados como abstractos y respecto de los cuales la doctrina señala que se deben emplear con cautela, se encuentran los más utilizados por la jurisprudencia destacando los principios de

⁷⁷⁷ DELGADO BARRIO, J., “El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico...”, op. cit., p. 90 y ss.

⁷⁷⁸ MOZO SEOANE, A., “La discrecionalidad de la Administración Pública en España...”, op. cit., 518.

⁷⁷⁹ MUÑOZ MACHADO, S., “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho...”, op. cit., p. 910.

⁷⁸⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Discrecionalidad administrativa y control judicial...”, op. cit., p. 22.

⁷⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Democracia, jueces y control de la Administración...”, op. cit., p. 150.

⁷⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del poder...”, op. cit., pp. 178-179.

razonabilidad o racionalidad, de proporcionalidad y el de la interdicción de la arbitrariedad.

a) El principio de interdicción de la arbitrariedad

Como hemos tenido oportunidad de señalar en páginas anteriores, la arbitrariedad se encuentra prohibida en el Derecho español en el art. 9.3 C.E. precepto que recoge este principio como un pilar fundamental de su Estado de Derecho. Por otra parte, la arbitrariedad constituye la faceta opuesta de la discrecionalidad reconociéndose como diferencia principal entre ambas la concurrencia de motivos o fundamentos que justifiquen y sirvan de base a un acto administrativo en virtud de la cual se concreta una medida siendo el objetivo de su exigencia evitar que las decisiones de la autoridad puedan ser precisamente el producto de una actitud caprichosa y abusiva. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo al decir que “si estamos en el ámbito de la discrecionalidad, no cabe arbitrariedad en su ejercicio y es imprescindible una motivación suficiente... suficiencia que deben controlar los tribunales de este orden jurisdiccional...del mismo modo que ha de examinar si el ejercicio de la discrecionalidad que la Ley ha concedido al Tribunal de Cuentas ha tenido lugar sin arbitrariedad”⁷⁸³ y específicamente en relación al principio de interdicción de la arbitrariedad que este “aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad para convertirla en fuente de decisiones huérfanas de la debida justificación”⁷⁸⁴.

De esta forma este principio en cuestión se establece como un importante límite de las potestades discrecionales pero no se agota sólo en esta faceta pues la interdicción de la arbitrariedad también se erige como un sustancial aliado del juez a la hora de descartar o constatar la presencia de la arbitrariedad en un acto o decisión administrativa manifestándose como tal incluso en la jurisprudencia

⁷⁸³ STS de 4 de febrero de 2016, Roj 386/2016.

⁷⁸⁴ STS de 17 de julio de 2015, Roj 3599/2015.

anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1978 y de su establecimiento en la Carta fundamental⁷⁸⁵.

El principio de interdicción de la arbitrariedad como técnica de control de la discrecionalidad administrativa y en relación con el nivel de abstracción que le caracteriza, se ve concretado a su vez por medio de otros principios o técnicas que lo dotan de sustancia⁷⁸⁶ y ha sido desarrollado en la jurisprudencia con el fin de definir su ámbito de actuación aceptándose de forma congruente con la doctrina que una decisión administrativa es arbitraria cuando esta es fruto de una decisión antojadiza o de una voluntad particular del titular de las potestades en cuestión o hay ausencia de motivos que la fundamenten siendo estos dos pilares los que definen a su vez a la arbitrariedad⁷⁸⁷. En este sentido, el Tribunal Supremo ha ido aumentando las exigencias de este último requisito señalando que una decisión es arbitraria aún cuando la Administración alega razones pero estas no resultan adecuadas para justificar la decisión adoptada, no deteniéndose el control judicial en el aspecto meramente formal de la exigencia de motivación⁷⁸⁸. En otros casos aparece complementando estos aspectos de la arbitrariedad con otros principios destacando el de racionalidad y razonabilidad al señalar como ya expusimos, que el principio de interdicción de la arbitrariedad apunta a no rebasar los límites racionales de la discrecionalidad y por otros, que la revisión jurisdiccional debe valorar si la decisión adoptada guarda coherencia lógica con la realidad pues en caso de existir incongruencia o discordancia de la decisión elegida con aquella, tal decisión infringirá no sólo el Ordenamiento jurídico sino que también el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos⁷⁸⁹. Además, en un pronunciamiento ya expuesto, se señala que la exigencia de obtener una resolución fundada es una garantía frente a la arbitrariedad y también frente a la irrazonabilidad de los poderes públicos

⁷⁸⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“Curso de Derecho...”*, op. cit., p. 522.

⁷⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *“Democracia, jueces y control de la Administración...”*, op. cit., p. 149.

⁷⁸⁷ MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho Administrativo...”*, op. cit., pp. 911, 915.

⁷⁸⁸ SSTs de 24 de junio de 2015, Roj 2918/2015, de 5 de junio de 2015, Roj 2487/2015.

⁷⁸⁹ SSTs de 20 De noviembre de 2013, Roj 13/2013; 19 de junio de 2015, Roj 2725/2015.

quedando equiparados ambos términos⁷⁹⁰. En materia de potestad discrecional de planificación se ha señalado que el principio de interdicción de la arbitrariedad constituye una de las normas de control que más destaca el cual se ha manifestado a través de dos controles evolutivos distintos, el primero como una decisión irrazonable centrándose el enfoque en la decisión final y el segundo como una ausencia de motivación poniéndose el énfasis en el procedimiento de elaboración de la actuación final. A estos dos criterios de control se agregaría recientemente un tercero y que se encontraría constituido por el criterio de la ponderación⁷⁹¹.

Finalmente también es posible encontrar pronunciamientos constitucionales en donde el principio de interdicción de la arbitrariedad es invocado junto con el de proporcionalidad⁷⁹² y junto al principio de igualdad⁷⁹³.

b) Los principios de racionalidad y razonabilidad

Al tratar en páginas anteriores los límites de las potestades discrecionales señalamos que estas se encuentran limitadas por el principio de racionalidad y por el de razonabilidad lo que se traduce a que las decisiones que se adopten deben ser racionales, es decir, producto de un razonamiento de coherencia o lógica y también razonables. Este último requisito no ha estado exento de observaciones pues la razonabilidad no parece ser un concepto de fácil definición o descripción ya que el principio de razonabilidad es considerado como parte de aquellos principios que gozan de una abstracción tal, que si bien permite ser

⁷⁹⁰ STS de 15 de abril de 2015, Roj 1510/2015.

⁷⁹¹ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J., *"Normas de conducta y normas de control..."*, op. cit., p. 31 y ss. El autor señala que es posible encontrar pronunciamientos más recientes que utilizan una terminología que reflejan la utilización del criterio de la ponderación el cual consiste en verificar que la Administración haya identificado adecuadamente los intereses (principios, valores, etc.) en conflicto, para lo que antes, ha de haber fijado todos los datos relevantes; que haya atribuido a dichos intereses el peso que les corresponde en atención a lo exigido por las circunstancias del caso; y que se hayan adoptado decisiones de prevalencia convincentes, op. cit., pp. 38 y ss. Esta tarea debía haberla hecho la Administración a juicio del autor, al momento de integrar el supuesto de hecho, lo cual caracterizaría a la discrecionalidad planificadora de otro tipo de discrecionalidad (La que tiene lugar tratándose de conceptos jurídicos indeterminados o la que concede discrecionalidad en la determinación de la consecuencia jurídica de la norma).

⁷⁹² STC de 26 de marzo de 1987, n° 37/1987.

⁷⁹³ STS de 24 de junio de 2015, Roj 2918/2015.

utilizado como un parámetro de control de las decisiones discrecionales para afirmar su irrazonabilidad, no proporcionan según lo ha advertido la doctrina, reglas o pautas fijas que puedan conducir a dicha conclusión en cada caso sometido a revisión judicial. De esta forma la existencia de eventuales apreciaciones subjetivas del juez⁷⁹⁴, la inseguridad jurídica así como el arribo a decisiones razonables pero en contradicción con el Derecho son riesgos a través de los cuales se concreta la desconfianza en la aplicación exclusiva de estos principios como lo destaca Desdentado⁷⁹⁵ aconsejando la utilización subsidiaria o complementaria de la misma.

En este sentido, ha sido la propia doctrina y también la jurisprudencia las que han ido definiendo algunas pautas o parámetros para perfilar estos principios en su aplicación jurisprudencial. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que la razonabilidad lleva a considerar además de la racionalidad de las normas, los valores contenidos en ellas y los de carácter constitucional⁷⁹⁶ y la ha asociado al principio de igualdad⁷⁹⁷ y al de interdicción de la arbitrariedad⁷⁹⁸. Por otra parte, también aparece como un instrumento idóneo para complementar el control judicial por medio de las demás técnicas de control que lleva a cabo el juez administrativo⁷⁹⁹ exigiéndose por el Tribunal Supremo la conformidad del actuar administrativo a estos principios en su jurisprudencia⁸⁰⁰.

Sin perjuicio de todo lo anterior, la doctrina ha tenido un importante rol en la concreción de estos principios como instrumentos de control de la discrecionalidad administrativa al desarrollar ciertos criterios guías, entre los que destacan algunos elementos importados desde el Derecho comparado y

⁷⁹⁴ ALONSO MAS, M., "*La solución justa en las resoluciones administrativas...*", op. cit., pp. 414-415. La autora se manifiesta en un sentido distinto al señalar que la razonabilidad como principio tiene un carácter objetivo y que su remisión es a las convicciones existentes en la sociedad y no tanto a las del juez y que por ello este principio le otorgaría al Derecho la capacidad de adaptarse a los diversos cambios que experimenta la sociedad.

⁷⁹⁵ DESDENTADO DAROCA, E., "*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*", op. cit., pp. 237-240.

⁷⁹⁶ STC de 28 de marzo 55/1996.

⁷⁹⁷ STC de 14 de noviembre 215/1991.

⁷⁹⁸ STC de 8 de julio, 120/1996; STS de 19 de junio de 2012, Roj 4246/2012.

⁷⁹⁹ MUÑOZ MACHADO, S., "*Tratado de Derecho Administrativo...*", op. cit., p. 916.

⁸⁰⁰ SSTs de 10 de mayo de 2000, Roj 3852/2000; 28 de octubre de 2009, Roj 7925/2009; 26 de abril de 2012, Roj 2853/2012.

específicamente de la práctica inglesa⁸⁰¹. Este aporte se traduce en que hoy se acepta y se utiliza en el Derecho español el denominado test de racionalidad o razonabilidad que ha recogido la jurisprudencia administrativa⁸⁰². Siguiendo en este punto a García de Enterría y Fernández Rodríguez, el referido doble test consiste en verificar el cumplimiento de los siguientes elementos por parte de los titulares de potestades discrecionales en la toma de decisiones administrativas y que posteriormente podrán ser controlados por el juez:

- Si se ha respetado o falseado la realidad de los hechos pues la discrecionalidad no alcanza la discrecionalidad.
- Si se ha tomado o no en consideración por la Administración algún factor jurídicamente relevante o se ha introducido por ella en el procedimiento de elaboración de la decisión algún otro factor que no lo sea.
- Si se ha tenido en cuenta o se ha obviado el mayor peso o mayor valor que, eventualmente otorgue el Ordenamiento jurídico a algunos de esos factores.
- Si, en caso de tener todos los factores de obligada consideración el mismo valor jurídico, se ha razonado o no la concreta opción a favor de uno de ellos o el razonamiento aportado adolece de errores lógicos o en fin, resulta inconsistente con la realidad de los hechos⁸⁰³.

Concluido este primer examen con un resultado desfavorable para la Administración, la decisión sometida a control judicial podrá ser anulada por el juez. En caso contrario, de resultar la medida adoptada racional el tribunal deberá ratificar la decisión a la que ha arribado la Administración sin que pueda reemplazarla por otra aún cuando le parezca que sus razones son jurídicamente más idóneas pues la Administración, en virtud del rol que se le ha asignado por el Constituyente, puede haber hecho uso de motivos de índole extrajurídico que resulta obligatorio respetar por parte del juzgador. En este sentido, la única

⁸⁰¹ DESDENTADO DAROCA, E., "*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*", op. cit., p. 222.

⁸⁰² SSTs de 10 de mayo de 2000, Roj 3852/2000; 19 de septiembre de 2011, Roj 6318/ 2011; 5 de julio de 2010, Roj 3576/2010.

⁸⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., "*Curso de Derecho...*", op. cit., p. 526.

excepción permitida viene dada por el examen de razonabilidad que el juez puede realizar respecto de la decisión y que tendrá lugar como señalan los autores, en el caso de ser esta incoherente, es decir, que la medida carezca de aptitud objetiva para satisfacer el fin llamada a cumplir o desproporcionada “a ojos de cualquier persona sensata”⁸⁰⁴.

c) El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad cuyo origen se encuentra en el Derecho penal antiguo⁸⁰⁵ ha sido utilizado por la jurisprudencia administrativa como mecanismo de ponderación de decisiones o medidas adoptadas por la autoridad a partir del siglo XIX destacando principalmente en el Derecho de policía así como en la actividad desarrollada por los entes locales⁸⁰⁶. En la actualidad el principio de proporcionalidad es también utilizado por el juez para controlar judicialmente las potestades discrecionales de la Administración encontrándose estrechamente relacionado con otros principios generales del Derecho pues este principio se caracteriza por un alto grado de indeterminación o abstracción⁸⁰⁷ lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de proporcionalidad “no constituye un canon cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales” y el mismo “opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales”⁸⁰⁸. En este sentido, el principio de proporcionalidad no estaría destinado a reemplazar las tradicionales técnicas de control que comúnmente utiliza el juez sino que más bien la utilización de este principio sirve como un mecanismo de refuerzo de dichas técnicas⁸⁰⁹.

⁸⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 527.

⁸⁰⁵ LÓPEZ GONZÁLEZ, J., “*El principio general de proporcionalidad...*”, op. cit., pp. 15-16, 28.

⁸⁰⁶ LÓPEZ GONZÁLEZ, J., “*El principio general de proporcionalidad...*”, op. cit., p. 28.

⁸⁰⁷ DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., pp. 249-250.

⁸⁰⁸ STC de 28 de marzo n° 55/1996.

⁸⁰⁹ LÓPEZ GONZÁLEZ, J., “*El principio general de proporcionalidad...*”, op. cit., p. 126.

El principio de proporcionalidad ha tenido un importante impulso en el último tiempo por su aplicación en el Derecho comunitario y por la expansión del denominado test alemán de proporcionalidad que ha sido recepcionado por el Tribunal Constitucional español y que comprende tres aspectos que lo concretan y que como señalamos anteriormente se traducen en que la medida debe ser idónea, es decir, apta para lograr el fin que se quiere alcanzar; necesaria, lo que significa que no exista otra medida que se pueda adoptar para alcanzar dicho objetivo y que sea más eficaz y menos restrictiva; y proporcionada en sentido estricto lo que exige que el órgano administrativo haya ponderado previamente todos los intereses que se encuentren en discusión antes de adoptar una medida⁸¹⁰. Este último aspecto se identifica con la técnica desarrollada por el Consejo de Estado francés que se denomina “Bilan- coût- avantages” cuyo origen se encuentra en el arrêt Ville Nouvelle-Est de mayo de 1971⁸¹¹ asunto en el que se discutía las ventajas e inconvenientes de la decisión de la Administración de proceder a la expropiación y posterior construcción de una serie de obras públicas⁸¹².

Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸¹³ recuerda que una decisión que respeta el principio de proporcionalidad significa que responde a una necesidad real, que es apta para alcanzar el objetivo perseguido y necesaria a tal efecto⁸¹⁴.

En el ámbito nacional el principio de proporcionalidad constituye una útil herramienta utilizada por los tribunales para controlar las decisiones de la Administración la que se manifiesta principalmente en materia de potestad sancionadora pero no se reduce a este ámbito. Por ejemplo, el Tribunal Supremo respecto al ámbito económico sectorial de la actividad administrativa, ha

⁸¹⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia...*, op. cit., pp. 53 y ss.

⁸¹¹ LÓPEZ GONZÁLEZ, J., *“El principio general de proporcionalidad...”*, op. cit., p. 34. También aparecen como casos destacados en que se aplica esta técnica de control: arrêt Societe civile Sainte Marie de l’assomption de 20 de octubre de 1972, Rec. 657; arrêt Ville de Limoges de 16 de julio de 1973, Rec. 530; arrêt Grassin de 26 de octubre de 1973, Rec. 598.

⁸¹² LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVÉ, P., y GENEVOIS, B., *“Les grands arrêts...”*, op. cit., p. 606 y ss. En el Derecho norteamericano la técnica se conoce como “balancing”, LÓPEZ GONZÁLEZ, J., *“El principio general de proporcionalidad...”*, op. cit., p. 46.

⁸¹³ STJUE C 81/14 de 10 de septiembre de 2015.

⁸¹⁴ STJUE C 177/2014 de 20 de mayo de 2015.

señalado que “se encuentran afectados o comprometidos, con mayor o menor intensidad, derechos fundamentales y ello no determina que hayan de ser los jueces quienes deban adoptar directamente las medidas para el restablecimiento de la legalidad, sino que puede ser un órgano administrativo... que actúa conforme a los principios de objetividad y proporcionalidad”⁸¹⁵.

Una interesante sentencia es la de 16 de mayo de 1990 que señala que el principio de proporcionalidad opera con carácter ordinario en aquellos casos en los que el Ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables, es decir, como control de la discrecionalidad; y con carácter excepcional en su faceta de adecuación del medio al fin en conexión con los principios de buena fe y equidad, en “los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado”.

Otros pronunciamientos del Tribunal Supremo contienen razonamientos que descansan en ponderar la idoneidad de la medida para el fin previsto por la norma jurídica especialmente en materia de potestad disciplinaria⁸¹⁶. En otros casos el Tribunal aplica el principio de proporcionalidad en su faceta de necesidad y así ha señalado en materia urbanística que “el principio de proporcionalidad... obliga a la solución menos restrictiva, sin que el planeamiento pueda imponer la prohibición absoluta de edificación”⁸¹⁷.

El Tribunal Supremo también ha utilizado el principio de proporcionalidad con el objeto de ponderar los distintos intereses y valores del caso concreto y así, aplicando también la técnica del control de los hechos determinantes ha señalado en un caso de derecho de huelga de personal sanitario que “la Administración... no ha aportado los elementos de hecho que son inexcusables para poder ponderar si las necesidades a cuya atención van dirigidos los servicios mínimos aquí impugnados guardan una debida proporcionalidad en relación con el sacrificio

⁸¹⁵ STS de 31 de mayo de 2013, Roj 3160/2013.

⁸¹⁶ STS de 22 de junio de 2015, Roj 3043/2015.

⁸¹⁷ SSTS de 15 de julio 2015, Roj 3416/2015.

total del derecho de huelga que se impone a los trabajadores que han de permanecer activos en los servicios médicos⁸¹⁸.

Como puede observarse, el principio de proporcionalidad es un principio transversal que rige toda la actividad administrativa y de esta misma manera un importante parámetro y criterio de control que le permite al juez de forma objetiva, controlar las potestades administrativas alcanzando sin lugar a dudas las de tipo discrecional.

4. Los límites del control judicial

La discrecionalidad administrativa ha dado lugar en el Derecho español a diversos debates que surgen en relación con los distintos ámbitos que se encuentran de alguna manera vinculados a este fenómeno como hemos señalado a lo largo de estas páginas. Sin embargo, ninguno ha despertado tanto entusiasmo como el tema de los límites de la potestad jurisdiccional frente a la Administración y la sustitución del juez en las decisiones administrativas sometidas a control. La discusión en torno a esta materia se consolidó en la década de los noventa estando representada principalmente por Tomás Ramón Fernández por un lado y por Parejo Alfonso y Sánchez Morón por otro, así como por pronunciamientos judiciales que fallaban en uno y otro sentido despertando suspicacia aquellos que habían extendido sus facultades jurisdiccionales de anulación a la sustitución de las medidas adoptadas previamente por un órgano administrativo, destacando el área de urbanismo como escenario en que se apreció con claridad esta situación⁸¹⁹.

El problema que se vislumbraba a raíz de esta situación, tenía como base en la doctrina el postulado constitucional de la Carta de 1978 y que estipulaba el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa al control de los tribunales contenciosos administrativos en virtud del trinomio del art. 106.1, art.

⁸¹⁸ SSTs de 28 de mayo 2015, Roj 2375/2015; 8 de octubre de 2004, Roj 6339/2004.

⁸¹⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *"Discrecionalidad administrativa y control judicial..."*, op. cit., pp. 124-125.

103.1 y art. 24.1. C.E. Sobre este denominador común⁸²⁰, el debate abría paso al planteamiento de diversas interrogantes como ¿hasta dónde puede extenderse el control judicial? ¿Cuál es el grado de intensidad en que dicho control jurisdiccional debe ser desplegado? intentando las respuestas de la doctrina contestar a estas preguntas y a si era posible o no que el juez contencioso administrativo pudiera sustituir a la Administración en la toma de decisiones que habían sido producto de potestades discrecionales. En definitiva, se intentaba determinar en el Derecho español cuáles eran los límites a los que debía someterse el juez en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales siendo a primeras luces la imprecisión y ausencia de estos la causa de los casos de excesos de jurisdicción⁸²¹, situación que ponía en riesgo el clásico equilibrio de los poderes públicos imperante en un Estado democrático como el español.

Como señalamos, las posiciones jurídicas adoptadas en torno a esta problemática se polarizaron en dos sectores de la doctrina siendo Parejo Alfonso y Sánchez Morón, entre otros autores que se alinearon con estos últimos, férreos detractores de la sustitución judicial. Los argumentos que surgieron para sostener su postura eran de diversa índole jurídica, apuntando en primer lugar al carácter que debía tener el control llevado a cabo por el juez contencioso administrativo. Este control, resaltaban, era exclusivamente de legalidad no pudiendo abarcar otros espectros como el de oportunidad⁸²² y sin que con ello se produjese una merma o lesión al derecho a la tutela judicial efectiva pues esta se concretaba en dichos términos y su efectividad no implicaba extenderse más allá de las facultades de supervisión o de control que se le han entregado al juez⁸²³ las

⁸²⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa...", op. cit., p. 14

⁸²¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., "Discrecionalidad administrativa y control judicial...", op. cit., p. 24.

⁸²² Respecto a este punto cabe señalar que algunos autores han expresado que la distinción entre conveniencia, oportunidad y legalidad se encuentra superada, pues una actuación administrativa es legal o no lo es sin que este criterio esté en oposición con otros aspectos extrajurídicos tenidos en consideración al momento de adoptar una decisión discrecional por parte de la Administración, SÁNCHEZ MORÓN, M., "Discrecionalidad administrativa y control judicial", op. cit., pp. 114-115, En este mismo sentido BELTRÁN DE FELIPE, M., "Discrecionalidad administrativa y Constitución...", op. cit., pp. 23-24.

⁸²³ PAREJO ALFONSO, L., "Administrar y juzgar: "Dos funciones constitucionales distintas...", op. cit., p. 126; SÁNCHEZ MORÓN, M., "Discrecionalidad administrativa y control judicial...", op. cit., pp. 155-157; DELGADO BARRIO, J., "El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico...", op. cit., p. 88.

que se extienden a los aspectos reglados específicos, al control de los hechos y al error de derecho⁸²⁴; en segundo lugar, los autores invocaban como punto clave en su razonamiento, el principio de división de poderes y la dimensión competencial o funcional que este representa por lo que el mismo sólo adquiere sentido si cada órgano tiene asignado un ámbito competencial delimitado a su vez negativamente por el del otro como sería el caso de la función administrativa y judicial⁸²⁵ no pudiendo el juez invadir el ámbito de la competencia de la Administración sin quebrantar el equilibrio y distribución que plantea el principio en cuestión⁸²⁶.

Relacionado con el argumento anterior, una de las premisas comúnmente defendidas fue el respaldo o legitimación que tendría la Administración para el ejercicio de sus funciones el que tendría un doble carácter pues por un lado es de rango constitucional, ya que en virtud del principio de reserva de ley así como los espacios que ha ido generando la retirada del principio de legalidad, se han validado diversas actuaciones administrativas respaldadas por la configuración constitucional al ser la Carta Fundamental la que ha reconocido y entregado a la Administración determinadas funciones y no al juez, el que debe ceñirse a lo estipulado por el art. 117 C.E.⁸²⁷. Por otra parte, esta legitimación también sería de tipo democrático pues de manera indirecta los órganos administrativos representan la voluntad del pueblo quien entrega su representación a los órganos de gobierno, encargados de dirigir a la Administración⁸²⁸ de forma que la sustitución del juez de las decisiones administrativas implicaría no respetar la posición que se la entregado a la Administración. Al respecto, Beltrán de Felipe sostenía que el art. 103.1 C.E. otorga una posición constitucional a la Administración la cual se extendería a la propia discrecionalidad lo que

⁸²⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., *"Discrecionalidad administrativa y control judicial..."*, op. cit., p. 159.

⁸²⁵ PAREJO ALFONSO, L., *"Administrar y juzgar: "Dos funciones constitucionales distintas..."*, op. cit., p. 48 y ss.

⁸²⁶ PAREJO ALFONSO, L., *"Administrar y juzgar: "Dos funciones constitucionales distintas..."*, op. cit., p. 126.

⁸²⁷ PAREJO ALFONSO, L., *"Administrar y juzgar: "Dos funciones constitucionales distintas..."*, op. cit., pp. 66 y ss.; BACIGALUPO SAGESSE, M., *"La discrecionalidad administrativa..."*, op. cit., pp. 41-42; MUÑOZ MACHADO, S., *"Tratado de Derecho Administrativo..."*, op. cit., p. 882.

⁸²⁸ PAREJO ALFONSO, L., *"Administrar y juzgar: "Dos funciones constitucionales distintas..."*, op. cit., p. 103. En este sentido SÁNCHEZ MORÓN, M., *"Discrecionalidad administrativa y control judicial..."*, op. cit., p. 15; BACIGALUPO SAGESSE, M., *"La discrecionalidad administrativa..."*, op. cit., pp. 95-96.

configuraría un ámbito de protección para efectos de su control judicial que los tribunales no pueden traspasar constitucionalizándose la no sustitución judicial⁸²⁹; finalmente, también se señaló que la sustitución judicial de las decisiones discrecionales adoptadas por un titular de la Administración no es posible pues la discrecionalidad significa en sí misma un proceso de creación de regla jurídica y dicho proceso no puede reproducirse en sede judicial pues existen elementos valorativos involucrados que no pueden imitarse con exactitud⁸³⁰.

Fuera de los argumentos sostenidos por este sector de la doctrina para negar la sustitución de las decisiones discrecionales de la Administración, algunos autores como Bacigalupo y Muñoz Machado aportaron un planteamiento más amplio cuyo objetivo era poder precisar y dar una respuesta al problema de los límites del control judicial que desplegaba el juez más allá de la sustitución. Lo que ambos autores planteaban es que el control judicial se encontraba estrechamente relacionado con el grado de predeterminación legal de las normas jurídicas⁸³¹ pues estas son el parámetro al que el juez debe atenerse para desplegar el control jurídico el que será de una mejor calidad o intensidad si la norma se encuentra predeterminada de forma más completa o densa⁸³² y deficiente o más débil, si la programación normativa es más escueta e imperfecta. Tratándose de las decisiones discrecionales, Bacigalupo plantea que frente a la debilidad de las normas o en ausencia de estas, el juez no puede controlar porque sin parámetros no hay control y en caso de proceder, el juez estará sustituyendo el razonamiento hecho por la Administración⁸³³. Ahora bien, como lo desarrolla Bacigalupo, ello no significa que no se pueda llevar a cabo un control de tipo constitucional y de juridicidad (art. 103.1) pudiendo en el marco de este último utilizar los principios generales del Derecho pero sólo de forma negativa pues la naturaleza de los mismo “solo permiten excluir aquellas soluciones que

⁸²⁹ BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución...*, op. cit., pp. 181-182,186, 200.

⁸³⁰ PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: “Dos funciones constitucionales distintas...”*, op. cit., pp. 121-122; BACIGALUPO SAGESSE, M., *“La discrecionalidad administrativa...”*, op. cit., pp. 95-96.

⁸³¹ MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho Administrativo...”*, op. cit., p. 850.

⁸³² MUÑOZ MACHADO, S., *“Tratado de Derecho Administrativo y Derecho...”*, op. cit., p. 849.

⁸³³ BACIGALUPO SAGESSE, M., *“La discrecionalidad administrativa...”*, op. cit., p. 69.

desconozcan los valores jurídicos en ellos consagrados” no indicando la solución precisa a adoptar⁸³⁴. De esta forma el problema de los límites del control judicial de la discrecionalidad no pasaría por aumentar la intensidad del control por parte del juez sino que estaría absolutamente relacionado con el grado de predeterminación de las normas⁸³⁵ “siendo la independencia de la Administración frente al legislador (carencia de normas conductas) y la independencia de la Administración frente a los tribunales contenciosos administrativos (carencia de normas de control) dos caras de la misma moneda”⁸³⁶.

Sin embargo, frente a estos razonamientos jurídicos, otro importante sector de la doctrina alzaría los propios destacando García de Enterría y Tomás Ramón Fernández quienes postulaban que era posible la sustitución judicial, siendo Fernández quien desarrolló con vehemencia en sus trabajos dicha postura la cual tenía como punto de partida de su crítica, el principio de división de poderes y la particular interpretación que de este hicieron los revolucionarios franceses. En este sentido Fernández Rodríguez señalaba que en el dogma de la separación estricta de los tres grandes poderes estatales y de la prohibición para los jueces de juzgar y controlar la actividad de la Administración se habría sustentado la postura doctrinal de que los jueces no pueden sustituir a la Administración⁸³⁷ siendo este un planteamiento equivocado pues el principio básico adoptado por la Carta Fundamental española habría sido el sometimiento pleno de la actividad administrativa al control judicial el cual se encuentra a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa lo que implicaba, de acuerdo a García de Enterría, que el sometimiento debía ser pleno al juez pues sólo de esa manera el Derecho podía ser eficaz⁸³⁸. La consecuencia de ello era que no tenía sentido distinguir entre los jueces que despliegan dicha jurisdicción y aquellos que aplican el derecho común y respecto de los cuales no existen este tipo de prohibiciones, además de existir casos en los que el control contencioso es pleno y en el que el

⁸³⁴ BACIGALUPO SAGESSE, M., “*La discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., pp. 84-85.

⁸³⁵ BACIGALUPO SAGESSE, M., “*La discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., pp. 93-94.

⁸³⁶ BACIGALUPO SAGESSE, M., “*La discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., p. 84.

⁸³⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. “*Arbitrariedad y discrecionalidad...*”, op. cit., p. 21

⁸³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*Democracia, jueces y control de la Administración...*”, op. cit., pp. 127-128.

juez sustituye a la Administración como en la fijación del justiprecio en caso de expropiación, indemnización en materia de responsabilidad, o contratos o correcciones de tributos. En ese contexto, el autor señalaba que el principio fundamental a tener en cuenta y que debía ser el inicio de toda discusión al respecto era el principio de interdicción de la arbitrariedad establecido en el art. 9.3 C.E. convirtiéndose este en un pilar fundamental al establecer como principal diferencia entre la arbitrariedad y la discrecionalidad la exigencia de motivación o fundamentación y su conformidad con el principio de racionalidad⁸³⁹. Esto era lo que debía ser controlado de forma efectiva por el juez pues era un deber correlativo al derecho de tutela judicial del art. 24.1 C.E.⁸⁴⁰. El desarrollo de este planteamiento no tardó en ser criticado por el sector de la doctrina opuesto el que señalaba que con el mismo no se despejaba de ninguna manera el problema de los límites del control judicial y la sustitución del juez⁸⁴¹.

Siguiendo con la defensa de la sustitución judicial, Fernández sostenía que desde el punto de vista procesal no tenía sentido plantear la prohibición de la sustitución judicial en el proceso pues este se encuentra delimitado por los límites objetivos previamente determinados por las pretensiones que hacen valer las partes en sus respectivas demandas las que deben ser recogidas por la sentencia incluso cuando se pida reconocer una situación jurídica anterior y adoptar cuantas medidas sean necesarias para su pleno restablecimiento todo lo cual se rige por las reglas procesales que contemplan los vicios de ultra y extra petita⁸⁴².

Por otro lado, también se rebatieron algunos argumentos sostenidos por la doctrina representada por Parejo Alfonso pues se señaló que el control de legalidad que estos señalaban y que debía desplegar el juez era meramente una comprobación de los elementos reglados, de los hechos del caso e incluso de los

⁸³⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. "Arbitrariedad y discrecionalidad...", op. cit., pp. 97-103, 105

⁸⁴⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., "De la discrecionalidad de la Administración...", op. cit., p.178

⁸⁴¹ PAREJO ALFONSO, L., "Administrar y juzgar: "Dos funciones constitucionales distintas...", op. cit., pp. 31-32, 46- 47

⁸⁴² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. "Arbitrariedad y discrecionalidad...", op. cit., p. 121.

conceptos jurídicos indeterminados, siendo una verificación o una constatación “de algo que es previo a la decisión misma y ajeno a la libertad de elección entre varias soluciones posibles en que el poder discrecional consiste”⁸⁴³ y que el control propiamente tal podía llegar en la práctica tan lejos como el Derecho lo permitiera⁸⁴⁴. Por su parte, el argumento de la legitimidad democrática también fue rebatido en particular por García de Enterría quien señalaba que no era correcto traer a colación en este debate el principio democrático puesto que además de no tener el Derecho administrativo y con ello la Administración un origen democrático, cuando se acudía a este argumento se estaría apuntando al mecanismo de representación política el cual es una característica propia de las cámaras legislativas no pudiendo concluirse que los actos administrativos sean una expresión de la voluntad general pues ello sólo le corresponde a la ley⁸⁴⁵. Además, resaltaba que el hecho de que las decisiones discrecionales emanaran de un órgano de la Administración no significaba que estuvieran revestidas de verdad o que tuvieran más valor que el criterio disperso de los ciudadanos cuya libertad se expresaría en la posibilidad de acceder a la justicia para obtener la obediencia de la ley y no existiendo razón para estar obligados a respetar “las ocurrencias de los administradores”⁸⁴⁶. En este mismo sentido, de forma más reciente y en apoyo de esta opinión jurídica se ha señalado que el nuevo control de la discrecionalidad debe partir de la base de hacer justicia, de acuerdo al art. 1.1 C.E., puesto que el contencioso administrativo se trata de un proceso en el que se tutelan derechos no siendo solo un proceso en que discute la legalidad de las actuaciones como expresamente lo señala la Exposición de motivos de la LJCA de 1998, siendo para dicha tutela determinante el pleno control judicial de los actos discrecionales de la Administración pudiendo cualquier decisión discrecional ser susceptible tanto de anulación como de sustitución judicial

⁸⁴³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “De la discrecionalidad de la Administración...”, op. cit., p. 124.

⁸⁴⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “De la discrecionalidad de la Administración...”, op. cit., p. 145.

⁸⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Democracia, jueces y control de la Administración...”, op. cit., pp. 35-36, 50.

⁸⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Democracia, jueces y control de la Administración...”, op. cit., pp. 71.

cuando el tribunal considere que ese pronunciamiento es el único ajustado a Derecho⁸⁴⁷.

De esta forma y tal como lo deja de manifiesto Atienza desde el punto de vista de la filosofía del Derecho, las distintas posturas doctrinales obedecerían a una actitud distinta en relación con la concepción que se tiene del Estado de Derecho⁸⁴⁸, especialmente la forma de entender el Derecho en un estado democrático⁸⁴⁹ aspecto propio de la alta dogmática jurídica o incluso de la teoría general del Derecho.

Este debate hoy aparece superado siendo el mismo sector de la doctrina que defendía la sustitución judicial el que se encuentra de acuerdo en señalar que “se debe respetar el espacio de libertad que lleva consigo la atribución de potestades discrecionales”⁸⁵⁰ recordando que la justicia contencioso administrativa se concreta y cumple al constatarse por el juez que las decisiones adoptadas en el seno de la Administración son “racionalmente justificadas y no arbitrarias”⁸⁵¹. Este planteamiento también ha sido el adoptado por la LJCA de 1998 lo que se deduce del art. 71.2, de las reglas procesales en materia de inactividad material de la Administración y de lo señalado por la Exposición de

⁸⁴⁷ FERNÁNDEZ-ESPINAR, L., “*El control de la discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., pp. 217, 222, 236.

⁸⁴⁸ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “*Sobre el control de la discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., pp. 6-7. Para el autor la discusión tenía lugar en dos niveles distintos. Por un lado y desde un punto de vista de la dogmática jurídica estaba el problema de los límites del control judicial de la actividad discrecional de la administración y en un nivel más abstracto, se encontraba la conexión de lo anterior con las líneas de evolución del Derecho administrativo, con la distinción entre Administración y jurisdicción, con la concepción del Estado de Derecho, etc. aspectos propios de la alta dogmática o incluso de la teoría general del Derecho.

⁸⁴⁹ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “*Sobre el control de la discrecionalidad administrativa...*”, p. 15. El Estado de Derecho para el autor significa el sometimiento del Estado, del poder, a la razón y no de la razón al poder siendo precisamente el Derecho un instrumento de racionalización del poder siendo la consecuencia de esto que las decisiones de los órganos públicos no se justifican tan solo en razón de la autoridad que las dicta, debiendo el órgano aportar razones intersubjetivamente validas a la luz de los criterios generales de racionalización practica y los criterios positivizados del ordenamiento jurídico.

⁸⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 528. En este sentido, podría considerarse aún latente esta discusión en materia de valoraciones o juicios técnicos para aquellos que sostengan que en estos casos existe discrecionalidad, por ejemplo FERNÁNDEZ-ESPINAR, L., “*El control de la discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., quien habla de discrecionalidad técnica.

⁸⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., pp. 525-526.

motivos de dicho cuerpo legal todo lo cual permite concluir que en materia de discrecionalidad administrativa se reconoce a la Administración un espacio de actuación que debe ser respetado por el juzgador y que por tanto limita sus funciones jurisdiccionales.

Sin perjuicio de la anterior, la doctrina de forma unánime acepta que pueda producirse la sustitución judicial de una decisión administrativa de carácter discrecional siguiendo a la doctrina alemana y a su teoría de la reducción a cero de la discrecionalidad administrativa lo que ocurrirá cuando se llegue a la conclusión que no existen varias alternativas jurídicamente admisibles, sino que sólo una⁸⁵² para lo cual se ha señalado que deberá actuarse con mucha prudencia y proceder de forma excepcional pues se estaría convirtiendo en virtud de la economía procesal, una potestad discrecional en reglada⁸⁵³.

La sustitución judicial en casos de reducción a cero de la discrecionalidad aunque no tiene una consagración legal⁸⁵⁴, ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en una sólida doctrina jurisprudencial en materia urbanística señalando que: “El control jurisdiccional de las administraciones, no puede irrumpir en el corazón de la potestad discrecional, valorando la oportunidad de la decisión y, mucho menos, sustituyendo la elección administrativa”. Y agrega: “los jueces no podemos reemplazarla por otra a nuestro antojo, pues, tratándose de potestades discrecionales, siempre existen varias soluciones lícitas y razonables entre las que debe escoger la Administración, titular de esta potestad discrecional, salvo que las líneas del planeamiento conduzcan a un único desenlace, que se imponga ya por razones de coherencia”⁸⁵⁵.

⁸⁵² BACIGALUPO SAGESSE, M., “*La discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., p. 91; En este mismo sentido DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., p. 273; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 528; MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit., p. 849.

⁸⁵³ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad...*”, op. cit., p. 160.

⁸⁵⁴ Esta hipótesis había sido considerada en la redacción inicial del Proyecto de ley de jurisdicción aprobado por el Gobierno sin embargo, no se mantuvo, FERNÁNDEZ-ESPINAR, L., “*El control de la discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., p. 234.

⁸⁵⁵ STS de 9 de febrero de 2009, Roj 514/2009.

A la misma conclusión es posible llegar en materia de inactividad material de la Administración en los supuestos del art. 29 pues como se ha señalado en páginas anteriores la regla adoptada por la LJCA es que a través de esta vía el juez no puede sustituir el momento u oportunidad de actuar en aquellos ámbitos en que este aspecto no se encuentre previamente determinado por una norma así como tampoco dictar un mandato que concrete “genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades”. Sin embargo, esto sí podría producirse respecto del “quando” siempre que la dilación en la actuación devenga en “irrazonada y carente de justificación pues las potestades administrativas no están de adorno en el Ordenamiento jurídico”⁸⁵⁶ y no se puede aceptar la pasividad de la misma sin motivo alguno⁸⁵⁷, pudiendo incluso reducirse a cero dicha discrecionalidad en caso que producto de la inactividad de la Administración se afecten derechos fundamentales exigiendo la situación una actuación inminente y expedita en que requerir la acción administrativa no se traduce en una invasión o sustitución de potestades discrecionales sino que simplemente en exigir el comportamiento que la Administración está obligada a realizar⁸⁵⁸. Así, la primera obligación de la Administración es actuar pues la competencia que se le ha atribuido es irrenunciable de acuerdo al art. 12.1 de la LPAC⁸⁵⁹ y las potestades administrativas así como su actividad deben realizarse observando los principios generales del Derecho⁸⁶⁰, entre los que se encuentran los establecidos en el art. 3 de la misma ley como el de eficacia, eficiencia y el servicio a los ciudadanos de forma que la discrecionalidad de la Administración se encontraría circunscrita al contenido definitivo del acto administrativo no estando la elección del “quando” ajena al Derecho⁸⁶¹. Como lo señalaba Martín-Retortillo, detrás de un ejercicio inoportuno de potestades administrativas puede existir un no acomodamiento con

⁸⁵⁶ DE VICENTE DOMINGO, R., Discrecionalidad e inactividad. El principio de actuación suficiente de la Administración, Revista española de Derecho administrativo, n°165, 2014. p. 3.

⁸⁵⁷ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., “*La desviación de poder en el Derecho español...*”, op. cit., p. 144.

⁸⁵⁸ DE VICENTE DOMINGO, R., “*Discrecionalidad e inactividad...*”, op. cit., pp. 21 y ss.

⁸⁵⁹ DE VICENTE DOMINGO, R., “*Discrecionalidad e inactividad...*”, op. cit., pp. 15 y ss.

⁸⁶⁰ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., “*La desviación de poder en el Derecho español...*”, op. cit., p. 144.

⁸⁶¹ DE VICENTE DOMINGO, R., “*Discrecionalidad e inactividad...*”, op. cit., pp. 15 y ss. En apoyo de este razonamiento el autor expone algunos fallos de Tribunales Superiores de justicia en la que se distingue entre la realización de la actividad en cuestión y el contenido específico del acto.

el Derecho, lo que pone este tema en estrecha conexión con el vicio de desviación de poder si se considera al fin desde el punto de vista del Ordenamiento en general y no sólo en relación con una norma concreta, lo que exige por tanto el control de las circunstancias fácticas que se requieren para dictar un acto quedando sólo fuera de dicho control la adecuación o no del acto a las reglas técnicas o de buena administración⁸⁶².

De esta forma la discrecionalidad en el “cuando” puede ser objeto de control jurisdiccional. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo al señalar que si bien la determinación del momento más oportuno para realizar una acción (en el caso concreto llamar a la apertura de la segunda fase de un concurso para proveer una nueva oficina farmacéutica) constituye una potestad discrecional, transcurrido cierto plazo, “el respeto hacia la necesaria discrecionalidad administrativa ya no le ampara”⁸⁶³.

Como puede observarse, en el Derecho español los límites del control judicial en relación con la discrecionalidad administrativa se encuentran claros desde el punto de vista constitucional así como también de la legislación que regula el proceso mediante el cual la discrecionalidad puede ser examinada en sede judicial.

En primer lugar y de acuerdo al art. 117 de la Constitución es tarea del juez administrar justicia y debe hacerlo de forma independiente, responsable pero sobre todo debe actuar en la función que se le ha encomendado, sometido al imperio de la ley. Sus facultades jurisdiccionales se encuentran destinadas a mantener y restablecer el Derecho así como la armonía del orden social con el Ordenamiento jurídico que la misma sociedad ha creado mediante la representación en sede legislativa. Por su parte, la Administración del Estado en el despliegue de su función reconocida constitucionalmente, se encuentra sujeta al Derecho siendo los tribunales de justicia los que se encargan de velar que las

⁸⁶² MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., “*La desviación de poder en el Derecho español...*”, op. cit., pp. 144-146.

⁸⁶³ STS de 29 de diciembre de 2015, Roj 5615/2015.

actuaciones de la misma no traspasen los límites jurídicos que podrían convertir una actuación discrecional en arbitraria. De esta forma el examen o control que debe realizar el juez es estrictamente jurídico debiendo quedar fuera de su razonamiento cualquier otro aspecto que no tenga esta insignia siendo la consecuencia de este examen la declaración de su conformidad o disconformidad con la legalidad o juridicidad. En este último caso la anulación establecerá el límite que separa lo legal de lo ilegal, lo jurídico y conforme a Derecho, de lo antijurídico o arbitrario, siendo un llamado de atención a la Administración para que rectifique y corrija su razonamiento o más precisamente, un freno de una actuación antijurídica mediante el cual se van estableciendo pautas de conducta a observar en futuras actuaciones no pudiendo la sustitución judicial establecer este límite jurídico sin asumir e invadir un espacio que no le es propio y que no le ha sido encomendado. El juez es por tanto junto con la Administración, parte distinta de un mismo sistema jurídico social en el que cada cual está llamado a cubrir un ámbito de actuación distinto pero relacionado entre sí.

IV. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO EUROPEO

En virtud del art. 93 C.E. y del Acta de Adhesión a las Comunidades Europeas de 12 de junio de 1985, España forma parte de la Unión Europea desde el 1 de enero de 1986 y con ello, el Derecho de la Unión forma parte también del Derecho español pues dicha adhesión significa para un estado miembro “acatar sin reservas el sistema de normas comunitarias que estén en vigor”⁸⁶⁴. De esta manera al examinar el control judicial de la discrecionalidad administrativa en el Derecho español resulta necesario dedicar un párrafo al Derecho comunitario y al tratamiento de esta materia aunque no es nuestro objetivo extendernos más allá de lo que resulte necesario para tener una visión completa del Ordenamiento jurídico español pues el Derecho comunitario representa un sistema jurídico propio con problemáticas y discusiones que le son inherentes y que escapan a nuestro objeto de estudio.

El Derecho de la Unión ha aportado nuevos elementos en la configuración de la discrecionalidad administrativa en el Derecho español, así por ejemplo se ha reforzado el deber de motivación del art. 54 LPAC en relación con los reglamentos en virtud de la técnica de evaluación del impacto normativo introducido por el Real decreto 10/83 de 3 de julio de 2009 por el que se regula la memoria del análisis del impacto normativo y de ciertas leyes autonómicas, así como también se ha señalado que por la acción del Derecho de la Unión existen ciertas potestades discrecionales que se han reducido sustancialmente como ocurre por ejemplo en materia de autorizaciones administrativas en virtud de la Directiva de servicios 2006/123 de la Unión Europea⁸⁶⁵.

En lo que respecta al control judicial de la discrecionalidad administrativa, este ha sido principalmente llevado a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión

⁸⁶⁴ ABELLÁN HONORUBIA, V., VILÀ COSTA, B., y OTROS, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 6ª ed., Ariel, Barcelona, 2011, p. 154.

⁸⁶⁵ FONT I LLOVET, T., y MIR PUIGPELAT, O., “*Discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., pp. 1152-1153.

Europea a través de las vías procesales establecidas para impugnar la actividad realizada en el marco de esta organización supranacional destacando especialmente el recurso de anulación y el recurso por omisión o inactividad. En virtud de estos recursos se controlan la legalidad de las actuaciones y omisiones de los órganos que son parte de la Unión⁸⁶⁶. El primero se encuentra establecido en el art. 263 del TFUE y procede en contra de los actos de las instituciones de la Unión, es decir, Parlamento, Consejo, Comisión y Banco Central Europeo que produzcan efectos jurídicos respecto de terceros siendo el TJUE competente “para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión”. Por su parte, el art. 265 del mismo texto establece el recurso por omisión mediante el cual se persigue que se declare que la inactividad del Parlamento, Consejo, Comisión o Banco Central Europeo constituye una ilegalidad al violar la normativa europea. Ambas vías han sido los medios a través de los cuales el TJUE ha controlado la discrecionalidad atribuida a los órganos comunitarios especialmente del Consejo y de la Comisión, desarrollándose también técnicas de control empleadas a dichos efectos.

Se ha señalado por la doctrina que el primer criterio de control de la discrecionalidad utilizado por el TJUE se encuentra en la distinción entre los aspectos de legalidad y oportunidad pues el Tribunal lleva a cabo un control estrictamente jurídico en virtud del cual se abstiene de valorar los criterios de oportunidad o de inmiscuirse en el espacio de apreciación que se le ha entregado a las autoridades comunitarias⁸⁶⁷. Teniendo clara esta primera línea definitoria de la acción judicial, en segundo lugar se encuentran las técnicas desarrolladas en esta instancia con ocasión de los recursos de anulación y omisión establecidos para impugnar la actividad de los órganos comunitarios.

⁸⁶⁶ ABELLÁN HONORUBIA, V., VILÀ COSTA, B., y OTROS, “*Lecciones de Derecho Comunitario...*”, op. cit., p.180

⁸⁶⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Discrecionalidad administrativa y control...*”, op. cit., 86.

1. El recurso de anulación

El recurso de anulación como vía procesal para controlar la discrecionalidad presenta dos causales a la luz de las cuales tradicionalmente se ha examinado la discrecionalidad. En este sentido se ha destacado la desviación de poder y la violación del Tratado y de las normas que se refieran a su ejecución.

La desviación de poder se ha configurado en la jurisprudencia del TJUE por influencia del Derecho francés, presentando dificultades en torno a la prueba y acreditación de la misma pues se debe demostrar que una institución de la Unión Europea ha ejercido su poder con un distinto fin al establecido en los Tratados. Este motivo no sería invocado de forma frecuente por el Tribunal pues este exige que la desviación de poder sea probada por el recurrente en base a hechos objetivos⁸⁶⁸. También se ha señalado que en el Derecho europeo existe una concepción objetiva de la desviación de poder siendo necesario para que se pueda declarar la ilegalidad, acreditar que el fin que se persigue sea diferente al establecido por el sistema normativo y que el mismo sea determinante o exclusivo del acto⁸⁶⁹. Así lo ha señalado el TJUE al expresar que “el concepto de desviación de poder tiene un alcance muy preciso en Derecho comunitario y se aplica al supuesto en que una autoridad administrativa utiliza sus atribuciones con una finalidad distinta de aquélla para la que le fueron conferidas. A este respecto, es jurisprudencia reiterada que sólo cabe considerar que una decisión incurre en desviación de poder cuando queda de manifiesto, de acuerdo con indicios objetivos, oportunos y concordantes, que fue adoptada para alcanzar una finalidad distinta de las que se invocan”⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ ABELLÁN HONORUBIA, V., VILÀ COSTA, B., y OTROS, “*Lecciones de Derecho Comunitario...*”, op. cit., p.189.

⁸⁶⁹ CASADO CASADO, L., El control de la discrecionalidad administrativa en el Derecho europeo, Revista vasca de Administración pública, n° 44, 1, 1996, pp. 132 y ss.

⁸⁷⁰ STJUE de 24 de abril de 1996, T-551/93.

La segunda causal que se invoca para controlar una actuación o medida de tipo discrecional, es la violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución. Esta última comprende según ha señalado la doctrina y jurisprudencia, el error de hecho, el error de derecho, el error en la apreciación de los hechos y también los principios generales del Derecho⁸⁷¹. Las normas que pueden ser objeto de infracción comprenden todo el bloque de legalidad de la Unión Europea desde los Tratados propiamente tal con sus extensiones, el derecho derivado; los principios generales del Derecho destacando los reconocidos por el TJUE, las sentencias del TJCE, que tienen fuerza obligatoria, imponiéndose tanto a los Estados miembros como a las instituciones comunitarias y a los particulares; y la costumbre comunitaria⁸⁷².

El error de hecho y de derecho se presentan en similares términos que en el Derecho español al igual que la apreciación de los hechos pues respecto de este último su competencia se limita al error patente o manifiesto tal como aparece también en la jurisprudencia y doctrina española⁸⁷³. Así se ha señalado por el TJUE en materia de política comercial que “las instituciones de la Unión disponen de una amplia facultad discrecional...en cuanto al control jurisdiccional de tal apreciación, debe limitarse por tanto a la comprobación del respeto de las normas de procedimiento, de la exactitud material de los hechos tenidos en cuenta para efectuar la elección controvertida, de la ausencia de error manifiesto en la apreciación de estos hechos o de la ausencia de desviación de poder⁸⁷⁴”.

También se ha considerado que forman parte de esta causal los principios generales del Derecho los cuales tienen una marcada presencia en la jurisprudencia del TJUE destacando especialmente el principio de proporcionalidad y el principio de confianza legítima, ambos de origen alemán y

⁸⁷¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Discrecionalidad administrativa y control...”, op. cit., pp. 83-84.

⁸⁷² CASADO CASADO, L., “El control de la discrecionalidad administrativa...”, op. cit., p. 124.

⁸⁷³ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Discrecionalidad administrativa y control...”, op. cit., 84.

⁸⁷⁴ SSTJUE de 4 de septiembre de 2014, C-21/13; de 17 de diciembre de 2015, C-371-14.

con un gran desarrollo en el ámbito comunitario, hecho que ha tenido como consecuencia su absorción por esta vía en el propio Derecho español como tuvimos oportunidad de señalar. También, con una insignia propia en cuanto a su origen es considerado como un principio general del Derecho por el TJUE el respeto por los Derechos fundamentales⁸⁷⁵ evidenciándose de esta forma la propia identidad del Derecho comunitario. Así se ha señalado por el Tribunal que “los Estados miembros deben ejercer su facultad discrecional observando, en particular, los principios generales del Derecho de la Unión...entre los que figuran los principios de seguridad jurídica, protección de la confianza legítima, proporcionalidad y no discriminación. Asimismo, tales medidas de aplicación deben respetar los derechos fundamentales, como el derecho de propiedad⁸⁷⁶”.

En directa relación con la discrecionalidad, una norma importante a destacar en el Derecho europeo es el art 296 del TFUE que exige la motivación de propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes previstos por los Tratados. La importancia de la motivación en este ámbito fue puesta de manifiesto por el fallo Alemania con Comisión de 4 de julio de 1963 en el que se destaca que la motivación es trascendental para ejercer el derecho a la defensa de los particulares, así como para que los tribunales pueden realizar de mejor manera su función de control y para que los Estados conozcan como se aplican los tratados y ejerzan sus correspondientes recursos⁸⁷⁷.

Una de las características que ha presentado la motivación en la jurisprudencia del TJUE es que el Tribunal no ha sido tradicionalmente muy estricto al ponderar esta exigencia no siendo necesaria que la misma se presente en términos detallados o extensos sino que basta con que se señalen los elementos básicos que permiten adoptar el razonamiento final. De esta forma se señala que este requisito se ha interpretado por la jurisprudencia de forma

⁸⁷⁵ CASADO CASADO, L., “*El control de la discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., pp. 126-127.

⁸⁷⁶ STJUE de 5 de mayo de 2011, C-230/09.

⁸⁷⁷ GUICHOT REINA, E., Control de la discrecionalidad y responsabilidad en el Derecho comunitario, en *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, I Jornadas del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía Coord. Hinojosa Martínez, E., y González-Deleito Domínguez, N., Madrid, Civitas, 1996, p. 271.

flexible⁸⁷⁸ y así lo ha venido reafirmando el Tribunal en una sólida jurisprudencia al señalar que la motivación “constituye una formalidad sustancial que debe distinguirse de la cuestión del fundamento pues ésta pertenece al ámbito de la legalidad del acto controvertido en cuanto al fondo. En efecto, la motivación de una decisión consiste en expresar formalmente los fundamentos en los que se basa dicha decisión. Si estos fundamentos incurren en errores, éstos vician la legalidad de la decisión sobre el fondo, pero no su motivación, que puede ser suficiente aunque exprese una fundamentación equivocada”⁸⁷⁹. De esta manera la motivación ha sido entendida en el Derecho europeo en similares términos a la estudiada en el Derecho español.

2. El recurso por omisión

La discrecionalidad de los órganos comunitarios también ha sido examinada por medio del recurso por omisión especialmente en los casos en que existiendo un margen de apreciación o discrecionalidad de parte de los órganos comunitarios estos no hayan realizado una actuación o llevado a cabo una prestación atendiendo precisamente a esta discrecionalidad que ampararía la determinación del momento en el que actuar⁸⁸⁰. La causal que puede invocarse en estos casos, es de acuerdo al art. 265 del TFUE, la violación del Tratado sosteniéndose por la doctrina que esta también se extiende a la desviación de poder⁸⁸¹.

A través de este recurso el Tribunal debe examinar si existe o no una arbitrariedad o un ejercicio excesivo o abusivo de la discrecionalidad otorgada que pudiese constituir una ilegalidad o infracción del Derecho comunitario de manera que no basta una simple omisión o abstención de parte del órgano recurrido sino que es necesario además que el Tribunal constate la ilegalidad

⁸⁷⁸ CASADO CASADO, L., “El control de la discrecionalidad administrativa...”, op. cit., pp. 136 y 137.

⁸⁷⁹ STJUE de 18 de junio de 2015, C- 535/14 p.

⁸⁸⁰ CASADO CASADO, L., “El control de la discrecionalidad administrativa...”, op. cit., p. 137.

⁸⁸¹ CASADO CASADO, L., “El control de la discrecionalidad administrativa...”, op. cit., pp. 121-122.

siendo así declarado en el arrêt de la Cour de 22 de mayo de 1985, un destacado fallo en esta materia⁸⁸².

Siguiendo a González-Varas, esta causal de omisión ilegal se encuentra basada en la técnica de control alemana de “Ermesseensunterschreitung”. Esta comprende a su vez distintos escenarios que dan lugar a la causal entre los que se encuentra: una valoración insuficiente de los distintos elementos de juicio presente en el caso concreto; la falta de ejercicio de una potestad discrecional debiendo haberse ejercido y una actuación de la Administración de forma reglada debiendo haberse llevado a cabo la misma como producto de una potestad discrecional⁸⁸³.

De acuerdo al autor, en la determinación del deber jurídico de actuación la denominada reducción a cero de la discrecionalidad tiene bastante utilidad pues procede, de acuerdo al Derecho alemán, ya sea en caso de supuesto de peligro inminente o cuando la intervención administrativa sea imprescindible como auxilio a un sujeto o para la defensa de bienes jurídicos esenciales; o bien cuando la Administración o instancia comunitaria obligada a intervenir no tiene razón alguna para no hacerlo⁸⁸⁴. El TJUE reconoce que la determinación del momento de actuación de una determinada actuación administrativa es una facultad de apreciación o discrecional del órgano a quien se le atribuye dicha potestad sin embargo, ha señalado al resolver cuestiones prejudiciales, que la actuación en un momento preciso procederá en caso de ser “objetivamente necesario”⁸⁸⁵. De esta forma en el ámbito del Derecho comunitario el órgano en cuestión no puede ampararse en una supuesta discrecionalidad pues esta se encuentra destinada a ser una herramienta de utilidad en la gestión de los intereses comunitarios comprometidos y no una cláusula justificativa de una inactividad caprichosa que puede derivar en perjuicio para los ciudadanos y en el último extremo, en

⁸⁸² GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., El control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión europea y otras enseñanzas procesales del Derecho comunitario para el proceso administrativo español, Revista de Administración Pública, nº135, 1994, pp. 306 y ss.

⁸⁸³ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “El control judicial de la discrecionalidad...”, op. cit., pp. 316-317.

⁸⁸⁴ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “El control judicial de la discrecionalidad...”, op. cit., pp. 317-318.

⁸⁸⁵ STJUE de 5 de noviembre de 2014, C-402/13.

arbitrariedad. Sin embargo, el órgano jurisdiccional una vez constatada la ilegalidad no puede condenar a la institución a actuar o adoptar alguna medida concreta sino que simplemente deberá señalar que se ha cometido una ilegalidad debiendo el órgano en cuestión realizar las actuaciones que estime pertinentes de acuerdo a lo establecido por el art. 266 del TFUE.

3. Los límites del control judicial del TJUE

En la etapa preparatoria de la constitución de los Tratados aparece la intención de establecer en el Derecho europeo el principio de separación de poderes permitiendo de esa forma la actuación de cada órgano comunitario sin que se obstaculice el ámbito de acción de los demás⁸⁸⁶.

En relación con esto, la doctrina ha destacado la forma de proceder del TJUE la cual sería plenamente concordante con esta intención originaria siendo calificado el control judicial que este órgano despliega como prudente, respetuoso de los márgenes de actuación discrecionales entregados a las autoridades⁸⁸⁷ por lo que la sustitución judicial en el ámbito del TJUE no sería una característica del mismo pues como ya se ha señalado, el control llevado a cabo por el TJUE se da en términos de estricta legalidad y juridicidad. Así también se observa en los fallos del este órgano al señalarse que “Por lo que se refiere al control judicial del ejercicio de una competencia de este tipo, el juez de la Unión no puede sustituir la apreciación del legislador de la Unión por la suya, sino que debe limitarse a examinar si aquélla no adolece de error manifiesto o de desviación de poder o si el legislador no ha sobrepasado manifiestamente los límites de su potestad normativa”⁸⁸⁸.

Como puede observarse, el control judicial de la discrecionalidad administrativa en el Derecho europeo no resulta ser muy diferente al Derecho español existiendo una identidad en relación a las técnicas de control utilizadas,

⁸⁸⁶ CASADO CASADO, L., “*El control de la discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., p. 140.

⁸⁸⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Discrecionalidad administrativa y control...*”, op. cit., 87.

⁸⁸⁸ STJUE de 12 de mayo de 2011, C-176/09.

de forma que se aprecia con claridad como el Derecho de la Unión europea forma parte y ha influenciado a su vez el Ordenamiento jurídico español así como los pronunciamientos adoptados por los Tribunales de justicia. De esta forma, el Derecho europeo no puede perderse de vista en relación no tan sólo con la discrecionalidad administrativa sino que respecto de todas las materias que confluyen en el pues en el futuro, una atenta mirada al mismo, podría desvelar futuras aristas de la discrecionalidad en el Derecho español, como podrían ser distintas técnicas de control o límites para la actividad del juez o bien, para la propia Administración.

V. SÍNTESIS

A lo largo de estas páginas se ha expuesto el tratamiento de la discrecionalidad administrativa en el Derecho español. Si bien en un comienzo se entendía que esta surgía en aquellos espacios de vacíos o lagunas legales siendo además ajena al examen jurisdiccional, hoy la situación es la opuesta pues el ejercicio de potestades administrativas discrecionales es una actividad, que a partir de la LJCA de 1956, constituye objeto de control judicial y se encuentra sujeta también a los principios rectores de la Carta Fundamental española que establecen el sometimiento de la Administración a los tribunales y al Derecho, la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial en términos efectivos, influyendo en dicho control además las directrices que surgen del Derecho de la Unión Europea.

En este contexto, el control judicial de la discrecionalidad administrativa en el Derecho español ha sido objeto de una larga evolución que ha conducido al perfeccionamiento de las técnicas de control utilizadas por el juez para someter a examen jurídico esta actividad sin vacilaciones, proceso en el que sin duda han contribuido tanto la configuración de procedimientos idóneos llevados a cabo por órganos especializados así como el establecimiento de normas procesales claras que regulan tanto el acceso a esta jurisdicción como su desarrollo.

De esta manera, el control judicial de la discrecionalidad administrativa en este Ordenamiento jurídico si bien constituye una manifestación del control judicial de la propia actividad administrativa, es sobre todo, el resultado de una larga lucha por las denominadas inmunidades del Poder como lo calificó García de Enterría décadas atrás, erigiéndose el mismo como una real garantía para el ciudadano en cuanto este posee herramientas válidas y efectivas que le permiten enfrentarse a la Administración y a sus potestades administrativas adquiriendo el Estado de Derecho plena consolidación.

PARTE TERCERA

**LOS PROBLEMAS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA
DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO
CHILENO Y LA APLICACIÓN DE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA
EN LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES**

I. PLANTEAMIENTO

La existencia de un Estado de Derecho no se agota en el establecimiento del principio de legalidad, ni en la consagración de una jerarquía normativa ni tampoco en el respeto de los derechos y garantías de las personas. Tan importante como todo lo anterior y sin lo cual no tiene sentido el uso de dicha expresión, es la existencia de un sistema de controles a través del cual cobre real experiencia cada uno de estos pilares que sustentan a un Estado que dice excluir las arbitrariedades o someterlas a sanción, exigencias a las que se suman, tratándose además de los Estados modernos y democráticos, la persona humana como centro de acción del mismo, tal como lo establece el art. 1 CPR. De esta forma, dentro de este sistema de controles se requiere uno que sea eficaz para someter a examen a los órganos que forman parte del Estado, especialmente a la Administración, cuando en ejercicio de sus potestades administrativas de tipo discrecional pueda hacer un uso incorrecto o extralimitado de las mismas, constituyendo el Poder judicial a través de los tribunales de justicia la principal instancia que dispone el Ordenamiento jurídico para el restablecimiento de la legalidad y el Derecho y la mejor garantía para el amparo de los derechos de los ciudadanos cuando estos se ven enfrentados con los órganos administrativos, que por naturaleza se encuentran en un plano de superioridad respecto de ellos⁸⁸⁹.

Sin embargo, y como se ha discutido profusamente en el Derecho español, el control judicial de la Administración debe desplegarse dentro de un marco de acción el cual se encuentra determinado por unos límites que establecen hasta dónde puede llegar el juez, pero también por una actuación mínima que consiste en llevar a cabo el control judicial de acuerdo a los parámetros que el mismo Ordenamiento jurídico ordena y expresa. Sin lugar a dudas que los problemas se presentan cuando el juez transgrede estos límites y no alcanza estos mínimos pues por una parte puede vulnerar el ámbito competencial de otro órgano estatal

⁸⁸⁹ Así también se ha señalado en la doctrina española por FERNÁNDEZ ESPINAR, L., *“El control judicial de la discrecionalidad administrativa...”*, op. cit., p. 217. El autor señala que el dogma de la legalidad parte de la base de la superioridad exorbitante de la Administración y la desigualdad de los ciudadanos.

al exceder sus límites judiciales, pero por otra, puede lesionar la esfera de los ciudadanos y sus legítimas pretensiones en torno a que sus derechos se vean tutelados y a que sea la instancia judicial un espacio imparcial y objetivo en el que puedan encontrar garantías y amparo frente a las actuaciones del Poder.

Lo anterior expresa la problemática que creemos existe en el Derecho chileno respecto del control judicial de la discrecionalidad administrativa. De acuerdo a lo expuesto en la primera parte de este trabajo, es posible observar que en el control judicial desplegado por los Tribunales superiores de justicia queda de manifiesto un problema transversal que asiste a los jueces y que tiene que ver con una debilidad de los límites dentro de los cuales puede desplegar su control tanto desde un punto de vista positivo como negativo. En el primer caso, si bien es posible encontrar las mismas técnicas de control de la discrecionalidad que las utilizadas en el Derecho español, como los hechos de la decisión o hechos determinantes, la desviación de poder, los principios generales del Derecho y la exigencia de motivación como elemento general de exclusión de la arbitrariedad, se aprecia que las mismas se encuentran en desarrollo siendo necesario perfeccionar estas técnicas así como impulsar la utilización de las mismas al controlar el ejercicio de estas potestades administrativas para así desplegar un control judicial eficaz y tutelar los derechos de los particulares. En el mismo sentido ocurre respecto de actuaciones en el que el juez debería examinar la actividad discrecional más allá de lo que lo hace utilizando elementos de índole jurídico que el propio Ordenamiento jurídico contiene y que por tanto son correspondientes a su función de administrar justicia pero no lo hace, existiendo una fragilidad en el despliegue de su actividad, fácilmente vulnerable si no se tienen en cuenta los parámetros o criterios básicos en materia de discrecionalidad administrativa. Desde un punto de vista negativo el problema se vislumbra pues no queda claro aún hasta dónde puede llegar la función del juez al controlar las potestades discrecionales de acuerdo a los principios de nuestro Ordenamiento jurídico o si existe un traspaso del límite que establece su función como ocurre especialmente con los hechos, o respecto de ciertos conceptos jurídicos indeterminados y en materia de la denominada discrecionalidad técnica.

En virtud de esto es que consideramos que los tribunales de justicia no conocen con seguridad los límites de su función judicial al controlar las potestades discrecionales ni todos los elementos mínimos que les proporciona el Ordenamiento jurídico, vulnerándose las garantías de los ciudadanos lo cual se ve además agudizado por la estructura del sistema de justicia cuya dispersión de órganos y procedimientos acentúan y no corrigen el desequilibrio existente entre los ciudadanos y la Administración.

De esta forma, los problemas que el control judicial de la discrecionalidad administrativa plantean en el Derecho chileno deben ser superados, sin embargo, para ello es necesario conocer con precisión los aspectos teóricos y normativos que determinan a la propia discrecionalidad de la Administración en nuestro Derecho y su alcance en la norma jurídica, pues esta tarea previa resulta indispensable para conocer cómo deberá desplegarse el control judicial, los términos en que el mismo deberá desarrollarse, qué elementos debe abarcar y cuáles son sus límites pudiendo sólo así los tribunales de justicia desarrollar su actividad sin temores y corregir el desequilibrio existente entre los ciudadanos y el poder de la Administración y constituirse como una verdadera garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad discrecional administrativa y eventuales arbitrariedades.

Por ello, y antes de avocarnos en la resolución de los conflictos que el examen judicial de la discrecionalidad administrativa nos plantea, es que en un primer apartado se tratará la determinación de la discrecionalidad administrativa precisando sus bases fundamentales que deberán ser comprobadas en el control judicial posterior por el juez, y su alcance mediante el análisis de la configuración de la discrecionalidad en la estructura normativa. Ello nos permitirá en un segundo apartado, resolver las interrogantes que el control judicial ha planteado en el Derecho chileno, conociendo los elementos que este debe abarcar así como los límites del mismo.

II. LA DETERMINACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU ALCANCE EN EL DERECHO CHILENO

Para poder resolver las interrogantes que el control judicial de la discrecionalidad administrativa nos ha planteado, es necesario determinar con claridad los aspectos básicos de la discusión teórica y normativa pues sentadas las bases se podrá tomar una u otra postura y resolver de mejor manera los problemas que se plantean.

1. Los fundamentos de la discrecionalidad administrativa en el Derecho chileno como bases del control judicial

Para determinar con claridad dónde comienza la función del juez y dónde termina la misma en relación a las potestades discrecionales de la Administración, resulta imprescindible establecer previamente las bases o fundamentos que caracterizan y sobre la cual se asienta la discrecionalidad administrativa en el Derecho chileno pues esto no es sino una expresión de los criterios reinantes en nuestro Ordenamiento jurídico, criterios que por tanto deberán estar presentes también en los razonamientos judiciales que lleven cabo los tribunales al desplegar su actividad.

En este sentido, como ha quedado expuesto en la primera parte de este trabajo, hemos conceptualizado a la discrecionalidad administrativa como el margen de libertad que el legislador ha otorgado a la Administración del Estado con el objeto de que esta adopte entre varias, la decisión más conveniente para su administración, confiando en que esta la ejercerá teniendo como fin último el bien común, respetando los márgenes y límites establecidos tanto por el Ordenamiento jurídico en general como por la norma jurídica que habilita su actuación.

Esta definición recoge el estado de nuestro Derecho vigente en relación a esta materia siendo posible extraer de la misma cuatro premisas básicas sobre las que descansa la discrecionalidad de la Administración en Chile y que dicen relación con la concepción de la discrecionalidad, con el fundamento y la función que justifica su inclusión en las potestades administrativas, la prohibición de la arbitrariedad en nuestro Ordenamiento jurídico y el control judicial de la misma.

1.1. La discrecionalidad administrativa tiene una concepción positiva

La concepción negativa de la discrecionalidad en virtud de la cual la misma se entendía como aquello que nacía en ausencia de toda ley o norma jurídica que estableciera los parámetros de actuación de la autoridad se abandona paulatinamente en la década de los cincuenta planteándose por primera vez por la doctrina que la discrecionalidad administrativa sólo puede existir como un producto del Ordenamiento jurídico sin que la existencia o ausencia de ley pudiese ser el elemento diferenciador entre las potestades regladas y discrecionales⁸⁹⁰. Sin embargo, y a diferencia del Derecho español en que este cambio de paradigma se produce con determinación a partir de la entrada en vigor de la LJCA de 1956 que somete también a control judicial los actos administrativos que tuviesen elementos discrecionales, la consolidación de esta nueva perspectiva en el Derecho chileno tardará en aparecer.

En este tránsito, el principio de legalidad y juridicidad constituyen dos cimientos importantes. Por una parte, el primero y la vinculación positiva a la ley que se expresa en el art. 7 CPR en virtud del cual las actuaciones de los órganos del Estado sólo serán válidas si actúan en la forma que prescriba la ley, constituye un mandato constitucional base y primario de toda la actuación estatal. Por su parte, el principio de juridicidad que contiene al de legalidad y que no es sino una comprensión más avanzada del anterior, rige las actuaciones de los órganos del Estado vinculándolas no sólo a la ley o norma jurídica concreta que

⁸⁹⁰ Cit. por MORAGA KLENNER, C., "*Tratado de Derecho administrativo, La actividad formal...*", op. cit., p. 34.

habilita su actuación sino que a cada uno de los elementos del bloque de constitucionalidad y legalidad que conforman el Derecho chileno.

De esta forma bajo la vigencia de ambos principios, la libertad absoluta con la que se identificaba en un principio a la discrecionalidad de la Administración desaparece y en su lugar aparece una libertad delimitada en primer lugar por la propia norma que atribuye una potestad, la cual estará configurada con elementos reglados o vinculados a la norma manteniéndose dicha libertad respecto de aquellos elementos identificados como discrecionales, sin embargo, la misma se encontrará delimitada nuevamente por el principio de juridicidad y por cada uno de los elementos que lo conforman quedando rodeada jurídicamente la Administración en ejercicio de estas potestades.

Así, la comprensión del principio de juridicidad en toda su amplitud y el reconocimiento del mismo en nuestro Derecho conduce a abandonar irremediamente la antigua concepción negativa de la discrecionalidad estando el cambio de perspectiva en relación a la misma, absolutamente determinado y consagrado por el principio de juridicidad. De esta forma hoy no cabe duda que la discrecionalidad es un producto del Ordenamiento jurídico siendo otra de las diferencias entre las potestades discrecionales y regladas, que en el examen de las primeras el principio de juridicidad debe aplicarse, especialmente, en toda su extensión.

1.2. La discrecionalidad es inherente a la función de administrar

De acuerdo a la concepción positiva de la discrecionalidad administrativa, esta es un elemento que se encuentra contenido por el Ordenamiento jurídico pero la misma existe en él pues reporta una utilidad o un beneficio en el funcionamiento eficaz del sistema. Su consentimiento en el mismo obedece a las carencias y limitaciones que tal como se ha visto en el Derecho español y chileno presenta el legislador en orden a regular con detalle cada situación que debe estar contenida bajo unos márgenes precisos. La posibilidad de anticiparse a cada situación que pueda surgir en la realidad podría quedar relativamente cubierta en

otras áreas jurídicas sin embargo, determinar cuál será el curso que va adoptando la práctica social y jurídica de aquellos ámbitos que confluyen con la Administración resulta una tarea prácticamente imposible siendo absolutamente necesario dotar a un órgano de la flexibilidad adecuada para acercarse a un sinnúmero de situaciones o materias que escapan a lo previsto por una norma jurídica.

Ahora bien, otra de las utilidades o funciones que se le asigna a la discrecionalidad administrativa en ambos Ordenamientos es que la misma se presenta como una concreción del bien común o del interés general radicando aquí la verdadera función o naturaleza de este fenómeno pues tal como lo señala Silva Cimma, la discrecionalidad responde a una necesidad que es la de administrar siendo un complemento necesario de la Administración para que esta sea más allá de un ejecutor de la ley, un administrador integral en el contexto de un Estado moderno⁸⁹¹. De esta forma la discrecionalidad es inherente a la función de administrar la cual ha sido especialmente encomendada a la Administración con el fin de poder satisfacer los intereses generales.

¿Por qué se le encomienda a la Administración esta función? La respuesta a esta pregunta la contesta muy bien el Derecho español pues el reconocimiento de la función administrativa en la Carta Fundamental en el art. 97 importaría también el reconocimiento de una posición constitucional de la Administración⁸⁹² siendo la atribución de discrecionalidad una manifestación de una responsabilidad que se le asigna⁸⁹³. Estas ideas pueden sintetizarse en lo que el Tribunal Constitucional chileno ha señalado respecto de la discrecionalidad en torno a que la misma es una expresión de la confianza necesaria que el mismo constituyente y legislador han puesto en la Administración para el cumplimiento de su función⁸⁹⁴ siendo este el bien común.

De esta forma la Constitución al reconocer la función administrativa en el art. 24 CPR estaría posicionando constitucionalmente también a la Administración, encomendándole una importante tarea que es la consecución del

⁸⁹¹ SILVA CIMMA, E., *"Derecho administrativo chileno y comparado, Introducción..."*, op. cit., p. 119.

⁸⁹² SÁNCHEZ MORÓN, M., *"Discrecionalidad administrativa y control judicial..."*, op. cit., p. 112.

⁸⁹³ FERNÁNDEZ TORRES, J., *"Discrecionalidad y arbitrariedad, dos décadas después..."*, op. cit., pp. 1134-1135.

⁸⁹⁴ STC de 30 de diciembre de 2014, Rol 2561/13.

bien común a favor de la comunidad encontrándose plenamente justificadas sus potestades discrecionales así como el plano de superioridad en el que se encuentra respecto de los ciudadanos para el adecuado cumplimiento de su función. La discrecionalidad es por tanto una expresión de la responsabilidad asignada, de una confianza depositada debiendo ponerse al servicio de los ciudadanos.

1.3. La arbitrariedad es rechazada por el Ordenamiento jurídico

El ejercicio de potestades discrecionales generalmente se ha relacionado con la arbitrariedad la que puede expresarse en el ámbito administrativo, en un actuar u omisión caprichoso, irracional, inmotivado o carente de fundamentos, sin embargo, esta posibilidad debe quedar descartada de plano en nuestro Ordenamiento jurídico.

Si bien en el Derecho chileno no existe un precepto que unifique de forma expresa el rechazo de la arbitrariedad manifestado en distintas disposiciones aisladas del Texto fundamental, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español en que el principio de interdicción de la arbitrariedad tiene reconocimiento constitucional en el art. 9.3 C.E., la prohibición de la arbitrariedad constituye un principio base de la Carta Fundamental como lo ha señalado el Tribunal Constitucional⁸⁹⁵, proscripción que comprende por tanto a todas las actuaciones de los órganos que forman parte del Estado. Ahora bien, lo que sí se consagra de forma expresa en el art. 8 CPR del capítulo I de las bases de la institucionalidad, es el principio de publicidad y transparencia el cual exige que sean públicos “los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”, reconocido también por la LBGAE y desarrollado especialmente en la Ley de acceso a la información pública n° 20.285. Estos principios como se ha visto, han sido modestamente aplicados por los tribunales de justicia a la hora de exigir la motivación con la que debe contar todo acto administrativo en virtud de la exigencia legal del art.

⁸⁹⁵ STC de 28 de diciembre de 2007, Rol 804/07.

11 y 41 LBPA, obligación reafirmada por el principio en cuestión. Consideramos que sin perjuicio del impacto que significaría tener consagrado de forma expresa un principio que prohíba la arbitrariedad en nuestro sistema jurídico, la consideración y aplicación del principio de transparencia por parte de nuestros tribunales constituye hoy una importante garantía en la exclusión de la arbitrariedad en el ejercicio de potestades discrecionales sobre todo porque se eleva a nivel constitucional un requisito de legalidad de las actuaciones ya no sólo de la Administración sino que de todos los órganos que conforman el Estado encontrándose en su núcleo una manifestación similar a la que exige una faceta del principio de interdicción de la arbitrariedad y que es la existencia de razones y motivos que impidan que un determinado actuar sólo obedezca al mero capricho o voluntad de quien lo lleva a cabo. Su ubicación primordial, su desarrollo legislativo y la exigencia de motivación pero sobre todo de los fundamentos que sostienen el actuar administrativo, aspecto que va más allá de la forma, permiten que a través del mismo se pueda acceder por cualquier ciudadano al fondo de dicha función y juzgar desde su esfera la pertinencia de una determinada decisión, actuación u omisión. Ello nos permite afirmar que este principio representa el rechazo de la arbitrariedad en nuestro Ordenamiento jurídico.

De esta forma, la exigencia de una adecuada motivación y de los fundamentos que respaldan la actividad administrativa constituye una manifestación transversal de la exclusión de la arbitrariedad en nuestro Derecho y además una importante garantía y herramienta en el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Así, como ha podido observarse, en la determinación de la discrecionalidad administrativa, nuestros tribunales siguiendo tanto a la doctrina como jurisprudencia española han manifestado que la arbitrariedad se encuentra muy lejos de la discrecionalidad, siendo los motivos o fundamentos que sirven de base a una decisión o acto administrativo el elemento diferenciador de ambos fenómenos, los cuales deben tener como característica la idoneidad y suficiencia en relación a los hechos del caso, al fin de la norma y ser conformes a los principios de racionalidad y proporcionalidad.

1.4. La discrecionalidad administrativa debe ser controlada judicialmente

De lo dicho hasta entonces, se desprende que la discrecionalidad administrativa en el Derecho chileno es aquel margen de libertad que en virtud del principio de juridicidad se encuentra sometido al Ordenamiento jurídico pues surge como un elemento del mismo que responde a un carácter funcional en cuanto es un instrumento que le permite a la Administración cumplir de manera eficaz con la función que se le ha asignado constitucionalmente que es la de administrar y de alcanzar el bien común. Por otra parte, la exclusión de la arbitrariedad como criterio jurídico determinante de la carta Fundamental que se extiende a todos los órganos del Estado y que se manifiesta con la exigencia de la expresión de los fundamentos y motivaciones que justifican las actuaciones administrativas a través del principio de transparencia y publicidad, conduce inevitablemente a la conclusión que las actuaciones administrativas discrecionales pueden y deben ser objeto de control pues es necesario que cada uno de los fundamentos en que se asienta la discrecionalidad sean revisados constantemente en atención a la finalidad y servicio que la Administración presta a la comunidad y a los ciudadanos. Además, como ha señalado García de Enterría, el hecho de que las decisiones discrecionales emanen de un órgano de la Administración no significa que estén revestidas de verdad o que tengan más valor que el criterio disperso de los ciudadanos no encontrándose estos obligados a respetar “las ocurrencias de los administradores”⁸⁹⁶.

En este sentido, el rol que cumple la Contraloría General de la República en cuanto órgano encargado de un control preventivo de legalidad es esencial pues en dicho examen se frena cualquier exceso o arbitrariedad que se produzca antes de que el acto salga a la luz sin embargo, además de existir una serie de actuaciones exentas de este trámite, en cuanto el ejercicio de potestades discrecionales puede afectar el ámbito de los derechos particulares, este espacio

⁸⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*Democracia, jueces y control de la Administración...*”, op. cit., p. 71.

resulta insuficiente siendo necesaria la existencia de un tercero imparcial especializado que dirima las diferencias entre el órgano administrativo y el ciudadano, por medio del cual se pueda corregir el desequilibrio base que rige las relaciones entre ambos y que le permita a este último defender sus derechos y pretensiones jurídicas en igualdad de condiciones a como lo hará la Administración. De esta manera, el control judicial de la discrecionalidad administrativa resulta indispensable para que pueda constatarse por el juez el cumplimiento de cada uno de los fundamentos en que descansa la discrecionalidad administrativa con todas las garantías que un proceso judicial significa para los ciudadanos cuyo acceso al mismo se encuentra configurado por los arts. 38 inc. 2 y 20 CPR que establecen el derecho a acceder a la justicia para enjuiciar a la Administración cuando sean lesionados sus derechos.

Por tanto, el objeto del control judicial al examinarse el ejercicio de potestades administrativas discrecionales deberá ser antes que todo, la verificación por parte del juez de cada uno de los fundamentos o características que revisten a la discrecionalidad en el Derecho chileno los cuales se encuentran correspondidos por las distintas técnicas de control utilizadas en nuestro Derecho para revisar la discrecionalidad. Cuando el juez deba constatar que se respete la concepción positiva que se tiene de la discrecionalidad deberá tener en cuenta los elementos reglados que revistan a la decisión y potestad y sobre todo el principio de juridicidad en virtud del cual aparecen los principios generales del Derecho. En segundo término, debe constatar que la discrecionalidad administrativa se esté utilizando de manera correcta siendo un complemento de la función de administrar eficazmente para alcanzar el bien común, caso en el cual la desviación de poder constituirá una herramienta muy útil en desvelar dicha finalidad; finalmente el juez deberá asegurarse que en la decisión administrativa o acto en cuestión no existe arbitrariedad lo que vendrá determinado principalmente por la fundamentación o los motivos así como por la expresión de estos a través de la motivación que justifiquen el acto en concreto.

De esta forma, los fundamentos de la discrecionalidad administrativa se transforman en las bases sobre las cuales el juez debe desplegar su función judicial sin que pueda desconocer ninguno de estos elementos a la hora de controlar a la Administración en ejercicio de estas potestades. Con ello también se flexibiliza el uso o la incorporación de otras técnicas de control en la medida que puedan servir para ayudar al juez en la comprobación de estas bases jurídicas de la discrecionalidad administrativa de manera que la intervención de los tribunales de justicia constituye una garantía necesaria no sólo para los ciudadanos sino que también para mantener la armonía del propio Ordenamiento jurídico.

2. La configuración de la discrecionalidad administrativa en la norma.

Los conceptos jurídicos indeterminados. Nuestra posición.

Para saber de qué se habla cuando hablamos de discrecionalidad administrativa no basta tan sólo con conocer los fundamentos en que la misma se basa sino que también es necesario conocer su alcance y configuración en la norma jurídica, cuestión que una vez despejada puede ser determinante en el posterior control judicial y en la determinación de sus límites.

Como se ha señalado, la configuración de la discrecionalidad administrativa en el Derecho chileno ha sido estudiada tradicionalmente desde el punto de vista de las potestades administrativas así como también desde el punto de vista del acto administrativo y de los elementos que pueden ser de tipo discrecional en uno y otro caso. La estructura normativa como fuente de la discrecionalidad se ha relacionado con el elemento conjuntivo que une el supuesto de hecho con las consecuencias jurídicas de la norma y que en algunas ocasiones adopta la forma verbal “podrá” o “facúltese” pero como ha quedado de manifiesto, la misma no es concluyente de la atribución de potestades discrecionales a la autoridad administrativa. Ahora bien, subyace en nuestro Derecho que la discrecionalidad administrativa sólo se encuentra presente en las consecuencias jurídicas de una

norma jurídica pues los elementos “qué” y “cuando” aceptados como discrecionales en una potestad discrecional, generalmente se ubicarán en esa parte de la estructura normativa.

Sin embargo, la extensión de la discrecionalidad al supuesto de hecho de la norma ha sido un planteamiento que se ha introducido de forma más reciente⁸⁹⁷ y que eventualmente podría abrir futuros debates respecto a la ubicación de la discrecionalidad administrativa en la estructura de la norma de forma que nos parece necesario analizar la configuración de este fenómeno desde este punto de vista especialmente por los denominados conceptos jurídicos indeterminados que se han hecho presentes en la legislación más técnica y en áreas más especializadas y reguladas del Derecho administrativo chileno.

Por otra parte, analizar la discrecionalidad administrativa desde su configuración en la estructura normativa reporta una serie de ventajas pues no sólo permite delimitar el ámbito de discusión respecto de la discrecionalidad y precisar qué se discute cuando se habla de esta, sino que también contribuye a la determinación de su propio concepto y al alcance del mismo, el cual está delimitado por la ubicación que se sostenga que tenga la discrecionalidad en la norma jurídica tal como se ha dejado de manifiesto en el Derecho español⁸⁹⁸. En tercer lugar utilizar esta perspectiva permite ampliar el debate de la discrecionalidad administrativa no sólo a su ejercicio sino que también a su atribución por parte del legislador haciéndole responsable también de la presencia de esta en el Ordenamiento jurídico y de su posterior ejecución pues la autoridad sólo puede actuar de acuerdo al art. 7 CPR “dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley” expresión esta última que si bien se refiere al procedimiento, señala literalmente que la actividad de la Administración sólo será el producto de la actividad legislativa y de su técnica empleada. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al señalar que “No puede la ley, por ende, reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en

⁸⁹⁷ CARRASCO FUENTES, P., “Elementos básicos de la arquitectura normativa...”, op. cit.; SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R., “Discrecionalidad administrativa...”, op. cit., pp. 19 y ss.

⁸⁹⁸ BACIGALUPO SAGESSE, M., “La discrecionalidad administrativa...”, op. cit., pp. 26 y ss.

cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica”⁸⁹⁹.

Así, en el Derecho español como pudimos observar, se ha dejado de manifiesto que una insuficiente programación normativa o uso de la técnica legislativa puede acarrear la inconstitucionalidad de los preceptos en cuestión por vulnerar el art. 24.1 C.E. al no contenerse los elementos suficientes que permitan al juez un control posterior adecuado y con ello dar contenido al derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁰⁰. Este razonamiento nos parece interesante no obstante, en el Derecho chileno habría que indagar si es posible extrapolarlo a nuestra realidad en circunstancias en que no existe un derecho establecido de forma expresa en dichos términos y sólo se ha hablado de una garantía de la tutela judicial⁹⁰¹ realizándose una construcción doctrinal de un derecho a la tutela judicial en virtud de distintas acepciones constitucionales y jurisprudenciales⁹⁰².

Ahora bien, hecha la justificación de lo útil que es abordar la discrecionalidad administrativa desde esta perspectiva para nuestro Derecho, consideramos que la discrecionalidad sólo existe en las consecuencias jurídicas de la norma.

En primer lugar porque como ya señalamos, el enfoque de la configuración de la discrecionalidad administrativa hecha desde las potestades administrativas señala que la discrecionalidad sólo puede existir respecto de los elementos que, es decir respecto de la adopción o elección de la medida o decisión entre varias que son admitidas como válidas por el Derecho⁹⁰³ y en el cuándo⁹⁰⁴, que constituye la determinación de la oportunidad en la cual actuar por parte de la

⁸⁹⁹ STC de 9 de abril de 2003, Rol 370/2003.

⁹⁰⁰ BACIGALUPO SAGESSE, Mariano, “*La discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., p. 225.

⁹⁰¹ BERMÚDEZ SOTO, J., “*Derecho administrativo general...*”, op. cit., p. 530.

⁹⁰² BORDALÍ SALAMANCA, A., Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial, Revista chilena de Derecho, Vol. 38, n° 2, 2011.

⁹⁰³ SOTO KLOSS, E., “*Derecho Administrativo, Temas Fundamentales...*”, op. cit., p. 379.

⁹⁰⁴ CEA EGAÑA, J., “*Hermenéutica constitucional, soberanía legal...*”, op. cit., pp. 14-15.

Administración. Esto resulta plenamente coherente con señalar que la discrecionalidad administrativa sólo existe en las consecuencias jurídicas de la norma pues será en esta parte en la que se contemplará por el legislador, luego de establecer el supuesto de hecho, un abanico de posibilidades a elegir por parte de la autoridad siendo lógico que así sea pues el legislador al programar una potestad discrecional también lo hará a través de una norma jurídica de forma que ambos aspectos deben ser congruentes.

En segundo lugar y tal como se pudo observar al estudiar el Derecho español, el concepto de discrecionalidad administrativa en el Derecho alemán y Derecho austriaco⁹⁰⁵ era considerado ampliamente comprensivo de la existencia de este tanto en el supuesto de hecho de la norma como en las consecuencias jurídicas. No obstante, este concepto experimentó una importante reducción que se tradujo en la extensión del control judicial de estas materias siendo determinante en esto los denominados conceptos jurídicos indeterminados. En el Derecho chileno la discrecionalidad ha sido originalmente entendida en una acepción más restrictiva pues no ha sido parte de nuestra historia jurídica la exención del control judicial por existir este tipo de conceptos en el supuesto de hecho de la norma, sino que la exención judicial ha obedecido a otras razones. De esta forma este proceso no ha tenido lugar en nuestro Derecho y es ajeno a nuestra historia y al tratamiento de la materia. En este sentido creemos que no tendría sentido plantearlo pues desde el punto de vista del Derecho comparado significaría sólo un retroceso en materia de control judicial y de las garantías de los ciudadanos frente a su lucha con el Poder.

Por otra parte, quienes defienden que la discrecionalidad puede tener su origen en el supuesto de hecho de la norma señalan que esta derivaría de la inexistencia o imperfección del mismo supuesto de hecho definiéndose la discrecionalidad como una habilitación a la Administración para completar o

⁹⁰⁵ BULLINGER, M., "La discrecionalidad de la Administración Pública...", op. cit., pp. 1-2.

bien crear el supuesto de hecho imperfecto⁹⁰⁶. En este sentido Bullinger señala que ello solo puede admitirse cuando el legislador conceda discrecionalidad para que la decisión directriz legal sea concretada por un programa administrativo y realizada en cada caso mediante dicha concreción lo que sólo tendrá lugar “en una gradación cuantitativa y cualitativa, cuando le es transferida a la Administración la responsabilidad y la misión de configurar decisiones directrices legales y de condensarlas en programas de actuación más concretos, de manera similar a como sucede con una autorización para promulgar disposiciones reglamentarias”⁹⁰⁷. En el Derecho chileno esto ocurriría por ejemplo respecto de la atribuciones especiales del Presidente de la República del art. 32 n° 6° de ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes. En este sentido, la potestad reglamentaria si bien es esencialmente una potestad discrecional, también tiene el carácter de potestad normativa secundaria⁹⁰⁸, siendo a nuestro juicio, la discrecionalidad en este proceso de creación de norma jurídica, similar a la que posee el legislador por ejemplo, al momento de dictar las leyes.

Fuera de estos casos como agrega Bullinger, la discrecionalidad “no debe ser equiparada a cualquier indefinición o sentido abierto de una ley, ya que la aplicación de normas legales al caso concreto mediante su condensación, es, en mayor o menor medida, un elemento normal de toda aplicación del Derecho que en última instancia está reservada a los tribunales”⁹⁰⁹.

Los conceptos jurídicos indeterminados

Señalar que la discrecionalidad administrativa existe en las consecuencias jurídicas de la norma no implica desconocer que pueden existir casos o

⁹⁰⁶ BACIGALUPO SAGESSE, M., “*La discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., pp. 181-182.

⁹⁰⁷ BULLINGER, M., “*La discrecionalidad de la Administración Pública...*”, op. cit. p. 7.

⁹⁰⁸ CARMONA SANTANDER, C., “*Tres problemas de la potestad reglamentaria...*”, op. cit., p. 1.

⁹⁰⁹ BULLINGER, M., “*La discrecionalidad de la Administración Pública...*”, op. cit. p. 7.

supuestos que generen dudas como lo constituyen el empleo de ciertos conceptos jurídicos indeterminados. En el Derecho español la reducción del concepto de discrecionalidad del supuesto de hecho y de las consecuencias jurídicas a sólo las consecuencias jurídicas tuvo un impacto positivo pues se permitió ampliar el control judicial del ámbito discrecional administrativo sin perjuicio de lo cual comenzó otro debate en torno a si en la apreciación de los conceptos normativos presentes en el supuesto de hecho de la norma era posible que se desplegara una actividad discrecional.

Quienes señalan que la discrecionalidad existe en el supuesto de hecho, apuntan a que la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados que podría haber utilizado el legislador daría lugar a una discrecionalidad pues en dicha labor el ente aplicador excedería la actividad cognoscitiva propia de la interpretación ante la dificultad de encontrar la solución justa de cada concepto⁹¹⁰.

La utilización de los conceptos jurídicos indeterminados de tipo técnico en los últimos años ha tenido más relevancia sobre todo en la legislación sectorial y en los ámbitos regulados, y por ello creemos que es necesario plantear nuestra postura para eventuales debates que puedan surgir en el futuro. En este sentido compartimos lo planteado por la doctrina mayoritaria española en torno a que frente a conceptos jurídicos indeterminados se desplegaría una actividad cognitiva de carácter objetiva y no volitiva que caracteriza a la actividad discrecional⁹¹¹. Lo anterior obedece a una serie de razones.

En primer lugar, los conceptos jurídicos o normativos de tipo indeterminado son comunes en todo el Derecho pues su utilización por el legislador no se encuentra circunscrita a una determinada área o materia sino que forman parte del Derecho positivo de forma que si bien puede generar dificultad su precisión o

⁹¹⁰ BACIGALUPO SAGESSE, M., *"La discrecionalidad administrativa..."*, op. cit., pp. 199-201; MUÑOZ MACHADO, S., *"Tratado de Derecho Administrativo..."*, op. cit., p. 871; SÁNCHEZ MORÓN, M., *"Discrecionalidad administrativa y control judicial..."*, op. cit., pp. 117-118.

⁹¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *"Curso de Derecho..."*, op. cit., p. 502; PAREJO ALFONSO, L., *"Administrar y juzgar: Dos funciones constitucionales distintas y complementarias..."*, op. cit., 119; SAINZ MORENO, F., *"Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad..."*, op. cit., pp. 164-165; ALONSO MAS, M., *"La solución justa en las resoluciones administrativas..."*, op. cit., pp. 243-244; MOZO SEOANE, A., *"La discrecionalidad de la Administración Pública en España..."*, op. cit., p. 376.

aplicación en el área administrativa, no es exclusiva de esta. De esta forma, cuando la norma contiene un determinado mandato el receptor de la misma para comprenderlo realiza una actividad cognoscitiva para determinar su alcance, norma en la que pueden existir conceptos de índole jurídica, técnico o político que no plantean problemas de interpretación o bien, que pueden dar lugar a dudas respecto a su campo de aplicación. Así, comprendemos que la apreciación del supuesto de hecho de una norma así como de los conceptos jurídicos indeterminados que la misma puede utilizar, es un aspecto propio de la aplicación del Derecho constituyendo el núcleo de la interpretación jurídica⁹¹².

En el Derecho chileno, ajeno a toda la problemática de los conceptos jurídicos indeterminados en relación con la discrecionalidad administrativa, así se ha entendido además por la jurisprudencia de la Corte Suprema la que trata a estos conceptos normativos como un aspecto transversal del Derecho sin limitar o relacionar esta materia con la discrecionalidad de la Administración entrando a controlar la aplicación de estos⁹¹³. Ejemplo de lo anterior lo constituye un pronunciamiento de la Corte en que conociendo de un recurso de protección interpuesto por una Corporación educacional en contra del Ministro de Educación por la dictación de un decreto que ponía fin al convenio administrativo entre ambos entes para la administración de un establecimiento educacional, señala que “los fundamentos aducidos por la autoridad recurrida para justificar el término anticipado del convenio suscrito con la recurrente carecen de fuerza suficiente para configurar la causal de interés general invocado por el Derecho impugnado” agregando que en todas las situaciones las causales que determinaban la creación del acto deben ser razonables y acreditadas si el asunto se ventila en sede jurisdiccional⁹¹⁴.

En segundo lugar, la Administración como receptora de una norma jurídica, puede llevar a cabo una interpretación, especialmente cuando realice una

⁹¹² ALONSO MAS, M., “*La solución justa en las resoluciones administrativas...*”, op. cit., p. 276.

⁹¹³ SCS de 10 de marzo de 1994, Rol 22.607/93.

⁹¹⁴ SCS de 10 de marzo de 1994, Rol 22.607/93.

actividad de administración indirecta en donde esta desempeña una actividad similar a la jurisdiccional y que se califica por Desdentado como discrecionalidad débil o jurídica⁹¹⁵. Sin embargo y aún en este caso, cuando la Administración lleve a cabo dicha función, la determinación final del concepto le corresponderá al juez pues en un sistema en el que se consagra el principio de separación de funciones, es él el llamado a interpretar el Derecho especialmente cuando la aplicación hecha de la norma jurídica puede afectar también a los ciudadanos, pues en este caso el juez constituye el tercero imparcial capaz de corregir el desequilibrio original entre la relación de ambas partes.

A diferencia del Derecho español en que se reconoce que esta labor de interpretación de dichos conceptos es más complicada en virtud del privilegio de la decisión previa⁹¹⁶ porque la Administración tiene una primera aproximación con la norma jurídica, en el Derecho administrativo chileno el asunto es distinto pues los recursos administrativos por regla general y de acuerdo al art. 10 LBGAE no constituyen un trámite previo para la vía jurisdiccional es decir, no operan como una fórmula de agotamiento previo de la vía administrativa, con la excepción del reclamo de ilegalidad en contra del acto municipal y regional, así como en contra de la resolución de calificación ambiental. De esta forma el ciudadano puede optar entre entablar los recursos administrativos en sede judicial o administrativa con lo que la decisión de la Administración no se ve tan fortalecida.

En este sentido, no creemos que la discrecionalidad administrativa tenga una función interpretadora o creativa de Derecho sino que a nuestro juicio la discrecionalidad administrativa es una elección entre varias alternativas así como la determinación del momento u oportunidad de acción, quedando lo relativo a la comprensión de la norma jurídica así como de los conceptos jurídicos indeterminados reservada al ámbito de la interpretación jurídica cuya labor le corresponde por excelencia a los tribunales. En esta función los jueces no sólo se

⁹¹⁵ DESDENTADO DAROCA, E., "*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*", op. cit., pp. 82-83.

⁹¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., "*Curso de Derecho...*", op. cit., p. 503.

limitan a la ley o a la norma que regula una determinada situación sino que también aspiran hacer valer los principios directivos del Ordenamiento jurídico⁹¹⁷ pues en virtud del Estado constitucional de Derecho tienen un papel decisivo en la creación del Derecho⁹¹⁸, algo que se encuentra, en virtud de la distinta posición de la Administración con este último, más allá de su función. Ello porque de acuerdo a Sosa Wagner, esta última se comporta como una persona jurídica, en donde el Derecho se presenta como normas de conducta y en donde las decisiones se adoptan en un determinado sentido porque se cree que son jurídicamente correctas, a diferencia del juez el cual tiene una relación directa con el Derecho y cuya función de decir que es lo que es Derecho ha sido encomendada por la comunidad para la composición de conflictos⁹¹⁹.

De esta forma, la Administración frente a un concepto jurídico indeterminado debe subsumir un caso concreto a un supuesto determinado aplicando simplemente la norma jurídica, lo que constituye un proceso reglado en el que no interviene la voluntad del órgano en cuestión, todo ello con el objeto de buscar la solución justa que alberga el concepto⁹²⁰ lo que no siempre será una labor fácil de determinar, pero ello no debe conducir a la conclusión que exista discrecionalidad en el supuesto de hecho de la norma⁹²¹.

Así, la regla general será el pleno control judicial de este tipo de conceptos⁹²² incluso los de tipo técnico⁹²³. Ahora bien, la doctrina de las consecuencias jurídicas ha aceptado que puede existir en relación a ciertos

⁹¹⁷ LARENZ, K., *"Metodología de la ciencia del Derecho..."*, op. cit., 359.

⁹¹⁸ CASTILLO BLANCO, F., *"La interpretación y aplicación del Ordenamiento..."*, op. cit., pp. 32, 54. El autor señala que debe aceptarse este papel de los órganos judiciales que en virtud del liberalismo jurídico se ha querido reducir a la sola aplicación del Derecho, no obstante, al juez le corresponde materializar los principios que son consecuencia del Estado constitucional de Derecho y que son la seguridad jurídica, la justicia material y el principio de legalidad.

⁹¹⁹ SOSA WAGNER, F., *Jurisdicciones administrativas especiales*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1977, pp. 33, 40.

⁹²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *"Curso de Derecho..."*, op. cit., pp. 502-504.

⁹²¹ PAREJO ALFONSO, L., *"Administrar y juzgar: Dos funciones constitucionales distintas y complementarias..."*, op. cit., p. 119; SAINZ MORENO, F., *"Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad..."*, op. cit., pp. 166, 172;

⁹²² ALONSO MAS, M., *"La solución justa en las resoluciones administrativas..."*, op. cit., pp. 243-244,

⁹²³ DESDENTADO DAROCA, E., *"Los problemas del control judicial..."*, op. cit., p. 65. El informe de peritos es fundamental para ayudar al juez a precisar los mismos.

conceptos jurídicos, cuya interpretación fuera más difícil de lo habitual por ubicarse en las zonas de incertidumbre o en el halo del concepto, un margen de apreciación. En este sentido tal como señala García de Enterría y Fernández Rodríguez, los conceptos de mera experiencia que no plantean mayor dificultad son plenamente controlables por el juez pero los de valor que serían los de tipo políticos (y a los que ellos agregan los técnicos) solo admitirían un control más limitado el que puede llevarse a cabo de forma negativa⁹²⁴. En este caso y en presencia de un margen de apreciación, el juez podrá de todas formas controlar pero este será un control mínimo o limitado debiendo extenderse sólo a los excesos que hubiese podido cometer la Administración en la labor de encontrar la solución justa⁹²⁵ no pudiendo negarse la existencia de un margen de apreciación⁹²⁶.

En este sentido creemos que también lo entienden implícitamente nuestros tribunales. Así, en un caso de rechazo de la solicitud de permanencia en el país fundada en un acto delictivo que el solicitante extranjero había cometido hace diez años en su país y por el que ya había cumplido condena, el juez señala que el mismo no aparece como una transgresión a la conveniencia o utilidad nacional ni se relaciona con la protección de la seguridad del Estado y los cimientos de la institucionalidad⁹²⁷. Los conceptos de conveniencia y utilidad nacional habían sido aducidos por la Administración como los motivos para rechazar la solicitud en cuestión siendo controlados por el Tribunal. En este caso el control que lleva a cabo el juez es negativo pues simplemente se limita a dejar de manifiesto el exceso que ha cometido la autoridad desplegándose el control del juez en términos de si los motivos configuran la causal o no, más allá de analizar qué es lo que debe entenderse por dichos conceptos. En este tipo de casos, la autoridad con amplias facultades es el Ministro del Interior, representante directo del Presidente de la República, con lo que podría aceptarse que este tipo de

⁹²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *"Curso de Derecho..."*, op. cit., pp. 503-504.

⁹²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *"Curso de Derecho..."*, op. cit., p. 506.

⁹²⁶ MOZO SEOANE, A., *"La discrecionalidad de la Administración Pública en España..."*, op. cit., p. 378.

⁹²⁷ SCS de 25 de octubre de 2014, Rol 24.188/2014.

conceptos pueden tener en el caso concreto un alcance político pues a través de su aplicación se puede imprimir una determinada política de gobierno en relación a ciertas materias como lo constituye la migración.

La Corte también mantiene una actitud prudente cuando se trata de controlar conceptos jurídicos técnicos especialmente cuando estos deben ser aplicados por órganos técnicos administrativos. Por ejemplo, en un fallo en que se analiza la declaración como Monumento Nacional de un determinado inmueble por su “calidad e interés histórico o artístico”, la Corte comprueba en el caso concreto que la declaración efectuada no era ilegal ni arbitraria puesto que “el proceso de declaración del Hotel Continental, ubicado en la ciudad de Temuco, como monumento histórico, fue adoptada previo cumplimiento de los requisitos legales, lo que importó un estudio pormenorizado de los antecedentes esgrimidos por los interesados y autoridades con competencia para ello, escuchándose a todas las partes involucradas, entre ellos, los recurrentes, y, estudiado los antecedentes técnicos necesarios para emitir una decisión final...previo acuerdo favorable del Consejo”⁹²⁸.

De esta forma, el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados relacionado especialmente con la discrecionalidad, ha sido una materia ajena a nuestro Derecho, aplicando nuestros Tribunales la misma solución aportada por la doctrina mayoritaria española sin pasar por la controversia discutida en el Derecho español. Consideramos que extender el concepto de discrecionalidad administrativa al supuesto de hecho de la norma o a la aplicación o apreciación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados significaría abrir un espacio que nunca se ha encontrado en discusión en nuestro Derecho así como un retroceso en materia de control judicial de la discrecionalidad administrativa, lo que no sería beneficioso para este pues creemos que lo que realmente debe ocurrir, es el fortalecimiento y perfeccionamiento del mismo.

⁹²⁸ SCS de 28 de junio de 2012, Rol 3901/2012. Otro fallo en que se respetan los fundamentos de este órgano especializado señala que: “esta Corte no puede desentenderse de los fundamentos informados por el Consejo de Monumentos Nacionales, tenidas en consideración al momento de decidir su condición, en los que se reconoce la necesidad de preservar la edificación, a partir de los valores que en los ámbitos antes citados ella representa”, SCS de 23 de julio de 2013, Rol 2320/2013.

III. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN PARA LAS DEFICIENCIAS QUE EL CONTROL JUDICIAL PLANTEA

El largo periodo en que la Administración estuvo fuera del alcance de los tribunales ha quedado superado con la inclusión en 1989 en la Carta Fundamental, del art. 38 inc.2 que permite expresamente su control judicial, de forma que hoy no existen razones para que el mismo sea llevado a cabo con vacilaciones, sino que por el contrario, en un Estado moderno y de Derecho es necesario que los tribunales lleven a cabo su labor con firmeza y seguridad especialmente respecto de los ámbitos en que se actúa con discrecionalidad y que de la misma manera sea sentido por los ciudadanos.

Sin embargo, para ello es necesario que el marco dentro del cual los jueces pueden llevar a cabo la función judicial quede delimitado con claridad pues sólo de esa forma la función judicial puede ser desplegada también con seguridad y erigirse como una garantía de los ciudadanos que luchan contra las atribuciones reforzadas de la Administración. Lo anterior implica conocer por una parte, los parámetros mínimos que el Ordenamiento jurídico proporciona y en base a los cuales debe desplegarse esa labor judicial lo que ha quedado determinado al tratar los fundamentos de la discrecionalidad administrativa en nuestro Derecho, así como también implica por otra, conocer los límites hasta dónde puede llegar dicho control. Sólo de esa manera es posible que las técnicas de control hoy empleadas puedan desarrollarse y perfeccionarse de acuerdo a las exigencias que nuestro Derecho impone y superar los obstáculos que al día de hoy el control judicial de la discrecionalidad administrativa encuentra.

En las páginas siguientes se expondrá cómo debería el juez efectuar el control judicial de la discrecionalidad en base a los fundamentos de la misma, analizando las técnicas de control empleadas actualmente así como los problemas que este control arroja y posteriormente estableceremos los límites del control judicial para determinar con claridad hasta dónde puede llegar el juez.

1. Las técnicas de control judicial

El control judicial de la discrecionalidad administrativa en la forma que se desarrolla tanto en el Derecho español como en el Derecho chileno, deja en evidencia que el mismo consiste en gran parte en la revisión de los elementos reglados que revisten al acto administrativo o bien que conforman la potestad discrecional estando plenamente aceptado que dicho control se lleve a cabo de dicha manera pues forma parte del ámbito que le corresponde a la función judicial. Al respecto, en la doctrina española se ha señalado que cuando se habla del control judicial de la discrecionalidad administrativa en realidad existe un control de la actividad de la Administración en su aspecto jurídico pues en principio el mismo es meramente una comprobación de los elementos reglados, de los hechos del caso e incluso de los conceptos jurídicos indeterminados, siendo una verificación o una constatación “de algo que es previo a la decisión misma y ajeno a la libertad de elección entre varias soluciones posibles en que el poder discrecional consiste”⁹²⁹ pues la discrecionalidad sería de por sí incontrolable. De esta forma se ha criticado la expresión “control judicial de la discrecionalidad” señalándose que el mismo sólo tiene un carácter adjetivo y rituario, debiendo hablarse de control de la legalidad de la actividad de la Administración sin más⁹³⁰.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista consideramos que la expresión control judicial de discrecionalidad es una expresión adecuada pues de acuerdo al diccionario de la RAE el control es una “comprobación, inspección, fiscalización, intervención”, de forma que no debe extrañar que el control consista precisamente en una comprobación o verificación de algo que es previo. En este sentido, creemos que para fortalecer el control judicial de la discrecionalidad en nuestro Derecho debemos concebir a este precisamente como una comprobación por parte del juez de los presupuestos que

⁹²⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*De la discrecionalidad de la Administración...*”, op. cit., p. 124.

⁹³⁰ REQUENA LÓPEZ, T., Ideas en torno a una expresión falaz: El control de la discrecionalidad administrativa, en I Jornadas de Estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Coord. Hinojosa Martínez, E., Y González-Deleito Domínguez, N., Civitas, 1996, p. 95.

rodean a la discrecionalidad administrativa o bien que la caracterizan y a los que ya hemos hecho alusión al hablar de los fundamentos de la misma. Creemos que este es el primer escalón en la función de control de este tipo potestades administrativas.

Estos fundamentos son los que deben ser puestos a examen por parte del juez encontrándose finalmente cada uno de estos estrechamente relacionados con las técnicas de control utilizadas en el Derecho chileno y que han sido también importadas y desarrolladas desde el Derecho comparado. Así, la discrecionalidad administrativa desde una concepción positiva como la que se sostiene hoy habilita al juez para que lleve a cabo un control de todos los elementos reglados en virtud del principio de legalidad pero también habilita para que el juez puede utilizar todo el Derecho y lo que el Ordenamiento jurídico pone a su disposición para llevar a cabo el control lo que incluye a los principios generales del Derecho. En este sentido es esa concepción positiva la que se encuentra en directa relación con el control judicial y el núcleo de su función. Este control judicial también ha permitido que puedan controlarse, como elementos reglados, la motivación y el fin. El primero ya hemos señalado que corresponde además al elemento diferenciador por excelencia de la discrecionalidad y la arbitrariedad. En tanto que el segundo, se encuentra en estrecha conexión con la función que tiene la discrecionalidad administrativa de administrar mejor y así cumplir de mejor manera con el bien común siendo la desviación de poder la herramienta que permitirá comprobar que el ejercicio de la discrecionalidad se dirige al fin para el cual fue consentida por el Ordenamiento jurídico.

De esta forma, las técnicas de control judicial del ejercicio de potestades discrecionales se encuentran estrechamente vinculadas a los fundamentos de la discrecionalidad administrativa en el Derecho chileno debiendo utilizarse las mismas para verificar el cumplimiento y el mantenimiento de estas bases. Para ello resulta imprescindible que las técnicas de control se constituyan como unas herramientas sólidas en manos del juez pues de esa manera serán un instrumento

eficaz para el control judicial de la discrecionalidad y el mantenimiento de la misma en los términos que el Ordenamiento jurídico lo ha permitido.

En esta tarea es necesario analizar las problemáticas que el uso de cada una de estas técnicas ha arrojado en nuestro Derecho a la luz del conocimiento aportado por el Derecho español para determinar las soluciones que puedan contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de estas herramientas de control. En este punto cabe señalar que no nos hemos referido anteriormente a los hechos determinantes como una técnica de control propiamente tal, pues consideramos que la determinación de los hechos constituye un aspecto básico en la labor del juez que se extiende a todas las materias y no sólo a la discrecionalidad administrativa. No obstante, y como ha quedado de manifiesto en la primera parte de este trabajo, los hechos y su determinación tienen una importancia fundamental para el funcionamiento eficaz y armónico de las demás técnicas de control las cuales no pueden aplicarse certeramente sin estos. De esta forma, la determinación de los hechos constituye una base importante del control judicial de la discrecionalidad administrativa y de la verificación que los jueces deben hacer de los fundamentos de la misma en nuestro Derecho.

1.1. Los hechos determinantes

Una de las técnicas más utilizadas para controlar la discrecionalidad de la Administración ha sido la determinación de los hechos que sirven de base al ejercicio de potestades de la Administración y que sustentan la decisión o el acto dictado siendo incluso mucho más habitual que la desviación de poder, técnica tradicionalmente asociada al ejercicio de la discrecionalidad, la cual es utilizada en menor medida tanto en el Ordenamiento jurídico español como europeo y chileno por la misma causa, la cual reside en la dificultad de prueba.

Ahora bien, en el Derecho chileno respecto de los hechos determinantes es posible identificar dos aspectos controvertidos. El primero de ellos dice relación con la prueba en sí de los mismos hechos en la vía del recurso de protección y el segundo, con la calificación jurídica y apreciación de estos.

La prueba de los hechos propiamente tal no ha sido una materia exenta de dificultades tal como se desprende también del Derecho español. En este sentido, cuando la LJCA de 1956 abandona el carácter revisor asignado a la jurisdicción contencioso administrativa y se permite a su vez el control judicial de la discrecionalidad, se permite con ello que los tribunales pudiesen pronunciarse respecto de los hechos del caso, admitir prueba en relación a los mismos y en definitiva entrar a conocer el fondo del asunto⁹³¹. De esta forma la determinación de los hechos aparece como una herramienta importante en la reducción del ámbito discrecional de la Administración al superarse las limitaciones que imponía el dogma del carácter revisor en la labor del juez. Así, hoy en el Derecho español la prueba de los hechos se realiza ante tribunales contenciosos administrativos, la cual se rige por una serie de normas que garantizan la etapa de prueba y el término probatorio, de la misma manera como se llevaría a cabo cualquier otro procedimiento judicial quedando revestido con las garantías propias de un debido proceso, indispensable cuando la contraparte es un ente tan poderoso como la propia Administración.

A la luz de esto no puede sino concluirse que la posibilidad de prueba de los hechos que han servido de base al ejercicio de potestades administrativas en el Derecho chileno se encuentra a lo menos mermada si la vía ideada para atacar este tipo de actuaciones así como las arbitrariedades del poder público, el recurso de protección, no cuenta con una etapa de prueba propiamente tal que permita acreditar los acontecimientos que han formado una decisión o actuación administrativa como lo ha dejado de manifiesto la Corte Suprema al señalar que “Así las cosas no resulta concordante con la finalidad cautelar, provisoria y de urgencia del recurso en estudio, entrar a decidir en un procedimiento breve, sin término probatorio y cuya resolución podría afectar a cientos de personas ajenas a éste, un asunto tan complejo⁹³². Con estos pronunciamientos lo que hace el tribunal es señalar que los asuntos que por su complejidad o densidad

⁹³¹ FERNÁNDEZ TORRES, J., “*Jurisdicción administrativa...*”, op. cit., pp. 322-323.

⁹³² SCS de 30 de abril de 2014, Rol 7764/2014.

requieran acreditar fehacientemente los hechos que los configuran, deben ser conocidos y resueltos a través del procedimiento ordinario a cargo de la jurisdicción civil, en el que sí existe un término probatorio y las garantías procedimentales en relación a la prueba. De esto se desprenden dos conclusiones, la primera es que la vía procesal creada especialmente como un medio para atacar la arbitrariedad de la Administración es a juicio de los tribunales una simple vía cautelar pero que se comporta en la práctica como el sustituto de un contencioso administrativo ordinario y la segunda, es que los asuntos más complejos en que interviene la Administración y en dónde se supone, la especialización de los juzgadores debiese ser mayor para aplicar correctamente las normas de Derecho público y administrativo, quedan en manos de una jurisdicción de tipo ordinaria en que se debaten principalmente aspectos concernientes al Derecho civil.

El perjuicio para los ciudadanos es evidente, pues no existe ninguna regla basada en criterios objetivos que permita diferenciar a priori si un asunto debe ser discutido en la jurisdicción civil o por medio del recurso de protección atendiendo a la dificultad del mismo y que le otorgue la seguridad jurídica al ciudadano que el tribunal no considerará en conocimiento de su causa que el proceso no es el adecuado para conocer del asunto luego de haber admitido su acción. Por otra parte, si la vía ideada especialmente para conocer las arbitrariedades y a través de las cuales se están controlando las potestades administrativas discrecionales no cuenta con un término probatorio adecuado, se ve mermada la posibilidad de dejar bien establecidos los hechos y con ello la correcta utilización de las demás técnicas de control que se encuentran en estrecha relación con estos.

Por lo tanto, la configuración de las vías procesales ordinarias se presenta como insuficiente por lo cual consideramos indispensable la configuración de una vía ordinaria especializada que cuente con todas las garantías procesales y que permita sobre todo al particular encontrarse en una igualdad de condiciones con la Administración pues el recurso de protección no cumple con las garantías requeridas para ello.

El segundo aspecto que ha despertado alguna controversia en relación con los hechos es la calificación y apreciación jurídica de estos. Respecto a lo primero, ha suscitado alguna incordia en sede judicial especialmente la labor que realiza la Inspección del trabajo cuando aplica multas en caso de infracción de la normativa laboral. Los pronunciamientos de la Corte Suprema han ido dirigidos constantemente a señalar que la calificación jurídica de los hechos, es una labor privativa de los tribunales de justicia, excediéndose este organismo al llevar a cabo dichas funciones. Ahora bien, esta ha sido una materia muy poco abordada en el Derecho chileno siendo un referente Pierry quien siguiendo al Derecho francés distingue entre la existencia de los hechos, su calificación y apreciación⁹³³. Respecto de la calificación jurídica de los hechos, Pierry señala que si el legislador ha señalado los motivos que sirven de base a una decisión administrativa este pasa a ser un aspecto reglado del acto administrativo en cuestión siendo por tanto controlable por los tribunales pues en definitiva se trata de un aspecto de legalidad⁹³⁴ aspecto muy difícil de diferenciar de la apreciación aunque esta sería un ámbito en el que opera la discrecionalidad de forma que su control puede llevar consigo el riesgo de sustituir a la Administración⁹³⁵.

En el Derecho español se ha señalado que la calificación jurídica significa expresar con las palabras lo que el hecho es pudiendo quedar estos bajo el amparo de un concepto expresado en la misma norma⁹³⁶ entendiéndose en términos similares a lo que se ha señalado en nuestro Derecho. Ahora bien, lo que nos interesa destacar es lo que se ha dejado establecido por la mayor parte de la doctrina en orden a los límites de la función judicial cuando se trata de apreciar los hechos o valorarlos pues se encuentra en concordancia con lo señalado por Pierry respecto a la apreciación de los hechos. Recordemos que se ha señalado por la doctrina española que el control de los hechos puede extenderse a la valoración de los mismos cuando esta se realice desde un punto estrictamente

⁹³³ PIERRY ARRAU, P., "El control de la discrecionalidad administrativa...", op. cit., pp. 487 y 488.

⁹³⁴ PIERRY ARRAU, P., "El control de la discrecionalidad administrativa...", op. cit., p. 488.

⁹³⁵ PIERRY ARRAU, P., "El control de la discrecionalidad administrativa...", op. cit., p. 488. En este mismo sentido lo ha señalado en la jurisprudencia de la Corte Suprema a través de sus votos minoritarios.

⁹³⁶ SAINZ MORENO, F., "Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad...", op. cit., p. 215.

jurídico pues en este caso sólo intervienen criterios de legalidad reduciéndose el problema a un asunto de interpretación⁹³⁷, admitiéndose también que si dicha valoración ha sido realizada en base a juicios de experiencia común e incluso experiencia técnica el juez puede controlar pues aún en este último caso puede recurrir a la prueba pericial sin que exista riesgo de sustitución dado que no existen elementos discrecionales⁹³⁸. En cambio si se utilizan criterios de oportunidad dicho control no puede extenderse a la apreciación de los hechos⁹³⁹ debiendo proceder el control sólo en caso de existir un error manifiesto que deje en evidencia que la decisión adoptada es irracional y desproporcionada⁹⁴⁰ lo que deberá aparecer de forma clara y suficientemente probado⁹⁴¹ tal como se ha señalado también en el Derecho europeo en donde el TJUE limita su competencia, respecto de la apreciación de los hechos, al error manifiesto⁹⁴².

De esta forma, la determinación de la exactitud de los hechos así como su calificación jurídica es una labor que le corresponde a los tribunales de justicia. Sin perjuicio de esto consideramos que si a un organismo administrativo se le atribuyen facultades fiscalizadoras, la calificación jurídica de los hechos que pueden ser objeto de la fiscalización no puede ser una labor privativa de los tribunales sino que dicha labor le corresponderá también al órgano en cuestión pudiendo el Tribunal con posterioridad controlar las facultades ejercidas y recalificar los hechos en caso que aparezca que lo que ha hecho la Administración no es correcto, es decir, llevando a cabo un control negativo al corregir simplemente el razonamiento al que ha llegado la Administración.

Respecto de la apreciación de los hechos y los límites de la función judicial, consideramos que la solución aportada por el Derecho español resulta de bastante utilidad para nuestro Derecho como puede observarse a partir de un pronunciamiento de la Corte Suprema. En el caso concreto la Corte conocía de un recurso de reclamación en contra de una multa aplicada por la

⁹³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *"Curso de Derecho..."*, op. cit., p. 519.

⁹³⁸ DESDENTADO DAROCA, E., *"Discrecionalidad administrativa y Planeamiento..."*, op. cit., pp. 213 y ss.

⁹³⁹ DESDENTADO DAROCA, E., *"Discrecionalidad administrativa y Planeamiento..."*, op. cit., pp. 215-216.

⁹⁴⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., *"Discrecionalidad administrativa y control judicial..."*, op. cit., pp. 135-137.

⁹⁴¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *"Derecho Administrativo, Parte General..."*, op. cit., p. 99.

⁹⁴² SSTJUE de 4 de septiembre de 2014, C-21/13; de 17 de diciembre de 2015, C-371/14.

Superintendencia de electricidad y combustibles la cual había sido rebajada por el propio órgano administrativo. La Corte Suprema conociendo el asunto confirma una nueva rebaja de la multa en primera instancia, en virtud de una recalificación de los hechos que a su juicio eran constitutivos de falta leve. El motivo de esta recalificación no se debía a un error de parte del órgano administrativo fiscalizador sino porque a juicio del tribunal la comisión del hecho no era totalmente responsabilidad del reclamante, conclusión a la que llega la Corte luego de haber hecho una distinta apreciación de los hechos. En el mismo pronunciamiento el voto minoritario expresa su disconformidad con la sentencia destacándose que de acuerdo a la naturaleza de los hechos, dicha infracción debía haber sido calificada como grave en la forma que lo había hecho la autoridad administrativa⁹⁴³. En este caso creemos que la Corte sólo debió haber recalificado los hechos en caso de que la calificación hecha por la Administración haya sido errónea y no para rebajar la multa atendiendo a otras circunstancias que nada tenían que ver con la calificación jurídica de los acontecimientos como falta grave. Para llegar a esta conclusión además la Corte aprecia los hechos imponiendo su apreciación a la que el órgano administrativo había hecho, lo que de la lectura del fallo puede ser un asunto discutido sobre todo cuando el órgano administrativo ya había rebajado la multa en un tercio del valor inicial y el tribunal la vuelve a rebajar en un cuarto de este último valor. Finalmente lo que hace la Corte es recalificar los hechos y rebajar una multa en base a una distinta apreciación, lo que puede ser objeto de discusión pues el tribunal no entró a discutir la gravedad de los hechos sino que solo atendió a otras circunstancias para confirmar la rebaja de la multa.

De esta forma creemos necesario establecer con claridad los límites del control judicial en relación a la apreciación de los hechos. Ya lo ha manifestado Saavedra al señalar que frente a una apreciación de hechos será el tribunal el que deberá demostrar que del expediente administrativo se desprende que dicha apreciación es manifiestamente errónea, debiendo contar además con antecedentes de carácter técnico que sustenten su decisión de anular la decisión

⁹⁴³ SCS de 13 de noviembre de 2014, Rol 28.447/2014

administrativa. De lo contrario se estaría frente a una discrecionalidad judicial no atribuida a los órganos judiciales⁹⁴⁴. Creemos que lo mismo puede decirse respecto de la calificación jurídica de los hechos cuando a un órgano administrativo se le han encomendado facultades fiscalizadoras. La razón para recalificar los hechos debe atender exclusivamente a la discusión de si los mismos calzan o no con lo propuesto en la norma jurídica y no debe utilizarse de forma instrumental para llegar a un resultado distinto por el tribunal que justifique una apreciación diferente de los hechos.

El funcionamiento adecuado de los hechos como técnica de control implica que se determine con claridad hasta dónde puede llegar el juez y cuáles son los espacios reservados a la Administración en relación a los mismos pues como hemos señalado, los hechos y su correcta determinación y delimitación constituyen la base del funcionamiento adecuado de las demás técnicas de control.

1.2. La motivación

En la medida que la motivación constituye el elemento transfigurador entre la discrecionalidad de la Administración y la arbitrariedad en la que la misma puede incurrir, nos encontramos con que su exigencia por parte de los tribunales de justicia constituye un punto fundamental en el control de la discrecionalidad administrativa. Lo que hace el juez a través del análisis de los motivos o de la motivación que avala un acto administrativo es comprobar que las potestades discrecionales han sido ejercidas de un modo correcto y adecuado según lo ha previsto y querido el Ordenamiento jurídico y su ejercicio excluye una eventual arbitrariedad.

Ahora bien, la exigencia de una motivación en cada una de las actuaciones de la Administración constituye una obligación que no sólo se aplica a los órganos administrativos sino que se extiende a todos los órganos que forman

⁹⁴⁴ SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R., *“Discrecionalidad administrativa...”*, op. cit., p. 120.

parte del Estado por ser la arbitrariedad rechazada en nuestro Ordenamiento jurídico y constituir un principio base de la Carta Fundamental y con ello un pilar importante en nuestro Derecho. La arbitrariedad como hemos señalado, aparece rechazada por la Carta Fundamental así como por el principio de transparencia y publicidad que exige la expresión de los fundamentos que sirven de base al actuar administrativo. De esta forma, la motivación es una garantía de la exclusión de la arbitrariedad con base en la LBGAE y reforzada constitucionalmente por el principio de transparencia y publicidad, configurándose a su vez su análisis como una verdadera técnica de exclusión de la arbitrariedad en el ejercicio no sólo de potestades administrativas discrecionales sino que de todo el actuar administrativo.

La motivación como expresión formal de los motivos o de los fundamentos que sirven de base y de respaldo a una determinada situación tal como se entiende en el Derecho español, en el Derecho europeo y en el Derecho chileno, exige también que dicha expresión de fundamentos sea idónea, suficiente y racional y se encuentre sobre todo en concordancia con todos los elementos que forman la decisión emanada de la Administración como lo ha exigido la jurisprudencia.

Aún en este contexto, es posible observar que existen vacilaciones por parte de nuestros tribunales de justicia en orden a exigir la motivación en estos términos especialmente en materia de función pública y de específicos actos del Presidente de la República que a nuestro juicio tienen el carácter de administrativos. Por tanto, surge la pregunta ¿es posible que hoy pueda aceptarse en el Derecho chileno una excepción a la exigencia legal de motivación establecida en LBPA la cual se encuentra reforzada constitucionalmente por la consagración del principio de transparencia y publicidad en las Bases de la institucionalidad de la Carta Fundamental? ¿Es posible admitir dicha excepción aún cuando aceptamos que la principal garantía en la exclusión de la arbitrariedad radica precisamente en la motivación como expresión de los

fundamentos que justifican un actuar administrativo? Creemos que es insostenible que se pueda configurar una excepción en este contexto jurídico.

De esta forma no se explica porque es posible encontrar aún pronunciamientos en la jurisprudencia de la Corte Suprema al controlar potestades discrecionales de la Administración en la que se considera que no se pueden exigir motivaciones o entrar en su análisis configurándose así una ausencia de control de la arbitrariedad de forma directa por parte de la Corte Suprema y que por tanto, se presenta como una incoherencia en nuestro Ordenamiento jurídico.

Recordemos estas dos situaciones. En primer lugar, cuando se trata de actos que aparecen dictados por el Presidente de la República decretando el retiro de funcionarios de las fuerza de seguridad, en donde en realidad la decisión es adoptada por los funcionarios de mayor jerarquía siendo sólo firmada por el Jefe de la Administración. En un fallo, cuyo razonamiento se encuentra acorde con lo sostenido más atrás, se hace presente que todos los Decretos supremos de llamado en retiro son idénticos y que en ninguno de ellos se expresan razones sustantivas para justificar la adopción de dicha medida señalando 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 resulta obvio, es insuficiente en un Estado de Derecho”⁹⁴⁵. Años más tarde frente a un caso similar la misma Corte Suprema señala que basándose en la potestad discrecional que se le reconoce el Presidente de la República para adoptar esta medida a proposición del Director General de la entidad cuestionada, el acto administrativo en cuestión no es ilegal ni tampoco arbitrario aún cuando en primera instancia se había dejado constancia que “la decisión resulta insuficiente e impropia en un Estado de Derecho en el que no debe haber lugar para ejercer el poder por el poder y en donde lo no motivado es arbitrario”⁹⁴⁶. Y

⁹⁴⁵ SCS de 16 de mayo de 1991, Rol 519/90P.

⁹⁴⁶ SCA de Santiago de 21 de agosto de 1998, Rol 2439/98.

finalmente es posible encontrar fallos en este mismo sentido en donde se señala que “el artículo 90 letra b) del D.F.L. N° 1 de 1980, del Estatuto Orgánico de la Policía de Investigaciones de Chile, establece el retiro temporal forzoso de los funcionarios de la Policía Civil, facultad privativa y discrecional de S.E. el Presidente de la República que se ejerce por medio de la dictación de un Decreto Supremo. El Jefe de Estado no está obligado a exponer los motivos que justifican una medida de esta naturaleza, siendo vedado para esta judicatura revisar su proceder porque ello sería calificar un acto discrecional de gobierno que la ley autoriza expresamente”⁹⁴⁷, negándose la indemnización de perjuicios que se solicitaba así como la declaración de nulidad de derecho público.

En estos casos se está ante una potestad discrecional del Presidente de la República pero se trata claramente de un acto administrativo aún cuando ha sido dictado en virtud de las atribuciones especiales que establece la Constitución puesto que tiene directos efectos respecto de la desvinculación de funcionarios públicos cuyos derechos se han visto lesionados por dicha medida. En este sentido como señala Atienza, el Estado de Derecho significa el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder, no justificándose por tanto las decisiones de los órganos públicos tan solo en razón de la autoridad que las dicta⁹⁴⁸. Por ello creemos que la prohibición y rechazo de la arbitrariedad que emana de la Carta Fundamental no puede tener excepciones lo que se estaría configurando al permitir que estas actuaciones no señalen una motivación, facilitando esta arbitrariedad la Corte al no exigir tampoco un requisito de legalidad en nuestro Derecho.

De la misma manera se configuran como una excepción a esta regla general, los pronunciamientos que no exigen exponer los motivos que se tuvieron en cuenta para despedir a un funcionario público o disponer su traslado sobre

⁹⁴⁷ SCS de 26 de junio de 2013, Rol 6364/2012.

⁹⁴⁸ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., “*Sobre el control de la discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., p. 15. Agrega el autor que el órgano debe aportar razones intersubjetivamente válidas a la luz de los criterios generales de racionalización práctica y los criterios positivizados del Ordenamiento jurídico.

todo cuando detrás de ese tipo de medidas puede esconderse un vicio de desviación de poder que tenga por objeto utilizar las atribuciones que establece la ley para perjudicar a un funcionario por motivos personales o políticos. En este sentido también ha habido pronunciamientos contradictorios. En algunas ocasiones frente a estas cláusulas predeterminadas por la ley y el Estatuto de funcionarios públicos y luego plasmados en sus respectivos contratos se exige la motivación para excluir arbitrariedades⁹⁴⁹ pero en otros, especialmente en la desvinculación, ha bastado simplemente la alusión al fundamento de derecho que permite proceder y que se reduce a “mientras sean necesarios sus servicios”⁹⁵⁰ o a “salud incompatible”⁹⁵¹. En estos casos la Corte simplemente ha señalado que con hacer alusión a dicha causal se entiende motivado el acto lo que es absolutamente cuestionable cuando ha sido la misma Corte quien ha calificado de discrecionales dichas facultades por parte de quien las ejerce⁹⁵² otorgándose así un margen de actuación a las autoridades administrativas que no debe quedar sin justificar.

A nuestro juicio, la potestad de cesar en sus cargos a los empleados públicos por la necesidad de sus servicios constituye una potestad discrecional estando el momento de tomar dicha decisión determinado por la necesidad, concepto que podría otorgar un margen de apreciación a la autoridad pero que puede ser contrastado por el juez pues dicha necesidad puede ser explicada con datos y hechos objetivos tales como la supresión de un cargo, disminución de la carga de trabajo, reorganización de los departamentos, etc. pudiendo ser perfectamente controlada su motivación. Ahora bien, en la práctica los tribunales entienden que dicha discrecionalidad alcanzaría la oportunidad de determinar dicha desvinculación por lo cual no entran a controlar permitiendo además que se cometan eventuales arbitrariedades al no exigir la motivación adecuada. Como ya

⁹⁴⁹ SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R., “Discrecionalidad administrativa...”, op. cit., pp. 207 y ss.

⁹⁵⁰ SCS de 13 de diciembre de 2010 Rol 8034/2010, de 11 de diciembre de 2014, Rol 24918/2014, de 30 de diciembre de 2014, Rol 28739/2014

⁹⁵¹ SCS de 3 de agosto de 2005, Rol 2975/2005.

⁹⁵² SCS de 9 de abril de 2013, Rol 1556/2013. Otros fallos han señalado que estas facultades son regladas, así SCS de 20 de enero de 2014, Rol 568/2013.

hemos señalado, esto es inaceptable especialmente en este tipo de casos en donde hay mayor probabilidad que la verdadera causa por la cual se cesa a un funcionario de su puesto no se deba a la necesidad, sino que a otras motivaciones que pueden ser de tipo personal o político, con lo que se configura un escenario ideal para la desviación de poder la cual puede no siempre quedar de manifiesto viéndose así los derechos de los funcionarios públicos mermados. Como lo ha señalado un voto minoritario, en estos casos, la justificación detrás de estas cláusulas es que dichos servicios no se necesitan porque son innecesarios, pidiendo el Derecho más⁹⁵³.

Con este tipo de decisiones administrativas se vulneran también otras normas importantes del Ordenamiento jurídico como se alega por los recurrentes, como son los principios de transparencia y publicidad que invitan a que la autoridad señale abiertamente cuales son los fundamentos que se encuentran detrás de sus decisiones y el derecho a la igualdad ante la ley pues en las mismas circunstancias sólo determinados funcionarios son desvinculados. También ha quedado de manifiesto en los pronunciamientos sensatos de esta jurisprudencia, cómo la falta de exigencia de la motivación provoca una discriminación arbitraria entre los trabajadores del Estado que se rigen por el Estatuto administrativo y aquellos que se rigen por el Código del trabajo vulnerándose con ello Pactos internacionales en cuanto al derecho al trabajo, el que no debería ser diferente en un caso y otro.

Por lo tanto, si se acepta que nuestro Ordenamiento jurídico rechaza la arbitrariedad no se pueden aceptar excepciones al respecto en razón de una determinada autoridad o cuando se trata de materias en que fácilmente se pueden utilizar potestades para fines diversos a los originalmente estipulados por la norma y en donde los derechos de los ciudadanos, y en este caso de los empleados públicos, pueden resultar directamente afectados sin que nadie repare en ello. De esta forma la exigencia de motivación constituye una herramienta

⁹⁵³ SCS de 18 de diciembre de 2014, Rol 24848/2014.

esencial para los tribunales en orden a comprobar que el ejercicio de potestades administrativas discrecionales excluye toda arbitrariedad pues esta última es una degeneración de la primera y además un aspecto censurado por nuestro Ordenamiento jurídico.

1.3. La desviación de poder

La desviación de poder o desviación del fin es el ejercicio de potestades administrativas, tradicionalmente se entiende que discrecionales, con el objeto de alcanzar fines diversos a los que la misma norma o el Ordenamiento jurídico ha contemplado alcanzar. Así, esta técnica de control se encuentra estrechamente relacionada con este elemento del acto administrativo o con el “para qué” de las potestades administrativas, elemento que se ha aceptado como reglado y que por tanto no es posible que pueda ser absolutamente definido por la autoridad administrativa aún cuando le corresponda a ella elegir la mejor decisión posible para la concreción del mismo. De esta forma la desviación de poder constituye una técnica muy importante en el control judicial de la discrecionalidad administrativa pues remite al juez a la comprobación de otro de los fundamentos de la discrecionalidad administrativa y que es que la misma cumpla la función o finalidad para lo que el Ordenamiento jurídico ha permitido y consentido su existencia y que es ayudar a que la función administrativa y la labor del administrador en los términos expuestos, se realice de la mejor manera posible adecuándose a las circunstancias del caso concreto.

La principal característica de la desviación de poder en el Derecho chileno es que ha tenido un origen jurisprudencial y no legal como ocurrió en el Derecho español⁹⁵⁴, sin embargo, se observa que falta un desarrollo más analítico de la misma que permita identificar cuáles son los elementos que la conforman en nuestro Ordenamiento jurídico. Por otra parte esto también facilita que los Tribunales superiores de justicia al examinar el ejercicio de potestades

⁹⁵⁴ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., “*La desviación de poder en el Derecho español...*”, op. cit., p. 134.

discrecionales puedan pasar por alto casos de desviación de poder a nuestro juicio, por un desconocimiento de la figura de forma más profunda y sobre todo de los elementos que la conforman. De esta forma resulta necesario que dicha técnica se consolide en todas sus aristas para que pueda convertir el control judicial en un control más eficaz.

La desviación de poder ha sido una infracción que habitualmente se ha considerado determinante en la declaración de arbitrariedad en el ejercicio de potestades discrecionales controladas a través del recurso de protección sin embargo, es posible encontrar pronunciamientos más recientes en el que se ha reconocido, como lo hemos señalado, de forma expresa que el fin forma parte de aquellos elementos reglados del acto administrativo el cual está constituido por el cumplimiento del interés general⁹⁵⁵ al que se encuentra obligada la Administración, ello en virtud del art. 1 de la CPR. y el art. 3 LBGAE encontrándose aquí el fundamento tanto de la existencia de la Administración como de sus potestades administrativas las cuales se encuentran determinadas al cumplimiento de dicho fin de forma que la infracción de este constituye también una ilegalidad. Por tanto se puede afirmar que la desviación de poder determina tanto la ilegalidad como la arbitrariedad de los actos administrativos examinados en vía judicial no obstante es necesario sistematizar los elementos que la conforman.

En el Derecho chileno y a diferencia de lo que ocurre con el Ordenamiento jurídico español, no existe un texto legal expreso como la LJCA de 1998 y su art. 70.2 que establezca pautas a partir del cual se pueda analizar esta infracción y técnica de control pues como hemos señalado, la misma se ha incorporado en nuestro Derecho por vía jurisprudencial. De esta forma resulta ilustrativo lo expuesto respecto de la desviación de poder en el Derecho español para la determinación de sus características en nuestro Derecho, pues ello permitirá perfeccionar la desviación de poder como técnica de control de la

⁹⁵⁵ SCS de 29 de diciembre de 2014, Rol 24615/2014.

discrecionalidad administrativa al poder conocer de antemano cuales son los elementos a identificar en los casos que deben ser resueltos por el juez.

De acuerdo al análisis que realiza Chinchilla de esta figura en relación al art. 70. 2 de la LJCA y a la jurisprudencia, la desviación de poder existe respecto de las potestades administrativas, regladas o discrecionales pudiendo incluso configurarse en una omisión siendo el elemento caracterizador de la figura el apartamiento del fin que justifica la potestad⁹⁵⁶. De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema creemos que la desviación de poder en nuestro Derecho tendría las siguientes características:

- a) Constituye una técnica complementaria cuya utilización aparece relacionada con la motivación, los hechos⁹⁵⁷ y tiene una aplicación más reducida en comparación con las demás herramientas a la hora de controlar la discrecionalidad de la Administración.
- b) La desviación de poder existe respecto de las potestades administrativas ya sea de tipo discrecional o reglado⁹⁵⁸. Tal como ocurre en el Derecho español, la desviación de poder puede existir en ambos tipos de potestades siendo sin duda más alta la probabilidad de que esto ocurra tratándose de ejercicio de potestades discrecionales. Sin embargo, también es posible que se manifieste en ejercicio de potestades regladas⁹⁵⁹ pues el fin es un elemento reglado de las potestades administrativas.
- c) La desviación de poder tiene lugar en el ejercicio de una potestad administrativa, es decir, en una actividad del órgano administrativo la cual se realiza para alcanzar un fin distinto al que se encuentra implícito o explícito en la norma o bien, al que persigue el Ordenamiento jurídico.

⁹⁵⁶ CHINCHILLA MARÍN, C., "*La desviación de poder...*", op. cit., pp. 57 y ss.

⁹⁵⁷ SCS de 7 de marzo de 2005, rol 50/2005, SCS de 12 de enero de 2006, rol 6493/2005.

⁹⁵⁸ SCS de 20 de enero de 2014, Rol 568/2013

⁹⁵⁹ SCS de 29 de diciembre de 2014, Rol 24615/2014.

Respecto a la posibilidad de que se configurara una desviación de poder por medio de una omisión en el ejercicio de una potestad administrativa, no hemos encontrado un pronunciamiento en este sentido, sin embargo, sería perfectamente posible que la autoridad administrativa no ejerciera su potestad existiendo detrás de una inactividad administrativa la intención de que no se desplieguen los efectos del ejercicio de dicha potestad⁹⁶⁰. Por ej. en materia de fiscalización, por existir intereses de otras personas en juego o los propios.

- d) Finalmente, el cuarto elemento que caracteriza y constituye el núcleo central de la desviación de poder es el apartamiento del fin que justifica la potestad administrativa en cuestión. Al respecto se ha señalado que “el fin puede ser de interés particular de la autoridad, como político, religioso o personal, y que también puede ser de interés general, pero distinto de aquel específico que según la norma permitía la dictación del acto”⁹⁶¹.

Como puede observarse, la desviación de poder en el Derecho chileno se configura en términos similares a como lo es en el Derecho español, lo que radica, a nuestro juicio, en la influencia del Derecho comparado en esta materia.

Ahora bien, la desviación de poder invita a discutir una serie de aspectos que se encuentran determinados por el elemento teleológico que además de ser una de las principales características de esta técnica de control, la distinguiría de otras infracciones del Ordenamiento jurídico⁹⁶².

En este sentido en atención a este elemento teleológico la desviación de poder puede ser vista desde una perspectiva subjetiva u objetiva. Recordemos que la primera tiene lugar cuando la Administración consciente y deliberadamente se aleja del fin previsto por el Ordenamiento jurídico a

⁹⁶⁰ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., “*La desviación de poder en el Derecho español...*”, op. cit., p. 146. De acuerdo al autor incluso una inoportunidad de una determinada actuación puede esconder una inadecuación con el Derecho configurándose aquí también una desviación de poder con respecto al Ordenamiento jurídico en general.

⁹⁶¹ SCS de 29 de diciembre de 2014, Rol 24615/2014.

⁹⁶² CHINCHILLA MARÍN, C., “*La desviación de poder...*”, op. cit., p. 51.

sabiendas que en ejercicio de sus funciones le corresponde satisfacer otro⁹⁶³. La concepción objetiva tendría lugar si se acepta que la desviación de poder simplemente obedece a la inadecuación del acto al fin que lo justifica sin que exista el elemento intencional de por medio y pudiendo obedecer dicha disconformidad a diversas razones⁹⁶⁴.

Se ha señalado que la desviación de poder entendida desde una perspectiva subjetiva expresaría la verdadera técnica de control pues se ha dicho que es este elemento subjetivo el que determina y distingue a la desviación de poder de un control de los hechos determinantes⁹⁶⁵ o bien del error de derecho⁹⁶⁶. Sin embargo, entender la desviación de poder desde este punto de vista también haría más complicado la posibilidad de probar que se ha incurrido en ella haciendo radicar aquí la causa de su limitada aplicación en el Derecho español siendo conveniente de acuerdo a Desdentado, adoptar una concepción objetiva simplificando con ello el trámite probatorio y haciendo más útil a esta técnica frente a otras como lo son los principios de razonabilidad y proporcionalidad que llevan consigo cierta indeterminación⁹⁶⁷. En la jurisprudencia del TJUE existe algún pronunciamiento en este sentido⁹⁶⁸ sin embargo, se ha dejado de manifiesto que esta técnica también presentaría dificultades en este ámbito pues el TJUE exige la concurrencia de datos objetivos para su prueba⁹⁶⁹.

En el Derecho chileno un reciente fallo de la Corte Suprema define la desviación de poder señalando que: “Así, la desviación de poder es un vicio que provoca la invalidación del acto administrativo y que se configura cuando la decisión contenida en aquél ha sido dictada por la autoridad teniendo en vista un fin diverso de aquel que lo faculta para dictarlo”⁹⁷⁰. Desde nuestro punto de vista la expresión “teniendo en vista” es un indicativo de que el autor debe estar

⁹⁶³ DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., p. 217.

⁹⁶⁴ CHINCHILLA MARÍN, C., “*La desviación de poder...*”, op. cit., p. 121.

⁹⁶⁵ CHINCHILLA MARÍN, C., “*La desviación de poder...*”, op. cit., pp. 118-120

⁹⁶⁶ RODRÍGUEZ ELIZONDO, J., “*La protección jurisdiccional del administrado...*”, op. cit., p. 82.

⁹⁶⁷ DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., p. 219.

⁹⁶⁸ STJUE de 24 de abril de 1996, T-551/93.

⁹⁶⁹ ABELLÁN HONORUBIA, V., VILÀ COSTA, B., y OTROS, “*Lecciones de Derecho Comunitario...*”, op. cit., p.189.

⁹⁷⁰ SCS de 29 de diciembre de 2014, Rol 24615/2014.

consciente del distinto uso que se le da a la potestad adoptándose por tanto una perspectiva subjetiva de esta infracción la que se ve reafirmada por otros pronunciamientos de la Corte Suprema en donde se resalta la intención de la autoridad administrativa de beneficiar a un tercero: “la facultad se ejerce no para cumplir con el bien común sino para beneficiar a un tercero”⁹⁷¹ o “hay concretamente un fin diverso al expresado como fundamento del acto, circunstancia esta última que constituye desviación de poder, al pretender la autoridad disponer de manera infundada del cargo para entregar su desempeño a otra persona de su confianza, proceder ciertamente contrario al ordenamiento jurídico”⁹⁷². En los casos en que la desviación de poder se configure para alcanzar fines particulares o privados, consideramos que es mucho más fácil advertir por parte del juzgador que el funcionario o autoridad en cuestión ha obrado de forma deliberada y consciente pues detrás de la aplicación de la desviación de poder lo que se persigue es que el funcionario público realice su función con estricto apego a las normas jurídicas y al Derecho con lo que se manifiesta el respeto al valor de la rectitud de parte de nuestro Ordenamiento jurídico. Esto se encuentra a nuestro juicio estrechamente conectado con el principio de probidad especialmente cuando a través del ejercicio de potestades administrativas discrecionales, se busca alcanzar un fin privado o de índole particular y no el fin de interés general que se ha configurado jurídicamente y ello por la especial consagración y definición de este principio en el art. 52 LBGAE que señala que “El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular” el cual tiene además una consagración constitucional junto al principio de transparencia, garante de la exclusión de la arbitrariedad como hemos señalado, en el art. 8 CPR. De esta forma en estos casos el principio de probidad puede constituirse como una herramienta de refuerzo para el juez al aplicar la desviación de poder.

⁹⁷¹ SCA de Concepción, de 24 de noviembre de 1989, Rol 7586/89.

⁹⁷² SCS de 20 de enero de 2014, Rol 568/2013

Ahora bien, la mayor dificultad se presentaría en aquellos casos en que existe una desviación del fin a otro, también amparado por el interés general, solo que no es el específico que la norma buscaba que se cumpliera en el caso concreto. La existencia de la intención será fundamental aún cuando esto entrañe la dificultad probatoria. Aquí también la Corte ha atendido a la intención al señalar que: “Que en los términos expuestos se ha configurado un acto ilegal afectado por un vicio que le resta validez, en doctrina denominado "desviación de poder", por haber sido dictado teniendo en vista un fin diverso del que fuera previsto específicamente por el precepto citado, no obstante tener competencia la autoridad. En efecto, el *móvil* que ha inspirado la decisión no es el invocado en el decreto cuestionado, sino el de obtener el desalojo en un tiempo breve de las instituciones que ocupan el inmueble...”⁹⁷³.

Por tanto, el acento subjetivo en la concepción de la desviación de poder entraña el problema de su prueba lo que se agudiza en nuestro Derecho si el control de las potestades administrativas se realiza por la vía del recurso de protección que como lo hemos dejado de manifiesto al referirnos a los hechos de la decisión, no contempla un término probatorio ni reglas que permitan rendir prueba atendida a la supuesta naturaleza cautelar del mismo con todas las desventajas que ello puede suponer en la defensa de los ciudadanos. De esta forma la posibilidad de probar la concurrencia de esta infracción se ve disminuida utilizándose esta técnica de control por los tribunales sólo en aquellos casos en que la desviación de poder ha aparecido de manifiesto de los mismos antecedentes que acompañan al recurso tanto en el momento de plantear la acción como en la contestación de la misma⁹⁷⁴ o bien por medio de una presunción en base a las mismas circunstancias⁹⁷⁵. En este sentido Martin-Retortillo ya advertía la importancia de la desviación de poder en relación con los hechos pues señala que la desviación de poder en relación con la LJCA de 1956 supondría “una

⁹⁷³ SCS de 23 de septiembre de 2010, Rol 5582/2010 (la cursiva es nuestra).

⁹⁷⁴ SCS de 7 de marzo de 2005, rol 50/2005, de 12 de enero de 2006, rol 6493/2005,

⁹⁷⁵ SCS de 2 de septiembre de 2013, Rol 4401/2013, SCS de 1 de septiembre de 2014, Rol 16577/2014.

reprimación de la prueba en el procedimiento contencioso pues el tribunal para poder señalar si el acto que se recurre está o no de acuerdo con el Ordenamiento jurídico deberá antes que nada calibrar y valorar debidamente las circunstancias de hecho, infiriendo solo a través del conocimiento directo que de estos hechos tenga, si ha existido o no desviación de poder”⁹⁷⁶.

De esa forma en la determinación de la desviación de poder de parte de nuestros tribunales se consideran los siguientes elementos:

- Determinación de los presupuestos fácticos
- La motivación así como los fundamentos que justifican la adopción de una determinada decisión discrecional.
- La finalidad de la norma que habilita el ejercicio de una determinada potestad administrativa y su coherencia con todos los elementos anteriores, funcionando esta técnica estrechamente relacionada con las demás teniendo por tanto un carácter complementario.

A nuestro juicio, el examen del fin de la norma o de la potestad administrativa atribuida, debe ser un elemento cuidadosamente analizado antes de ser enfrentado a los motivos y a los hechos que aparezcan acreditados, así como también el análisis de los posibles fines que en ejercicio de una potestad discrecional y atendiendo a las circunstancias del caso, la autoridad quiera alcanzar.

De esta forma la técnica de la desviación de poder se encuentra dirigida a verificar que la autoridad cumpla con el elemento reglado que la norma contempla y con ello, permite comprobar que la discrecionalidad consentida por el Ordenamiento jurídico esté siendo destinada para la finalidad prevista y que es lograr una mejor administración, constatándose así uno de sus pilares básicos.

⁹⁷⁶ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., “*La desviación de poder en el Derecho español...*”, op. cit., p. 174

1.4. Los principios generales de Derecho

La utilización de los principios generales del Derecho como técnica de control del ejercicio de potestades discrecionales constituye la expresión máxima de la concepción positiva de la discrecionalidad pues al señalar que esta sólo puede existir como un producto del Ordenamiento jurídico regida por el principio de juridicidad, se acepta también que pueda ser controlada por todos los elementos que lo integran lo que incluye a los principios generales del Derecho. A pesar de que se ha señalado que el examen que realizan los tribunales de justicia en la práctica no entra a cuestionar la decisión misma, consideramos que a través de la aplicación de los principios generales del Derecho se va más allá que con otras técnicas de control pues en definitiva, lo que hace el juez es analizar la decisión misma en relación con ciertos parámetros.

En el control de la discrecionalidad administrativa que se lleva a cabo en el Derecho chileno es posible apreciar la aplicación de algunos principios generales del Derecho como vimos en la primera parte de este trabajo destacando los principios de racionalidad y razonabilidad, el de proporcionalidad, el principio de igualdad ante la ley y en menor medida el principio de transparencia. Sin embargo, de lo estudiado en el Derecho español es posible encontrar que algunos principios se encuentran en una fase más desarrollada, pudiendo ser su incorporación plena a nuestro Derecho, de total utilidad. De la misma manera, nos encontramos con que nuestro Ordenamiento jurídico también provee algunas reglas a las que se puede sacar mayor provecho en el control de las potestades discrecionales de la Administración. Así, nos interesa referirnos especialmente a los principios de razonabilidad y racionalidad, al principio de proporcionalidad, al principio de transparencia y publicidad y al de probidad.

a) Los principios de razonabilidad y racionalidad

El principio de racionalidad y razonabilidad ha tenido una gran aplicación en materia de discrecionalidad administrativa en nuestro Derecho, destacando en

los orígenes de la jurisprudencia del recurso de protección como un importante criterio con el cual se contrastaban las decisiones o actuaciones impugnadas utilizando los términos irrazonables o irracionales para manifestar la arbitrariedad que pudo haber tenido lugar en el caso concreto.

Con gran influencia del Derecho español, ha llegado hasta nuestro Derecho el doble test de razonabilidad especialmente por vía doctrinal y pudiendo observarse su aplicación literal en un pronunciamiento de la Corte Suprema. Sin embargo, y a pesar de la introducción de dicha herramienta en nuestro Derecho, aún no se observa una aplicación masiva del mismo lo que podría ser de bastante utilidad para los jueces en los casos en que se quiera arribar justificadamente a declarar la arbitrariedad por irrazonabilidad de una determinada actuación, otorgándole mayor precisión a estos conceptos y reglas que comúnmente se han calificado como abstractas e indeterminadas. Recordemos que el doble test consiste en verificar el cumplimiento de los siguientes elementos por parte de los titulares de potestades discrecionales en la toma de decisiones administrativas y que posteriormente podrán ser controlados por el juez:

- Si se ha respetado o falseado la realidad de los hechos pues la discrecionalidad no alcanza la discrecionalidad.
- Si se ha tomado o no en consideración por la Administración algún factor jurídicamente relevante o se ha introducido por ella en el procedimiento de elaboración de la decisión algún otro factor que no lo sea.
- Si se ha tenido en cuenta o se ha obviado el mayor peso o mayor valor que, eventualmente otorgue el Ordenamiento jurídico a algunos de esos factores.
- Si, en caso de tener todos los factores de obligada consideración el mismo valor jurídico, se ha razonado o no la concreta opción a favor de uno de ellos o el razonamiento aportado adolece de errores lógicos o en fin, resulta inconsistente con la realidad de los hechos⁹⁷⁷.

⁹⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“Curso de Derecho...”*, op. cit., p. 526.

Si este examen resulta ser desfavorable para la Administración la decisión puede ser anulada. En caso contrario deberá realizarse un examen de razonabilidad el cual tendrá lugar como señalan los autores, en el caso de ser esta incoherente, es decir, que la medida carezca de aptitud objetiva para satisfacer el fin llamada a cumplir o desproporcionada “a ojos de cualquier persona sensata”⁹⁷⁸. De esta forma creemos que dado que la recepción de este instrumento ya está teniendo lugar, no queda otro camino que los jueces puedan comenzar a razonar conforme a los parámetros que este mismo test ofrece lo que sin duda fortalece la forma en que el juez puede acudir a enjuiciar a la Administración dejando atrás vacilaciones o dudas respecto de cómo justificar sus decisiones. El uso del mismo también reporta una utilidad a la Administración pues esta puede conocer en cuál de estos pasos ha incurrido en error pudiendo tenerlo en cuenta para actuaciones futuras así como también para los ciudadanos, pues les otorga mayor seguridad jurídica el saber cómo el juez está controlando y como controlará en el futuro.

b) El principio de proporcionalidad

De acuerdo a la jurisprudencia española, el principio de proporcionalidad tiene una gran aplicación gracias a la influencia del Derecho europeo y del denominado test de proporcionalidad alemán a través del cual se permite ponderar la decisión adoptada teniendo en cuenta distintos aspectos que lo conforman. En el Derecho chileno el principio de proporcionalidad ha sido comúnmente utilizado para indicar que la medida adoptada no es ajustada al hecho de que se trata o bien en materia de sanciones, sin embargo, es posible encontrar un fallo en que este principio fue aplicado en sus tres aspectos como expusimos en la primera parte de este trabajo pero por incorporación del Derecho internacional⁹⁷⁹. Ahora bien, la aplicación de este principio a través del examen de estos tres presupuestos es un aspecto más bien ajeno a la práctica judicial aún

⁹⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 527.

⁹⁷⁹ SCS de 10 de julio de 2014, Rol 17.132/2014.

cuando el mencionado pronunciamiento podría ser una introducción a su utilización.

En nuestra opinión, el principio de proporcionalidad más allá de ser aplicado como un sinónimo de lo ajustado o idóneo, podría ser de mucha utilidad al juzgador en la forma que se ha desarrollado y aplicado en el Derecho comparado lo que podría quedar demostrado a nuestro juicio en el siguiente caso. Se interpuso un recurso de protección en contra de un Decreto alcaldicio del municipio de Cabildo en virtud del cual se dejaba sin efecto un permiso concedido a una empresa de agua potable para llevar a cabo un proyecto que hiciera frente a la extrema escasez hídrica de la zona y asegurar así el agua para el consumo humano⁹⁸⁰. El permiso fue dejado sin efecto en virtud de lo dispuesto en la Ordenanza de ocupación de Bienes Nacionales siendo la causa precisa el interés público o municipal. Sin embargo, el fallo señala que por los antecedentes del caso la decisión de dejar sin efecto el permiso concedido se debió a los reclamos efectuados por pequeños agricultores, relativos a prevenir eventuales consecuencias por la disminución del nivel de las napas tanto para el suministro de agua de bebida y riego en las localidades rurales afectadas aguas abajo, como por los efectos que podría provocar la ejecución de obras nuevas para el caudal. La Corte señala que en este caso hay una desviación de poder porque el Alcalde atiende como motivo de interés público o municipal el reclamo de un grupo de agricultores, es decir, por desviarse de un interés general a uno propio de los particulares. A nuestro juicio, esto sólo se hubiese podido confirmar de aplicar el principio de proporcionalidad en sus tres aspectos. En primer lugar, la autoridad se encontraba facultada para poner término en cualquier momento a los permisos de ocupación de un bien nacional de uso público por motivos de interés general o municipal, es decir, gozaba de una potestad discrecional en cuya configuración se encontraba un concepto jurídico indeterminado como lo es el interés municipal, siendo el contenido del mismo algo que el Alcalde podría determinar de mejor forma, sin perjuicio de lo cual puede su aplicación ser susceptible de control por los jueces, pues se trata de una materia de interpretación del Derecho. En este

⁹⁸⁰ SCS de 29 de diciembre de 2014, Rol 24.615/2014.

sentido, el hecho de que los agricultores reclamaran dejando entrever otros problemas que se podían derivar de la ejecución del proyecto por parte de la empresa privada, no significa que defendieran sólo un interés particular sino que su reclamo podía haber expresado alguna desventaja en la aplicación de la obra con peores consecuencias para el pueblo, algo que debía ser apreciado por el Alcalde. ¿Cómo saber esto? A través del principio de proporcionalidad y de un informe de peritos se hubiese podido determinar si la medida que se quería implementar por la empresa era idónea, es decir, apta para lograr el fin que se quería alcanzar que era suministrar el agua para consumo básico; necesaria, lo que significa que no existía otra medida que se pudiese haber adoptado para alcanzar dicho objetivo y que hubiese sido más eficaz y menos restrictiva. En este sentido vale preguntarse si no existía otra solución en el caso concreto para hacer frente a la problemática de sequía. Y finalmente, proporcionada en sentido estricto lo que exige que el órgano administrativo hubiese ponderado previamente todos los intereses que se encontraban en discusión antes de adoptar una medida⁹⁸¹ así como sus ventajas e inconvenientes. Solo de esta forma el juez hubiese podido saber si en la decisión del Alcalde existía una desviación de poder o la misma se encontraba amparada por la causal de interés municipal que la norma legal contemplaba para dejar sin efecto el permiso concedido.

c) El principio de transparencia y publicidad

Una de las sorpresas con las que nos hemos encontrado en el estudio del Ordenamiento jurídico chileno en relación con la discrecionalidad administrativa ha sido el principio de transparencia y publicidad el cual se encuentra consagrado constitucionalmente en las bases de la Carta Fundamental y ha sido desarrollado ampliamente en vía legislativa. La aplicación del mismo como instrumento de control del ejercicio de potestades discrecionales ha sido sin embargo, más bien

⁹⁸¹ GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia...*, op. cit., pp. 53 y ss.

modesta⁹⁸², teniendo en consideración los alcances que este criterio aporta a nuestro Derecho, centrándose su utilización como garantía de la motivación con la que debe contar el acto administrativo. En este sentido y tal como hemos señalado en páginas anteriores, consideramos que el principio de transparencia y publicidad constituye una garantía de la exclusión de la arbitrariedad en nuestro Ordenamiento jurídico y en ese sentido un importante principio en el control del ejercicio de potestades discrecionales el cual debiera tenerse siempre en cuenta por los juzgadores al examinar esta materia. Al tener una importante consagración constitucional, su aplicación debe extenderse por tanto no sólo al ámbito de la Administración sino que a todos los espacios llenados por la actividad estatal convirtiéndose en un instrumento imprescindible en la labor del juez que permitirá darle aún más objetividad a su labor y fortalecer la misma. Por tanto consideramos que este principio debe ser un infaltable en el control judicial de la discrecionalidad debiendo estar presente cada vez que los tribunales examinan las actuaciones o decisiones dictadas con ocasión de potestades administrativas discrecionales. Si bien la exigencia de motivación constituye una exigencia legal impuesta por el art. 11 y 41 de LBGAE, sabemos que la misma es la expresión formal y sucinta de los fundamentos y motivos que respaldan un determinado actuar de la Administración y a través de los cuales el juez puede acceder a su razonamiento. Sin embargo, creemos que en virtud del principio de transparencia y publicidad el juez no puede sólo detenerse en las motivaciones pues estos principios obligarían tanto a la Administración como a los juzgadores a expresar tanto los fundamentos así como los procedimientos que utilizan, permitiendo por tanto un examen más profundo de la actividad administrativa y exigiendo de la misma manera la presencia de estos elementos lo que, en vista de las deficiencias del recurso de protección en materia probatoria, refuerza la función judicial.

De esta forma consideramos esencial utilizar los recursos que nuestro Ordenamiento jurídico pone a disposición del juzgador para que este pueda

⁹⁸² SSCS de 14 de mayo de 2013, Rol 2843/2013, de 6 de diciembre de 2012, Rol 8751/2012, de 28 de diciembre de 2012, Rol 3096/2012, de 8 de junio de 2012, Rol 3233/2012, 30 de marzo de 2010, Rol 5313/2008.

realizar su función sobre todo cuando a través de esta herramienta se refuerza la exclusión de la arbitrariedad.

d) El principio de probidad administrativa

Así como se establece en el art. 41 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea el derecho de los ciudadanos a una buena administración de parte de las instituciones y órganos europeos⁹⁸³, en el Derecho chileno se recoge una idea similar a través del principio de probidad administrativa que exige de la Administración una actuación acorde con la función que esta cumple. Como ya hemos señalado, este principio está reconocido constitucionalmente y desarrollado en LBGAE, caracterizándose al mismo como la preeminencia del interés general por sobre el particular, el cual exige de acuerdo al art. 53 LBGAE “el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”.

En este sentido consideramos que dada la importancia que se le atribuye a este principio por nuestro Ordenamiento jurídico como criterio guía de la función

⁹⁸³ Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
- la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

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

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

pública y especialmente de la función administrativa, el mismo debiera ser una pauta que el juez no debe olvidar al momento de controlar la actividad de la Administración, lo que cobra mayor relevancia cuando se trata de potestades discrecionales pues, en la pretendida libertad que el operador considera que tiene asignada, es más fácil que la misma no sea utilizada para el fin previsto por nuestro Derecho sino que sea desviada a otros efectos perjudicando con ello a la Administración misma así como la satisfacción del bien común, los intereses y derechos de la ciudadanía. Como señalamos anteriormente, este puede ser un instrumento especialmente útil a la hora de respaldar la técnica de control de la desviación de poder principalmente cuando el apartamiento del fin al que se encuentra obligada la autoridad en cuestión tiene como fundamento satisfacer uno distinto al interés general o especialmente uno particular. De esta forma, el principio de probidad administrativa debiera ser incorporado también entre los principios que el juez utiliza para controlar a la Administración.

2. El necesario control judicial de materias relacionadas con la discrecionalidad de la Administración

2.1. El control de la oportunidad

Para expresar los límites del control judicial tradicionalmente se hablaba del binomio legalidad oportunidad, nomenclatura reconocida tanto en el Derecho español como en el Derecho chileno a objeto de diferenciar cuáles eran los aspectos que podía entrar a controlar el juez y cuáles no siendo la oportunidad y la conveniencia aspectos ajenos a ese control⁹⁸⁴. De esta forma se reconoce que la oportunidad en el ejercicio de una potestad discrecional es un ámbito que puede

⁹⁸⁴ En el Derecho español SÁNCHEZ MORÓN, M., *“Discrecionalidad administrativa y control judicial...”*, op. cit., p. 114; BELTRÁN DE FELIPE, M., *“Discrecionalidad administrativa y Constitución...”*, op. cit., pp. 23-24. Los autores coinciden en que ya no tiene sentido realizar esta distinción pues la actuación administrativa es legal o jurídica o no lo es. En el Derecho chileno los términos merito, conveniencia y oportunidad son expresiones especialmente invocadas y relacionadas con el control de legalidad de la discrecionalidad administrativa que realiza Contraloría General de la República sin embargo, se ha señalado que dicha terminología sería ajena a nuestro Derecho, SOTO KLOSS, E., *“Derecho Administrativo, Bases Fundamentales...”*, op. cit., p. 5.

encontrarse comprendido por la discrecionalidad de la Administración cuando la norma jurídica no señale la oportunidad o el momento exacto en el que la misma debe ejercer sus potestades administrativas. En este caso este aspecto sería un ámbito privativo de la autoridad administrativa y sólo le corresponderá a ella determinar el momento en el que ejercer o no sus potestades para el cumplimiento de las funciones asignadas.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema como hemos visto en la primera parte de este trabajo, no cuestiona la discrecionalidad entregada a la autoridad para determinar la oportunidad de ejercer sus potestades discrecionales aun cuando en un pronunciamiento ha señalado como excepción que las mismas deben ser ejercidas dentro de un plazo razonable⁹⁸⁵, sumándose esta limitación a las excepciones que se han hecho valer para el control preventivo de legalidad que se lleva a cabo por Contraloría General de la República, en virtud del cual el control es procedente cuando existe establecido un plazo de actuación en la propia norma, así como cuando producto de una actuación inoportuna o tardía la Administración no cumpla de forma eficaz y eficiente con su función⁹⁸⁶ pues a partir de esto último puede configurarse una responsabilidad civil extracontractual para el Estado por falta de servicio.

En este contexto es necesario determinar por tanto si estas excepciones, especialmente el control mediante el principio de razonabilidad en relación con el plazo, pueden extenderse y consolidarse y cuál sería la justificación jurídica que permitiría que el juez pudiese abarcar estos aspectos tradicionalmente ajenos a su control en nuestro Derecho.

En el Derecho español, por regla general le está vedado al juez alcanzar el aspecto de oportunidad existiendo incluso un límite expreso en orden a que este no puede sustituir el momento u oportunidad de actuar en aquellos ámbitos en que este aspecto no se encuentre previamente determinado por una norma así

⁹⁸⁵ SCS de 8 de septiembre de 2014, Rol 3842/2014.

⁹⁸⁶ BERMÚDEZ SOTO, J., "*Derecho administrativo General...*", op. cit., pp. 496-497.

como tampoco dictar un mandato que concrete “genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades” de acuerdo a la Exposición de motivos de la LJCA de 1998. Sin embargo, en la jurisprudencia contencioso administrativa también es posible encontrar como excepción un plazo razonable dentro del cual debe ejercerse una determinada potestad discrecional pues de lo contrario se ha señalado que “el respeto hacia la necesaria discrecionalidad administrativa” ya no ampara a su titular⁹⁸⁷. En el ámbito del Derecho europeo, el TJUE ha señalado que la determinación de la oportunidad de actuación en un momento preciso procederá en caso de ser “objetivamente necesario”⁹⁸⁸ de acuerdo a las circunstancias del caso pero de acuerdo al art. 266 TFUE sólo deberá constatar la omisión ilegal sin poder expresar en términos concretos cómo debe actuar la institución comunitaria debiendo ser esta la que finalmente determine las actuaciones pertinentes.

Tanto en el Derecho español como en el Derecho europeo los jueces sólo podrán en estas circunstancias, proceder como si se hubiese producido lo que en el Derecho alemán se ha denominado la reducción a cero de la discrecionalidad, aspecto también recogido por el Derecho español, pues la pretendida discrecionalidad se reduciría en estos supuestos a una única solución que se traduce en un deber jurídico de actuación⁹⁸⁹ y esa es la condena que realiza el juez sin que pueda determinar de forma más específica y detallada en qué debe consistir la actuación de la Administración o de los órganos comunitarios según sea el caso. En esta materia nos parece interesante lo planteado por Martín-Retortillo y posteriormente por De Vicente, en orden a que en esta actividad la Administración se encuentra, al igual que en ejercicio de las potestades discrecionales, sujeta al Ordenamiento jurídico lo que incluye los principios generales del Derecho y su función de satisfacer el interés general⁹⁹⁰. Dada esta vinculación es que el ejercicio inoportuno de una potestad administrativa puede esconder una disconformidad con el Derecho como podría ser una desviación de

⁹⁸⁷ STS de 29 de diciembre de 2015, Roj 5615/2015.

⁹⁸⁸ STJUE de 5 de noviembre de 2014, C-402/13.

⁹⁸⁹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “El control judicial de la discrecionalidad...”, op. cit., pp. 317-318. DE VICENTE DOMINGO, R., “Discrecionalidad e inactividad...”, op. cit., pp. 21 y ss.

⁹⁹⁰ DE VICENTE DOMINGO, R., “Discrecionalidad e inactividad...”, op. cit., pp. 15 y ss.

poder no tan sólo con la norma concreta sino que con el Ordenamiento jurídico en general, siendo por tanto procedente el control jurídico respecto de las circunstancias fácticas que se requieren para dictar un acto, quedando sólo fuera de dicho control la adecuación o no del acto a las reglas técnicas o de buena administración⁹⁹¹.

En esta materia hay una serie de aspectos que deben tenerse en cuenta. En primer lugar, la determinación del momento u oportunidad en que la autoridad administrativa puede ejercer las potestades administrativas que se le han atribuido, especialmente discrecionales, es una cuestión que podrá ser reglada o discrecional según si la norma jurídica ha establecido el momento en que debe desplegar su actividad o si el mismo se ha establecido mediante un concepto jurídico indeterminado, casos en los cuales el juez puede perfectamente controlar pues este ha sido un elemento que la misma norma jurídica ha contemplado. Ahora bien, puede ser que el elemento “cuando” de una potestad discrecional no se encuentre determinado situación en que lo señalado por la doctrina española resulta bastante esclarecedor pues en el caso de nuestro Derecho, el principio de juridicidad habilita al juez para que utilice todos los elementos que forman parte del mismo y pueda mantener la legalidad y conformidad de las actuaciones administrativas con el Ordenamiento jurídico. En este sentido, el rechazo de la arbitrariedad por nuestro Derecho refuerza esta actividad judicial así como también lo hace el principio de probidad que impone el interés general por sobre el interés particular comprendiendo el primero varios aspectos relativos a la diligencia en el actuar administrativo. Finalmente no se puede olvidar el principio de eficiencia cuya vulneración puede acarrear una responsabilidad extracontractual del Estado cuando se ocasione un daño.

La falta del ejercicio oportuno de una potestad administrativa puede ocasionar un perjuicio en la administración del Estado, una lesión en la esfera de los derechos de los particulares y ciudadanos, puede esconder una actuación

⁹⁹¹ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., “*La desviación de poder en el Derecho español...*”, op. cit., pp. 144-146.

irrazonada o carente de justificación o bien una disconformidad con el Ordenamiento jurídico lo cual habilitaría al juez a controlar el ejercicio de sus potestades pues estas “no están de adorno”⁹⁹² de forma que es necesario que sean ejercidas y utilizadas para el cumplimiento de los fines que el Derecho contempla.

De esta forma consideramos que la determinación del momento para ejercer una potestad discrecional le corresponde al órgano administrativo en cuestión pero ello no excluye que el juez pueda observar cómo se encuentra la Administración ejerciendo sus potestades administrativas y que toda la actividad de esta se encuentre cubierta por el Ordenamiento jurídico. En este sentido el juez puede ejercer una postura de observador y desplegar un control mínimo o bien negativo en aplicación de los principios generales del Derecho que le ayuden a concluir si en el caso concreto la potestad se ha ejercido en conformidad a lo que el Ordenamiento jurídico exige y a determinar si en la práctica puede constituirse un deber jurídico de actuación que se imponga a la Administración. En estos casos como señala De Vicente, requerir la acción administrativa no se traduce en una invasión o sustitución de potestades discrecionales sino que simplemente en exigir el comportamiento que la Administración está obligada a realizar⁹⁹³.

De acuerdo con lo anterior, queremos recordar un pronunciamiento de la Corte Suprema expuesto en la primera parte de este trabajo en el que se señala que: “Y en este marco jurídico y fáctico, la presente acción constitucional no logra erigirse en un medio para abrogar la discrecionalidad política de la administración en cuanto a la oportunidad del ejercicio de sus potestades y en la asignación y distribución más eficiente de los recursos o fondos escasos que le son otorgados para satisfacer necesidades ilimitadas” en el que se agrega por la Corte que del examen de los antecedentes pueden apreciarse actuaciones de otra

⁹⁹² DE VICENTE DOMINGO, R., “Discrecionalidad e inactividad...”, op. cit., p. 3.

⁹⁹³ DE VICENTE DOMINGO, R., “Discrecionalidad e inactividad...”, op. cit., pp. 21 y ss.

índole de la Administración para cumplir con las funciones reclamadas por el recurrente. En este caso la Corte realiza un examen de cómo la autoridad estaba intentando cumplir con sus funciones pero más que en un tono de control, en un tono de conciliación de ambas posturas a diferencia de lo señalado en el voto minoritario en que se señala expresamente que “del mérito de los antecedentes que se han expuesto en el considerando cuarto del presente fallo, se colige que la autoridad edilicia no ha cumplido con la obligación -en su calidad de administrador de bienes nacionales de uso público- de materializar las medidas que ella misma anunció, particularmente la de implementar las soluciones técnicas de emergencia” afectándose los derechos señalados. Por otra parte creemos que el adjetivo político con el que se describe la discrecionalidad en este caso es innecesario desde el momento en que se trata de funciones administrativas, palabra que no hace sino confundir o justificar el límite del control judicial desplegado⁹⁹⁴.

2.2. La discrecionalidad técnica

Como se ha podido apreciar en la primera parte de este trabajo, la denominada discrecionalidad técnica se ha relacionado en el Derecho chileno con ciertos conceptos jurídicos indeterminados utilizados por el legislador en algunas materias reguladas del Derecho administrativo así como también con el ámbito ambiental en el que se han discutido los límites del control judicial. Sin embargo, del análisis del Derecho español puede concluirse que su relación con los conceptos jurídicos indeterminados así como una supuesta inmunidad judicial de los ámbitos regidos por la técnica, se encuentra superada, de la misma forma el uso incluso de la propia expresión.

De esta manera respecto de los conceptos jurídicos indeterminados de tipo técnico, reafirmamos lo señalado anteriormente al referirnos a esta materia. En primer lugar, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados de tipo técnico

⁹⁹⁴ SCS de 23 de septiembre de 2010, Rol 5267/2010.

por parte del legislador obedece a una necesidad de normar una realidad la cual se encuentra determinada por un conjunto de reglas de carácter objetivas y pertenecientes a un específica área de conocimiento o de estudio pero que una vez quedan incorporadas en la norma pasan a convertirse en un elemento propio de la legalidad plenamente controlable por el juez cuando este deba verificar que las actuaciones de los órganos administrativos son legales y conformes con el Ordenamiento jurídico.

Así, consideramos que esta materia forma parte de la interpretación y aplicación del Derecho que en algunos casos tendrá aparejada una mayor dificultad para el juez o tribunal, casos en los cuales este deberá recurrir a un perito o experto en la materia por medio del cual se le permitirá llevar a cabo correctamente la función judicial.

Por otra parte, con esto se invita a abandonar esta nomenclatura y a los tribunales a desplegar su función judicial sin temores a invadir espacios que también han sido asignados a la Administración, de forma primaria o preferente, por su especial situación en relación al cumplimiento del interés general o cercanía con la realidad, pero que en ningún caso deben excluir el control judicial. Así, el asunto se traduce a determinar con claridad los límites de la función judicial que en estos casos estarán determinados por un control más limitado o mínimo que puede llevarse a cabo de forme negativa⁹⁹⁵ extendido sólo a los excesos que hubiese podido cometer la Administración en la labor de encontrar la solución justa del concepto técnico que se trate⁹⁹⁶ planteamiento que ya ha sido puesto de manifiesto en la doctrina nacional⁹⁹⁷ siendo coincidente con la forma en cómo controlan los tribunales la aplicación de ciertos conceptos. Así por ejemplo, en un asunto ya citado en donde se discute la aplicación de ciertas normas urbanísticas, el Tribunal junto con reconocer que su interpretación le corresponde al órgano administrativo recurrido, realiza una revisión de los

⁹⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., "*Curso de Derecho...*", op. cit., pp. 503-504.

⁹⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., "*Curso de Derecho...*", op. cit., p. 506.

⁹⁹⁷ PONCE DE LEÓN SALUCCI, S., "*Alcances y límites del control de la decisión...*", op. cit.

hechos y constata que la aplicación del concepto es la correcta⁹⁹⁸ al señalar que “de acuerdo a lo informado por la recurrida, a fin de dar cumplimiento a lo señalado en el Ord. N° 2293, de 17 de octubre de 2012, de la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo de la Región de Valparaíso, se solicitó la certificación a la Dirección de Tránsito Municipal, la que fue remitida con el Ordinario N° 567 de 30 de octubre de 2012, en el que se indica claramente que "donde se emplaza la propiedad rol 4161-21, entre otros predios, al momento de la entrada en vigencia del IPT, correspondía a Av. Alemania", y también se consultó al Departamento de Asesoría Urbana Municipal, el que por Oficio N° 380, de 12 de noviembre de 2012, confirmó lo expresado por la Dirección de Tránsito, informando que "tanto el trazado de la actual Av. Alemania emplazada al norte del auditorio Osmán Pérez Freire, como el antiguo Camino Cintura, al sur de dicho equipamiento, tienen la misma denominación, Av. Alemania" y agrega que en virtud de la primera interpretación “ha de tenerse por establecido que la propiedad...se encuentra ubicada dentro de la Zona ZCHLF”.

Ahora bien, la denominación discrecionalidad técnica, reducida a aquellos supuestos en que la actividad de la Administración debe llevar a cabo evaluaciones técnicas o en la que la adopción de determinadas decisiones se realiza a partir de especializados saberes, consideramos que debe ser también abandonada y que por tanto simplemente debe hablarse de apreciaciones o valoraciones técnicas⁹⁹⁹ pues la utilización de ambas expresiones constituye una contradicción. En este sentido estamos de acuerdo con lo señalado por Fernández Rodríguez en orden a que es una característica de la técnica la existencia de reglas objetivas que determinan una actividad no siendo la técnica, ni el margen de discreción que la aplicación de la misma puede albergar al buscar una determinada solución o respuesta, un aspecto exclusivo del ámbito administrativo sino que constituye un hecho transversal y por tanto no merece un nombre

⁹⁹⁸ SCS de 11 de abril de 2013, Rol 1946/2013.

⁹⁹⁹ DESDENTADO DAROCA, E., *“Los problemas del control judicial...”*, op. cit., p. 61; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma...”*, op. cit., p. 227.

propio¹⁰⁰⁰. Desde nuestro punto de vista la discrecionalidad administrativa constituye el margen de libertad otorgado y condicionado por el Ordenamiento jurídico a la Administración para elegir entre varias soluciones o decisiones posibles así como el momento u oportunidad para desplegar dicha libertad cuando la norma le habilite para ello, actuar que facilita su labor de administrar en el cual debe guiarse por el interés general no siendo posible amparar bajo esta denominación a nuestro juicio, cada espacio de discrecionalidad o valoración que pueda generarse tanto en el ámbito de la Administración como del Derecho en general o en otros ámbitos ajenos a este y propios de la realidad social, científica, política, etc.

En los casos en que la Administración realiza una actividad adoptando decisiones regidas por la propia técnica o en virtud de conceptos jurídicos indeterminados que se remiten a esta y en que intervienen órganos administrativos especializados, consideramos que el control judicial es procedente sin que pueda ser una excusa o un obstáculo a este la existencia de la técnica sobre todo cuando el informe de peritos constituye una prueba reconocida por nuestro Ordenamiento jurídico. Ahora bien, detrás de estas valoraciones de la técnica, el juez deberá reconocer la posición del órgano administrativo especializado debiendo ser su control limitado en el sentido que señala Sánchez Morón, pues cuando no aparezca de manifiesto que se ha producido una arbitrariedad o error manifiesto en la valoración ni tampoco un informe de peritos lo pone en evidencia o el mismo sólo se limita a sostener un juicio técnico distinto de aquel emanado del órgano administrativo, debería dársele la razón a este último¹⁰⁰¹.

En el Derecho chileno creemos que los tribunales cumplen con esto aún cuando pueda exigirse un poco más. Tomamos como ejemplos algunos pronunciamientos expuestos en la primera parte de este trabajo. Así, “los hechos en virtud de los cuales se impone la sanción de multa a la reclamante de

¹⁰⁰⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*De la arbitrariedad de la Administración...*”, op. cit., p. 254.

¹⁰⁰¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Sobre la discrecionalidad técnica...*”, op. cit., pp. 220-222.

ilegalidad, resultan ser de un alto contenido técnico, por ser materias que requieren de una gran especialización... se observa por esta Corte que para resolver acerca de sus causas ha actuado justamente la autoridad técnica especializada en la materia...” Agregando que “ha actuado el órgano competente y dentro de sus atribuciones, dando razones o fundamentos suficientes como se verá para dar por establecidos los hechos que fundan la infracción que se da por constatada, como se dirá más adelante, -a través de sus funcionarios competentes, que para estos efectos tienen el carácter de Ministros de Fé- por lo que lo resuelto en dichos actos reclamados como ilegales, lo ha sido con la razonabilidad suficiente para bastarse cada uno de ellos asimismo, no apareciendo en el actuar de la recurrida arbitrariedad o ilegalidad”¹⁰⁰². En este caso el Tribunal lleva a cabo un control judicial mínimo limitándose sólo a examinar los aspectos de forma que rodean el asunto en cuestión, descartando la arbitrariedad por la existencia de razones o fundamentos suficientes. Sin embargo, creemos que el Tribunal hubiese podido ir más allá utilizando a algún perito o informe que le permitiese controlar de forma más clara y desde el conocimiento, la medida adoptada por la Administración, pues recordemos, esta puede equivocarse y existen ciudadanos que alegan vulneración de sus derechos.

En otro caso queda demostrado también un control negativo al señalarse que “no aporta el interesado ningún antecedente objetivo que demuestre lo irrazonable, desproporcionado o injustificado de la actuación de los profesionales intervinientes sin que pueda ser el porcentaje de ponderación asignado a las pruebas en general y a la que se reclama, en particular materia de reproche, por ser ésta una competencia exclusiva de la comisión evaluadora, que simplemente debe informar de ello a los postulantes, lo que no ha sido puesto en duda”¹⁰⁰³. Con la aplicación de los principios generales del Derecho el juez establece donde se encuentra el límite de su control. De la misma manera se observa un control negativo en un fallo dictado en materia de adjudicaciones: "Que, como se aprecia, el órgano recurrido ha cumplido estrictamente con la norma vigente al

¹⁰⁰² SCS de 9 de julio de 2014, Rol 10.761/2014.

¹⁰⁰³ SCS de 27 de julio de 2010, Rol 3186/2010

efecto del proceso de licitación, y, consecuencialmente, su actuar no reviste un carácter de arbitrariedad al existir las Bases de Licitación respectivas, debidamente conocidas por los eventuales oponentes y, todo, atento en un contexto de procedimiento racional y justo”¹⁰⁰⁴. Aquí también el control es mínimo atendiendo principalmente a los aspectos legales así como al procedimiento en virtud del cual se adoptó la medida.

En este punto queda de manifiesto lo poco idóneo del recurso de protección como vía para analizar la actividad de la Administración cuando interviene la técnica pues si bien la Corte puede decretar el Informe de peritos como una diligencia para resolver de mejor manera los asuntos ventilados, consideramos que de no proceder de esta forma, el control desplegado puede ser deficiente no llegando a resultados correctos. Si la misma considera que el asunto es complejo y que se requieren de más antecedentes para decidir, el asunto deberá conocerse a través de la jurisdicción ordinaria civil, que si bien tiene un término probatorio, carece de una especialización adecuada para la complejidad de las materias técnicas relacionadas con la Administración.

Finalmente cabe señalar que tal como ocurrió años atrás en el Derecho español, parece ser que se está utilizando la técnica como motivo o fundamento para querer excluir el control judicial de las materias en que esta interviene, que coincidentemente corresponden a ámbitos económicos regulados o sensibles como lo constituye el ambiental. En este sentido, no podemos sino estar en desacuerdo con aquellos que acusan de activismo judicial a los tribunales por llevar a cabo su función judicial¹⁰⁰⁵. Así, los ejemplos expuestos por este sector al citar ciertos pronunciamientos judiciales como: “los jueces pueden controlar las decisiones técnicas ambientales de la Administración cuando estas no se ajustan a las reglas de procedimiento o validez de los actos administrativos de los

¹⁰⁰⁴ SCS de 26 de agosto de 2011, Rol 7520/2011.

¹⁰⁰⁵ GARCÍA, J., Y VERDUGO, S., “*Activismo judicial en Chile...*”, op. cit., pp. 48 y ss.

cuales ellas emanan”¹⁰⁰⁶ o “el omitir el estudio de SERNAGEOMIN constituye una ilegalidad y que tal ilegalidad es a su vez una amenaza a los derechos fundamentales a la vida y a vivir en un medio ambiente libre de contaminación”¹⁰⁰⁷. Esto constituye simplemente a nuestro juicio un control de legalidad y como ya se ha señalado en nuestro Derecho, significa la aplicación de las normas del Derecho administrativo¹⁰⁰⁸ y en ningún caso una invasión de funciones administrativas.

2.3. Los actos de gobierno

En el Derecho chileno como hemos señalado, en torno a la figura de los actos de gobierno se encuentra la idea sostenida por un sector de la doctrina de que estas actuaciones no pueden ser objeto de control judicial. En el mismo sentido se ha manifestado la Corte Suprema. Ahora bien, de acuerdo a nuestro Ordenamiento jurídico cabe preguntarse, ¿pueden ser los actos de gobierno objeto de control judicial? A nuestro juicio estas actuaciones pueden y deben ser controladas judicialmente siendo la teoría de la discrecionalidad administrativa un gran aporte a esta cuestión así como la experiencia comparada.

El acercamiento del acto de gobierno a la teoría de la discrecionalidad administrativa ha sido una de las soluciones aportadas por la doctrina desde años para lograr dar explicación y solución a la inmunidad judicial de la cual eran objeto, pues estas actuaciones son ampliamente discrecionales siendo esta una de sus características más notables. Esta correlación se ha dado tanto desde una perspectiva positiva, en donde la teoría de la naturaleza del acto atiende al elemento esencialmente discrecional que conforma a estos actos¹⁰⁰⁹, así como desde un punto de vista negativo en donde la existencia de este tipo de actuaciones buscaba ser cubierta por la aplicación de las reglas generales del

¹⁰⁰⁶ GARCÍA, J., Y VERDUGO, S., “*Activismo judicial en Chile...*”, op. cit., p. 52.

¹⁰⁰⁷ GARCÍA, J., Y VERDUGO, S., “*Activismo judicial en Chile...*”, op. cit., pp. 54-55.

¹⁰⁰⁸ CORDERO VEGA, L., “*Corte Suprema y Medio ambiente...*”, op. cit., p. 372.

¹⁰⁰⁹ CARRO Y FERNÁNDEZ VALMAYOR, J., “*La doctrina del acto político...*”, op. cit., p. 93.

Derecho administrativo dando la teoría de la discrecionalidad administrativa respuesta a esta problemática¹⁰¹⁰. Esta última idea fue planteada en nuestro Derecho por Silva Cimma quien como señalamos en la primera parte de este trabajo, señalaba que distinguir entre los actos de gobierno y actos administrativos no tenía ningún sentido desde el momento en que los primeros no eran sino una categoría de estos últimos¹⁰¹¹.

En el Derecho español la discrecionalidad administrativa y el acto de gobierno han sido parte de una estrecha relación a lo largo del tiempo. En un primer momento estas actuaciones eran consideradas como actos discrecionales y en virtud de esta calificación se encontraban excluidos de control judicial de acuerdo a la LJCA de 1888. Bajo la LJCA de 1956 fueron consideradas como actuaciones distintas atendiendo a la distinta función que cada cual encarnaba, gobierno y administración, acabándose con la inmunidad judicial de la discrecionalidad administrativa pero continuándose con la de los actos de gobierno hasta 1978. Posteriormente la LJCA de 1998 recogería la doctrina jurisprudencial que se formó bajo la vigencia de la LJCA de 1956 destacando especialmente la STS de 28 de junio de 1994 que se refería al nombramiento del Fiscal General del Estado en el que se señala que los actos de gobierno pueden ser controlados en sus conceptos jurídicamente asequibles o requisitos previos que hayan sido establecidos por el legislador¹⁰¹². De esta forma la LJCA de 1998 permite en su art. 2 a) que los actos de gobierno sean controlados en sus conceptos jurídicamente asequibles o elementos reglados, en relación con los derechos fundamentales y permite además la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes siendo en este sentido congruente también la jurisprudencia¹⁰¹³. Para efectos del control judicial, esto ha significado que los actos de gobierno sean tratados de forma indirecta como si fuesen actos

¹⁰¹⁰ DUEZ, P., *“Les actes de gouvernement...”*, op. cit., p. 193.

¹⁰¹¹ SILVA CIMMA, E., *“Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos...”*, op. cit., pp. 71-73.

¹⁰¹² STS de 28 de junio de 1994, Roj 4985/1994.

¹⁰¹³ STS de 9 de mayo de 2012, Roj 452/2012.

discrecionales como lo señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez¹⁰¹⁴ encontrándose solución bajo la teoría de la discrecionalidad administrativa a la inmunidad judicial de estas actuaciones debiendo los Tribunales Contenciosos Administrativos asumir este control.

De esta forma, consideramos que a la luz de la teoría de la discrecionalidad administrativa se puede proporcionar una solución a la inmunidad de los actos de gobierno en Chile. Para ello, un par de pronunciamientos de la Corte Suprema puede ser de utilidad. El primero de ellos distingue entre la expresión “actos del Gobierno” la cual “se está refiriendo a todos los actos del Poder Ejecutivo, esto es, a los actos de la Administración del Estado, concepto que es completamente diferente a los llamados "actos de gobierno", que son aquéllos de contenido esencialmente políticos, y no susceptibles de control jurisdiccional”¹⁰¹⁵.

De este pronunciamiento podemos señalar que con la expresión actos del Gobierno el énfasis se coloca en el sujeto, que de acuerdo al capítulo IV de la Carta Fundamental, corresponde al Presidente de la República y a los Ministros de Estado en tanto que cuando se habla de actos de gobierno el acento se pone en la naturaleza política del acto en cuestión y que por dicha razón se encontraría imposibilitado de ser objeto de control lo cual ha sido reafirmado de forma más reciente al señalar que “se excluye rotundamente del control judicial el acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad de gobierno y discrecional” pues “el control jurisdiccional tiene como límite divisorio los actos que son propios de la actividad política, en este caso de la autoridad máxima de gobierno, de suerte que los órganos jurisdiccionales no se encuentran autorizados para revisar decisiones de esta índole”¹⁰¹⁶.

Este segundo fallo merece tres comentarios. En primer lugar creemos que es más correcto respetar la nomenclatura utilizada por la Carta Fundamental en el art. 24 y así hablar de una función de gobierno o una función administrativa y no de potestades de gobierno pues para el cumplimiento de dichas funciones se

¹⁰¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “Curso de Derecho...”, op. cit. p. 625.

¹⁰¹⁵ SCS de 28 de mayo de 2009, Rol 6587/2007.

¹⁰¹⁶ SCS de 24 de diciembre de 2013, Rol 4029/2013.

otorgan potestades públicas de tipo discrecional o ampliamente discrecionales como las que desembocan en actuaciones de gobierno. En segundo lugar este pronunciamiento reitera la naturaleza política que la Corte ha reconocido que reviste al acto de gobierno; sin embargo, también se califica este acto como acto administrativo.

En este orden de ideas si el máximo tribunal califica como administrativo y a su vez de político un acto de gobierno, tendrá que respetar por tanto lo señalado en su jurisprudencia en orden a que “es un requisito de cualquier acto administrativo, discrecional o reglado, la fundamentación del mismo, pues a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictar el acto, lo que permite controlar su legalidad”¹⁰¹⁷ convirtiéndose la motivación en una garantía de la exclusión de la arbitrariedad y en la concreción del principio de transparencia y publicidad el cual exige que se expresen los fundamentos que avalen las actuaciones de los órganos del Estado y no sólo de la Administración por lo que este tipo de actuaciones no pueden resultar excluidas de control.

Ahora bien, en la Carta Fundamental existen una serie de razones de texto que también nos conducen a la misma conclusión. La Carta Fundamental sólo ha prohibido expresamente el control judicial de los actos que declaran los Estados de excepción constitucional siendo la única norma que se refiere expresamente a este tipo de actuaciones y no respecto de otras atribuciones especiales del Presidente de la República por lo que debería entenderse que la regla general es el control judicial de dichas actuaciones. Esto se ve reafirmado además por que dicha prohibición se encuentra en el art. 45 CPR estableciéndose en el art. 38 inc.2 que cualquier persona que sea lesionada por un acto de la Administración puede concurrir a los tribunales que establezca la ley, todo ello bajo el capítulo IV.

¹⁰¹⁷ SCS de 29 de diciembre de 2014, Rol 24615/2014

Desde un punto de vista más general rescatando el carácter esencialmente discrecional de este tipo de actuaciones y atendiendo a los fundamentos de la discrecionalidad administrativa en nuestro Derecho, el acto de gobierno debe ser objeto de control judicial en virtud de la configuración del Ordenamiento jurídico chileno pues una respuesta distinta atentaría contra la sistematización del mismo y contra el Estado de Derecho que se supone que se consagra. Estos actos si bien pueden responder a motivos de tipo político existen como producto de la Carta Fundamental siendo la intención del constituyente otorgar amplias potestades discrecionales a la autoridad para desempeñar las funciones que se le han encomendado y reforzar la figura del ejecutivo encontrándose como tal también cubiertas por el principio de juridicidad debiendo respetar todos los elementos que este principio contempla. De esta forma si estas actuaciones ampliamente discrecionales son producto del Ordenamiento jurídico, pueden ser controladas también por los órganos encargados de mantener dentro de sus términos las actuaciones del poder público. Por otra parte, y siendo la arbitrariedad rechazada por nuestro Ordenamiento jurídico, la exigencia de motivación también debe alcanzar a este tipo de actuaciones pues como hemos señalado, así lo exige el principio de transparencia y publicidad, principal garantía en contra de la arbitrariedad en nuestro Ordenamiento jurídico siendo el control judicial el instrumento idóneo para comprobar el correcto ejercicio de las potestades otorgadas a las autoridades, sobre todo cuando a través de su ejercicio la asimetría existente entre los ciudadanos y el poder público se manifiesta de mayor forma pudiendo afectar derechos fundamentales. Así lo ha entendido la jurisprudencia española que ha señalado que “Los llamados actos políticos son siempre residenciables ante la jurisdicción contencioso- administrativa cuando vulneren derechos fundamentales, ya que estos derechos vinculan a todos los poderes públicos en sus relaciones con los ciudadanos, independientemente de la naturaleza política o no de la actividad desarrollada, y su protección corresponde, por vía sumaria y preferente, a la jurisdicción ordinaria (art. 53.2 CE) y, en vía de amparo, al Tribunal Constitucional. Y, en fin, cuando los actos exentos de control jurisdiccional afecten a derechos intereses legítimos o a situaciones

jurídicas de terceros de contenido patrimonial o susceptibles de una valoración de tal naturaleza, es menester prever el resarcimiento del perjudicado por la Administración”¹⁰¹⁸.

De esta manera consideramos que el control judicial de los actos de gobierno puede llevarse a cabo en todos sus aspectos reglados y además en lo que respecta especialmente en su fundamentación. Ahora bien, ¿quién debe realizar este control? Atendida la actual configuración de nuestro sistema de justicia consideramos que en principio, el control jurídico de los actos de gobierno debería corresponderle al Tribunal Constitucional dado que estas funciones se encuentran establecidas principalmente en la Constitución y tienen un marcado acento de tipo político o de gobierno sobre todo aquellas actuaciones relativas a la seguridad exterior y Relaciones internacionales o aquellas que se encuentran estrechamente relacionadas con otros Poderes del Estado. No obstante, otras actuaciones de este tipo pueden tener efecto en el ámbito administrativo y en la esfera de los derechos fundamentales al ser dictados por órganos que ejercen una función de gobierno y administrativa. En este caso consideramos que el recurso de protección como vía cautelar puede servir como una garantía en caso que se afecten los derechos de los particulares sin embargo, anticiparemos que, como una vía sustituta de un contencioso administrativo, nos parece insuficiente debiendo existir otra vía más idónea de tipo ordinaria adecuada para controlar las actuaciones de la Administración y también los actos de gobierno en la medida que se encuentren en directa relación con el ámbito administrativo.

3. El establecimiento de los límites del control judicial

El intenso debate que tuvo lugar en el Derecho español en torno a los límites del control judicial respecto de la discrecionalidad administrativa dio

¹⁰¹⁸ STS de 24 de noviembre de 2003, Roj 7422/2003.

lugar a que se defendieran una serie de argumentos a favor y en contra de la sustitución de la decisión de la Administración de parte del juez.

Por nuestra parte, y de acuerdo a la configuración de nuestro Ordenamiento jurídico y siguiendo también a la doctrina española, consideramos que el juez chileno al controlar las potestades administrativas discrecionales no puede sustituir a la Administración en la decisión final que esta adopte, por las razones que veremos a continuación.

3.1. La función del juez, el tipo de control y sus límites

Como señalamos en la primera parte de este trabajo al referirnos a los límites del control judicial en el Derecho chileno, la función judicial se encuentra establecida constitucionalmente en el art. 76 CPR, en relación con el art. 1 del Código orgánico de Tribunales, que señala que “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley” de forma que aquí se encuentra reconocida constitucionalmente la función judicial. Por su parte el inc. 3° del art. 76 agrega que “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”. Esta norma en relación con el art. 10 del COT y art. 170 Código de procedimiento civil establecen el principio de inexcusabilidad en virtud del cual se estipula la obligación que tiene el juez de impartir justicia aplicando el Derecho y todos los elementos que conforman el Ordenamiento jurídico lo que incluye los principios generales del Derecho, siendo este el núcleo de la función judicial, es decir, el Derecho vigente. Por tanto y como se señalaba en el Derecho español, el control que los jueces despliegan es exclusivamente de tipo jurídico y de legalidad no pudiendo abarcar otros aspectos como el de oportunidad¹⁰¹⁹, salvo en los casos

¹⁰¹⁹ Como se ha señalado, la distinción entre conveniencia, oportunidad y legalidad se encontraría superada, pues una actuación administrativa es legal o no lo es sin que esté este criterio en oposición con otros aspectos extrajurídicos tenidos en consideración al momento de adoptar una decisión discrecional por parte de la Administración, SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Discrecionalidad administrativa y*

que hemos señalado, teniendo el juez solo facultades de supervisión las que se extienden a los aspectos reglados específicos, al control de los hechos y al error de derecho¹⁰²⁰. En este examen entrarían en virtud del principio de juridicidad, todos los elementos que conforman el Derecho y solo ellos pues como señala Sánchez Morón, el control de la discrecionalidad administrativa “supone supervisar el ejercicio de la discrecionalidad todo lo que sea posible en Derecho pero solo hasta donde sea posible en Derecho”¹⁰²¹.

Ahora bien, la jurisdicción de los tribunales de justicia en Chile encuentra además como límites externos de su ámbito de actuación, las atribuciones y funciones encomendadas a los otros poderes del Estado¹⁰²² lo que se encontraría establecido en el art. 5 y art. 76 CPR, y en los arts. 1 al 4 del Código orgánico de Tribunales¹⁰²³. El art. 4 de este cuerpo legal señala claramente que “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”. Lo anterior se ve reafirmado por el art. 222 del Código penal que señala que “El empleado del orden judicial que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas o impidiere a éstas el ejercicio legítimo de las suyas, sufrirá la pena de suspensión del empleo en su grado medio”. De esta forma la función judicial se encuentra perfectamente delimitada.

control judicial”, op. cit., pp. 114-115; BELTRÁN DE FELIPE, M., “*Discrecionalidad administrativa y Constitución...*”, op. cit., pp. 23-24.

¹⁰²⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Discrecionalidad administrativa y control judicial...*”, op. cit., p. 159.

¹⁰²¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., p. 149.

¹⁰²² OBERG YÁÑEZ, H., MANSO VILLALÓN, M., *Derecho procesal orgánico*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 28.

¹⁰²³ Art. 1° La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley.

Art. 2° También corresponde a los tribunales intervenir en todos aquellos actos no contenciosos en que una ley expresa requiera su intervención.

Art. 3° Los tribunales tienen, además, las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que a cada uno de ellos se asignan en los respectivos títulos de este Código.

3.2. Reconocimiento constitucional de la Administración

Por su parte, y como señalamos anteriormente, la función administrativa también se encuentra expresamente reconocida en la Carta Fundamental en el art. 24 así como también en virtud de las atribuciones especiales que se le reconocen al Presidente de la República establecidas en el art. 32 n° 6 de la misma entre las que se consagra la potestad reglamentaria y el art. 38 que establece las bases generales de la Administración del Estado en relación con la LBGAE.

En el Derecho español, para resaltar el reconocimiento de la posición constitucional o institucional de la Administración, se ha hablado de una supuesta legitimación democrática que revestiría a la misma, aspecto que se ha dejado entrever también en el Derecho chileno¹⁰²⁴. Quienes defienden que la Administración tendría una legitimidad democrática señalan que los órganos administrativos representan de manera indirecta la voluntad del pueblo quien entrega su representación a los órganos de gobierno, encargados de dirigir a la Administración¹⁰²⁵. Desde nuestro punto de vista consideramos que para defender la no sustitución de los jueces de las decisiones adoptadas por la Administración en ejercicio de potestades administrativas discrecionales, basta con el reconocimiento constitucional y legal de ambas funciones, judicial y administrativa, y los mandatos expresos al juez en orden a no inmiscuirse en funciones atribuidas a otros órganos del Estado, no encontrando asidero el argumento de la legitimación democrática. Siguiendo a García de Enterría, esta expresión no sería adecuada en el ámbito administrativo pues se trata de nomenclaturas propias del mecanismo de representación política especialmente el de las cámaras legislativas, no pudiendo afirmarse que los actos administrativos sean una expresión de la voluntad general pues ello sólo le corresponde a la

¹⁰²⁴ GARCÍA, J., Y VERDUGO, S., "*Activismo judicial en Chile...*", op. cit., p. 26.

¹⁰²⁵ PAREJO ALFONSO, L., "*Administrar y juzgar: "Dos funciones constitucionales distintas..."*", op. cit., p. 103. En este sentido SÁNCHEZ MORÓN, M., "*Discrecionalidad administrativa y control judicial...*", op. cit., p. 15; BACIGALUPO SAGESSE, M., "*La discrecionalidad administrativa...*", op. cit., pp. 95-96, BELTRÁN DE FELIPE, M., "*Discrecionalidad administrativa y Constitución...*", op. cit., pp. 181-182, 186, 200.

ley¹⁰²⁶. En segundo lugar, la realidad nos demuestra otra cosa. Aún para los que crean que se puede hablar de legitimación en este ámbito, dicha legitimación la tendría el gobierno expresada en la elección del Presidente de la República. Si bien es verdad que a él le corresponde dirigir la Administración, en la práctica esta pretendida legitimación podrá alcanzar a los funcionarios de exclusiva confianza o que lo representan directamente en distintos ámbitos o territorios del país pero sin que con ello pueda considerarse a la totalidad del aparato administrativo¹⁰²⁷ el cual se encuentra conformado por un cuerpo funcionario de carácter más o menos estable el que permanecerá en su cargo con independencia de la opción política que se haya democráticamente hecho valer en las pertinentes elecciones.

3.3. El principio de separación de poderes

De acuerdo a lo expuesto, se desprende con claridad que el constituyente ha establecido el principio de separación de poderes o si se quiere el principio de división de funciones, atribuyendo ámbitos de competencia diferentes tanto para los jueces así como para la Administración, ámbitos que se encuentran delimitados negativamente en virtud de sus respectivas funciones, judicial y administrativa, que a cada cual le corresponde cumplir¹⁰²⁸. De esta forma el juez debe desplegar la función judicial y llevar a cabo un control de juridicidad de la actuación administrativa sin que pueda entrar a considerar aspectos que escapen de este calificativo y que hayan quedado especialmente reservados a la valoración de la Administración en virtud de su posición constitucional, pues de

¹⁰²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *"Democracia, jueces y control de la Administración..."*, op. cit., pp. 35-36, 50.

¹⁰²⁷ Esta opinión también la ha señalado ALONSO MAS, M., *"La solución justa en las resoluciones administrativas..."*, op. cit., pp. 485- 489. La autora señala que dicha legitimación se transmitirá a la Administración cuando se trate de cargos de confianza o políticos y que en el ámbito del Derecho español salvo ciertos órganos de la administración local y de ciertas administraciones independientes con autonomía constitucionalmente garantizada, la Administración no goza de legitimidad democrática ni siquiera indirecta, pues de ser así también el Poder judicial tendría una legitimidad democrática indirecta por su reconocimiento constitucional pero sobre todo por la función que cumple.

¹⁰²⁸ PAREJO ALFONSO, L., *"Administrar y juzgar: "Dos funciones constitucionales distintas..."*, op. cit., pp. 48 y ss.

lo contrario se quebrantaría el equilibrio y distribución que plantea el principio en cuestión¹⁰²⁹ lo que se ve reafirmado por el art. 7 CPR que establece que ninguna magistratura puede atribuirse otros poderes que los que las leyes han señalado expresamente. Manifestación también del principio de separación de poderes se encontraría en la actual estructura del sistema de justicia administrativa pues el legislador ha ido sustrayendo progresivamente del control de los tribunales ordinarios materias especiales en que interviene la Administración bajo el pretexto de la especialidad y las ha sometido al conocimiento de órganos cuya naturaleza se ha discutido. De esta forma, se deduce que la sustitución de una decisión administrativa adoptada en ejercicio de potestades discrecionales por parte del juez ordinario sería un elemento extraño a la configuración del Ordenamiento jurídico salvo excepciones.

Ahora bien, y fuera de la función delimitadora que cumple el principio de separación de poderes en el Derecho chileno, consideramos que el mismo no puede ser un elemento paralizador de la función judicial que dirija al juez a la conclusión de no poder controlar ciertas actuaciones de la Administración o actos administrativos esencialmente discrecionales. En este sentido, estamos de acuerdo con Fernández Rodríguez en que el principio de separación de poderes constituye una pesada herencia¹⁰³⁰ pues así ha quedado demostrado a lo largo de la historia de nuestro Derecho Administrativo. Por una parte, con la introducción y defensa del principio de separación de poderes se abandona en el siglo XIX la impugnación de materias de gobierno¹⁰³¹ al reducirse la competencia de la Real Audiencia sólo a las causas civiles y criminales eliminándose la competencia en virtud de la cual se protegía a los ciudadanos de las acciones del poder¹⁰³² entregándose el conocimiento de los mismos a un Consejo de Estado. Por otro lado, en nombre de este mismo principio se instala en el siglo XX con toda su rigidez la idea de que la Administración debía ser juzgada a sí misma pues esta

¹⁰²⁹ PAREJO ALFONSO, L., *“Administrar y juzgar: “Dos funciones constitucionales distintas...”*, op. cit., p. 126.

¹⁰³⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., *“De la arbitrariedad de la Administración...”*, op. cit., p. 105.

¹⁰³¹ BRAVO LIRA, B., *“Anales de la judicatura chilena...”*, op. cit., pp. 35 y ss.

¹⁰³² BRAVO LIRA, B., *“Anales de la judicatura chilena...”*, op. cit., pp. 46-50.

ejercía funciones directamente atribuidas por la Constitución siendo los tribunales ordinarios incompetentes para juzgar sus actos¹⁰³³, abandonándose recién la inmunidad judicial de la Administración a fines de la década de los ochenta con lo que se expresa una visión sesgada y rígida de este principio el que todavía se manifiesta en estos términos respecto de ciertas actuaciones jurídicas, por el peculiar sistema de justicia administrativa y por la forma en que los tribunales controlan a la Administración.

De esta forma creemos que no se puede defender aún una interpretación tan arcaica del principio en cuestión, siendo necesario trascender el mismo y así hablar simplemente de una división de funciones necesaria para que el Estado pueda cumplir su cometido que es alcanzar el bien común y estar, de acuerdo al art. 1 CPR, al servicio de la persona humana, debiendo ser este el punto central de toda la configuración del sistema. Por ello los tribunales deben realizar un control judicial adecuado de las potestades administrativas discrecionales así como también de las ampliamente discrecionales como son los actos de gobierno, pues en virtud del dogma del principio de separación de poderes tampoco cumplen con lo dispuesto en el art. 1 de la Carta y con sus obligaciones constitucionales y legales.

3.4. Excepciones a la sustitución judicial

La Carta Fundamental establece una división clara y delimitada de funciones, establece además que ningún órgano puede invadir el ámbito competencia de las demás debiendo cumplirse de esta forma estos cometidos. Ahora bien, los Tribunales son los llamados a corregir el desequilibrio configurativo de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración siendo su función la de impartir justicia en los términos que la misma se encuentra establecida y que atiende a todos los elementos del Derecho. Por esta razón el juez conociendo del ejercicio de potestades discrecionales no puede sustituir la libertad y confianza que se le ha encomendado a la Administración por el

¹⁰³³ SOTO KLOSS, E., *"Derecho Administrativo, Temas Fundamentales..."*, op. cit., p. 626

Ordenamiento jurídico, pudiendo sólo controlar los aspectos jurídicos de la misma a través de las técnicas de control que el mismo Derecho ha otorgado. Sin perjuicio de esto, en el Derecho español, que ha seguido en este punto al Derecho alemán, se acepta que la sustitución judicial puede proceder en los casos de reducción a cero de la discrecionalidad la que tendrá lugar cuando se llegue a la conclusión que no existen varias alternativas jurídicamente admisibles, sino que sólo una¹⁰³⁴ siendo así también sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que recordemos señala expresamente que “tratándose de potestades discrecionales, siempre existen varias soluciones lícitas y razonables entre las que debe escoger la Administración, titular de esta potestad discrecional, salvo que las líneas del planeamiento conduzcan a un único desenlace, que se imponga ya por razones de coherencia”¹⁰³⁵.

Como ya hemos señalado al referirnos al control judicial de la oportunidad del ejercicio de una potestad discrecional en el Derecho español y también en el Derecho europeo, se ha planteado que esta reducción a cero de la discrecionalidad tendría lugar en aquellos casos en que la discrecionalidad inicial en la determinación del momento u oportunidad para ejercer una potestad de este tipo, se reduce finalmente al deber jurídico de actuación que se superpone a la discrecionalidad de la autoridad ya sea porque ha pasado un plazo razonable para ejercer la misma o porque las circunstancias del caso así lo exigen.

En el Derecho chileno, el concepto de reducción a cero de la discrecionalidad es posible encontrarlo de forma aislada en la doctrina¹⁰³⁶ y no como un elemento inherente al estudio de la discrecionalidad administrativa o de

¹⁰³⁴ BACIGALUPO SAGESSE, M., “*La discrecionalidad administrativa...*”, op. cit., p. 91; En este mismo sentido SÁNCHEZ MORÓN para el cual esta situación significa simplemente que la decisión era reglada y no discrecional, “*Discrecionalidad administrativa y control judicial...*”, op. cit., p. 159; DESDENTADO DAROCA, E., “*Discrecionalidad administrativa y Planeamiento...*”, op. cit., p. 273; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., “*Curso de Derecho...*”, op. cit., p. 528; MUÑOZ MACHADO, S., “*Tratado de Derecho Administrativo...*”, op. cit., p. 849.

¹⁰³⁵ STS de 9 de febrero de 2009, Rol 5938/2005.

¹⁰³⁶ VERGARA BLANCO, A., Contratación administrativa y discrecionalidad reducida “casi a cero”: el procedimiento concesional minero chileno, en *Tratado General de los Contratos Públicos*, T. II, La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 265-288. El autor se refiere a la potestad autónoma o independiente que tienen los tribunales, independiente de la Administración, para constituir concesiones mineras lo que disminuye la discrecionalidad a casi nada como se expresa.

la jurisprudencia en relación con esta. Sin embargo, desde nuestro punto de vista consideramos que el concepto de la reducción a cero de la discrecionalidad puede constituir un importante instrumento de control de la Administración, aunque para que el mismo pueda ser utilizado de forma correcta y como una herramienta adicional al control judicial, es preciso que antes los jueces perfeccionen y desarrollen las técnicas de control utilizadas para examinar el ejercicio de las potestades discrecionales pues solo de esa manera podrán apreciar y determinar cuándo dicha discrecionalidad ha quedado reducida.

Finalmente en relación con la sustitución judicial, debemos recordar que dada la especial configuración del sistema de justicia administrativa, el cual contempla respecto de los Tribunales ambientales y del Tribunal de Defensa de la libre competencia una composición de profesionales especializados en sus áreas no letrados, se podría configurar un mayor riesgo de sustitución de las decisiones adoptadas en sede administrativa. Esto debe ser rechazado pues la especialidad y conocimientos técnicos que estos pseudo jueces puedan tener, no constituye una razón suficiente para que se puede aceptar que se altere el equilibrio y distribución de funciones que nuestro Ordenamiento jurídico ha dispuesto sobre todo cuando los recursos de apelaciones son conocidos por los Tribunales Superiores de justicia, de forma que no sería coherente con el actual sistema de justicia que se sustituyera en primera instancia y en segunda instancia, los órganos judiciales cumplieran su labor como corresponde.

4. Obstáculos procesales del control judicial: la obligatoria revisión de los procedimientos judiciales

Un control judicial efectivo de la discrecionalidad administrativa no sólo precisa la utilización de técnicas o criterios de control que permitan someter el ejercicio de las potestades administrativas discrecionales a examen sino que además requiere como un complemento imprescindible, la existencia de procedimientos judiciales adecuados configurados de tal forma que se cumplan con todas las exigencias que impone un Estado de Derecho así como con las

garantías procesales de los ciudadanos pues el juez sólo podrá ejercer su función en la forma que el Ordenamiento jurídico haya dispuesto. En este sentido y desde un punto de vista procesal, el control judicial de la discrecionalidad administrativa a través del recurso de protección como vía ordinaria de control arroja una serie de limitaciones estando lejos de configurarse como un procedimiento contencioso administrativo capaz de hacer frente a las materias que involucran a la Administración del Estado lo que radica principalmente en la naturaleza cautelar del mismo y como tal, en la ausencia de las etapas procesales necesarias para ello. De esta forma y aún cuando las Cortes de justicia decreten en la práctica todas las diligencias que sean necesarias para resolver de mejor manera los casos objeto de su conocimiento, ello no se puede equiparar con una etapa probatoria y sus alcances. Así, la acreditación de los hechos y la desviación de poder pueden resultar en algunas situaciones bastante mermadas como técnicas de control pues el aspecto probatorio es determinante en su efectividad. Esta limitación adquiere fuerza además cuando las Cortes enfrentándose a casos complejos que demandan un mayor conocimiento de los asuntos y con ello rendimiento de prueba, señalan que el proceso idóneo lo constituye la jurisdicción civil, competente para conocer en vía ordinaria de los asuntos en que interviene la Administración. En este caso el problema salta a la vista, pues la falta de especialidad de los juzgadores atenta contra la consolidación del propio Derecho administrativo y de las normas que rigen el juego del Derecho público lo cual se encuentra en oposición a lo que ha buscado el legislador en los últimos años al sustraer materias especiales del conocimiento ordinario y llevarlas a instancias más especializadas.

En relación con la configuración de los procedimientos judiciales, no podemos obviar la existencia de jurisdicciones administrativas especiales ajenas al Poder judicial que plantean una serie de reflexiones que surgen en relación con la materia que nos ocupa, sobre todo por la dispersión de órganos y procedimientos que las mismas significan. Así, en primer lugar, el estudio de la discrecionalidad administrativa como de otras materias que pueden resultar

transversales se vuelve más complicado pues, para conocer el estado de una determinada materia en primera instancia, es necesario acudir a cada órgano judicial por separado y revisar cada jurisprudencia de la misma forma. Esto puede desencadenar que las materias sean tratadas en cada ámbito de forma distinta o que se apliquen criterios judiciales de control distinto lo que podría obedecer a la distinta preparación de sus miembros sin que exista una interrelación entre estos órganos aún cuando en la práctica todas las materias que involucran a la Administración se encuentran relacionadas pues confluyen en ella y en el cumplimiento de los intereses generales.

En segundo término, esta disparidad nos plantea interrogantes respecto a los límites de la función judicial pues dada la composición de algunos órganos jurisdiccionales (Tribunales ambientales y Tribunal de defensa de la libre competencia) se podrían presentar con mayor facilidad sustituciones judiciales de actuaciones administrativas lo cual excedería el marco constitucional y procesal en que se ha configurado la función judicial pudiendo ser esto expresión también de un distinto tratamiento de esta materia. Todo lo anterior constituye una nueva perspectiva de estudio que invita a analizar de forma focalizada estos espacios.

Finalmente, la existencia de estas vías especializadas y ajenas al Poder judicial nos parece que perjudican al ciudadano pues dificultan su acceso a la justicia al no encontrarse estas presentes en todo el territorio nacional como si ocurre con los órganos que forman parte del Poder judicial. Además este acceso a la justicia puede volverse más complicado porque entre más especializado sea un proceso más gastos involucran en razón de las materias así como de las personas que intervienen en ello como ya se ha advertido¹⁰³⁷. De esta forma, al dotar a estos órganos con jurisdicción se ha buscado obtener mejores herramientas para juzgar a la Administración en vez de garantizar primero una adecuada tutela de los derechos de los ciudadanos desde un punto de vista jurídico, pues existen

¹⁰³⁷ COSTA CORDELLA E., "Los Tribunales Administrativos especiales en Chile...", op. cit., p. 163.

“tribunales”¹⁰³⁸ impartiendo justicia pero cubriendo sólo ciertos intereses que se encuentran presentes en los sectores regulados y que no pertenecen o representan especialmente el del resto de la comunidad.

Desde nuestro punto de vista consideramos que esta configuración de procedimientos y órganos encargados de conocer y resolver materias que involucran a la Administración debe ser revisada siendo la experiencia comparada un interesante ejemplo a tener en cuenta. En el Derecho español luego de un largo periodo en que se discutió quién debía juzgar a la Administración¹⁰³⁹, se establece en la LJCA de 1888 un sistema armónico de justicia cuyos órganos estuvieron conformados por personal judicial y administrativo, consolidándose definitivamente un sistema judicialista en la LJCA de 1956 el cual se mantiene hasta hoy. Esto se ha traducido en la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa común u ordinaria radicada en los tribunales contenciosos administrativos los cuales forman parte del Poder judicial y por tanto conocen de

¹⁰³⁸ COSTA CORDELLA E., “*Los Tribunales Administrativos especiales en Chile...*”, op. cit., pp. 160 y ss. Al respecto de ha discutido la naturaleza de estos órganos jurisdiccionales que se encuentran al margen del Poder judicial; SOSA WAGNER, F., “*Jurisdicciones administrativas especiales...*”, op. cit., pp. 33-35. El autor señala que la independencia constituye el rasgo sustancial que permite calificar la labor jurisdiccional y a un auténtico órgano jurisdiccional. Así, esta independencia debe existir en relación con cuatro aspectos: Orgánicamente, como una absoluta separación del órgano legislativo y administrativo si se considera al juez como órgano del Derecho y no del Estado; personal, siendo la influencia de la administración limitada a las materias financieras y materiales que sostienen esta labor reconociéndosele al juez un estatus especial en su relación con la administración; independencia objetiva, en el sentido de estar vinculados exclusivamente a la ley y al derecho e independencia con respecto a las partes.

¹⁰³⁹ SOSA WAGNER, F., “*Jurisdicciones administrativas especiales...*”, op. cit., pp. 15-16. El autor resume este proceso y señala que luego de la caída del Antiguo Régimen, se buscará la unidad de jurisdicción como lo recoge la Constitución de Cádiz de 1812, lo que se producirá respecto del ámbito administrativo en virtud de las leyes de 2 de abril de 1845 y de 6 de septiembre de 1845, por las que se crean los Consejos provinciales y el Consejo Real, los primeros con sistema de jurisdicción delegada y los segundos con retenida. En 1845 se traspasan las competencias de los órganos provinciales a las Diputaciones provinciales y el Consejo Real se sustituye por un Tribunal contencioso-administrativo. En 1856 se vuelve a la situación de 1845, cambiando la designación del Consejo Real por la de Consejo de Estado; en 1868 triunfa la tesis judicialista absorbiendo las salas del Tribunal Supremo y de las Audiencias provinciales las competencias jurisdiccionales radicadas antes en los órganos administrativos. Tras el decreto ley de 20 de enero de 1875 que ordena volver al sistema anterior del año 1868, se llega a LJCA de 1888 que establece un sistema armónico entre el sistema judicial puro y el administrativo pues los órganos de lo contencioso-administrativo se integrarán por representantes de la Administración y de la magistratura reforzándose la judicialización de los órganos contenciosos con la ley de 5 de abril de 1904 que suprime las competencias del Consejo de Estado traspasándolas al Tribunal Supremo, concluyendo el proceso con la LJCA de 1956 que suprimió los antiguos Tribunales provinciales en beneficio de las salas de lo contencioso de las audiencias territoriales.

las materias en que la Administración está involucrada sin que exista una dispersión respecto a la misma. Como tal, el proceso se rige por una ley que regula la jurisdicción en cuestión la cual señala con claridad cuál es su ámbito de competencia, los órganos que la conforman, así como el objeto del proceso y las distintas etapas del mismo entre otras normas de índole procesal especialmente diseñadas a estos efectos. Además en relación con la discrecionalidad administrativa, se contemplan una serie de garantías que permiten dar eficacia a las técnicas de control judicial como son los hechos determinantes a través de normas probatorias identificables y la desviación de poder que se encuentra establecida expresamente como causal de desestimación del recurso contencioso administrativo. Junto con ello se expresa cuál es la intención del legislador en relación a los límites del control judicial en materia de discrecionalidad administrativa y la sustitución judicial pues se señala explícitamente hasta dónde puede llegar el juez tanto en la Exposición de motivos como en el art. 71.2, precepto que prohíbe dicha posibilidad. Todo ello ha contribuido a la formación de doctrinas jurisprudenciales sólidas que han podido erigirse gracias a la existencia de pautas y normas claras así como de criterios uniformes en relación con el control judicial de la Administración y su sometimiento al Ordenamiento jurídico, permitiendo la evolución del mismo y su consolidación.

De la misma manera el Derecho de la Unión Europea contempla procedimientos judiciales idóneos para controlar la actividad administrativa de los órganos y de las instituciones comunitarias así como normas procesales que señalan con claridad el objeto de los mismos y los vicios que conocerán, aplicándose las técnicas de control de la discrecionalidad administrativa en este ámbito en un proceso configurado de forma adecuada.

En este sentido y desde nuestro punto de vista, la actual configuración de la jurisdicción contencioso administrativa en el Derecho chileno debe ser reestructurada siendo el ejemplo comparado muy ilustrativo. En primer lugar, no es posible que frente a la especialización de ciertas materias administrativas, exista una vía ordinaria a cargo de una jurisdicción civil. Por otra parte, el

recurso de protección se encuentra claramente sobrepasado en cuanto a su función cautelar y no puede seguir actuando como un sustituto de un verdadero contencioso administrativo. De esta forma consideramos de la máxima importancia la unificación de la jurisdicción contencioso administrativa y la creación de un procedimiento general tal como se ha señalado en nuestro Derecho¹⁰⁴⁰, que se configure dentro del Poder judicial y que se atribuya a órganos especializados pues de esa forma se cumpliría con la especialización que las materias administrativas exigen de los juzgadores, así como de las reglas que se aplican en este ámbito y sobre todo, constituiría la mejor garantía para los ciudadanos al ser un tercero imparcial y encargado constitucionalmente de administrar justicia el que pueda corregir la asimetría que existe entre la configuración de poderes y prerrogativas administrativas y la legítima defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos. Este planteamiento nos parece más adecuado conforme a la realidad jurídica y social chilena pues de esta forma se concreta además la idea de que no hay órganos, instituciones y poderes que queden fuera del control de los tribunales de justicia del Poder Judicial, el único que debería tener jurisdicción en la materia para garantizar una visión global de todo el sistema de justicia concretizándose un pilar importante del Estado de Derecho y en total armonía con lo que significan hoy no sólo los derechos fundamentales de la persona y su correcta protección, sino que la persona misma, protagonista de acuerdo al art. 1 de la CPR del servicio del Estado.

Una configuración en estos términos de una jurisdicción contencioso administrativa ordinaria exigiría una ley que regulara la jurisdicción en cuestión y reconociera todas las peculiaridades de un proceso ordinario, así como la consagración de los requisitos que exige el debido proceso, especialmente lo que dice relación con etapas procesales claramente establecidas y delimitadas, incluyendo un término probatorio idóneo. Por su parte, el recurso de protección debe mantenerse pero para cumplir realmente la función cautelar que le ha encomendado la Carta.

¹⁰⁴⁰ FERRADA BORQUEZ, J., *“Las potestades y privilegios de la Administración...”*, op. cit., p. 89.

Lo anterior también significa terminar con la creación de vías administrativas especiales y ajenas al Poder judicial pues con ello sólo se logra una dispersión de órganos jurisdiccionales, característica propia del Antiguo Régimen¹⁰⁴¹, que hoy bajo el pretexto de la especialidad o de la incompetencia técnica del juez y de lo inadecuado de los procedimientos civiles sólo sustrae de los órganos ordinarios estos ámbitos especializados¹⁰⁴². De lo contrario no sorprendería la creación de nuevas jurisdicciones en otras materias como urbanismo, función pública u otros ámbitos con lo cual “llegaría un momento en que, a fuerza de atomizar la justicia ordinaria, vendría a desaparecer”¹⁰⁴³ estando la clave en reformar con carácter general la administración de justicia ordinaria y no en crear otros sistemas paralelos¹⁰⁴⁴.

Por tanto, unificar la jurisdicción que hoy se encuentra parcelada y reformar la vía ordinaria contemplada resultaría además acorde con el principio de economía procesal, con las finanzas del propio fisco y sobre todo con el acceso a la justicia para los ciudadanos. Así, podrían configurarse bajo el amparo de esta única jurisdicción distintos procedimientos especiales según las materias de que se trate o bien constituirse salas especializadas que permitan un mejor conocimiento y resolución de los asuntos ventilados en sede judicial o incluso se podía configurar, en virtud de la independencia que el Derecho ambiental ha adquirido como rama jurídica en este último tiempo, una jurisdicción especializada en este ámbito pero todo ello dentro del Poder judicial. Esto sería beneficioso para nuestro Derecho así como para la jurisprudencia y para todos quienes intervienen en este sistema especialmente los ciudadanos.

En tiempos en que se habla de la necesidad de una nueva Constitución, es imprescindible que se replantee el actual sistema de justicia administrativa así

¹⁰⁴¹ SOSA WAGNER, F., “*Jurisdicciones administrativas especiales...*”, op. cit., pp. 11-12.

¹⁰⁴² SOSA WAGNER, F., “*Jurisdicciones administrativas especiales...*”, op. cit., p. 18.

¹⁰⁴³ Dictamen del Consejo de Estado de 2 de mayo de 1955 (exp. n°19, 191) cit., por SOSA WAGNER, F., “*Jurisdicciones administrativas especiales...*”, op. cit., p. 18.

¹⁰⁴⁴ Dictamen del Consejo de Estado de 2 de mayo de 1955 (exp. n°19, 191) cit., por SOSA WAGNER, F., “*Jurisdicciones administrativas especiales...*”, op. cit., p. 18.

como el establecimiento no sólo de un derecho de acceso a la justicia sino que de una verdadera tutela judicial en términos efectivos lo cual debería ser el punto de partida de un sistema de justicia administrativa. En la experiencia comparada se ha podido apreciar que este derecho ha sido un importante elemento en la evolución del control judicial de las potestades discrecionales y ha puesto en el eje de todos los debates al ciudadano. En necesario recordar que la relación entre Administración y ciudadano se encuentra en un desequilibrio necesario para que la Administración pueda cumplir con las atribuciones y funciones que se le han encomendado por el Ordenamiento jurídico pero que es preciso corregir cuando los ciudadanos sientan que producto de dicha actividad han sido lesionados en sus derechos o intereses siendo los tribunales de justicia los órgano más idóneos para restablecer dicha asimetría.

CONCLUSIONES FINALES

Primera. Esta investigación ha tenido como principal objetivo confrontar el Derecho chileno con el Derecho español en relación con la discrecionalidad administrativa y su control judicial por medio del método del Derecho comparado, a fin de buscar soluciones para los problemas encontrados en el primero.

Segunda. Para ello y mediante la metodología de lege data o descriptiva, se ha determinado el estado de la cuestión en ambos Ordenamientos jurídicos identificándose elementos comunes. Así, en ambos Derechos la discrecionalidad administrativa es entendida como un fenómeno del propio Ordenamiento jurídico que rechaza la arbitrariedad, admitida para cumplir de mejor manera con el interés general, se encuentra sometida a límites jurídicos y es objeto de control judicial utilizándose técnicas de control similares.

Tercera. Por su parte, en el Derecho chileno, la discrecionalidad administrativa se configura como un margen de libertad que el legislador ha otorgado a la Administración del Estado con el objeto de que esta adopte entre varias, la decisión más conveniente para su administración, confiando en que esta la ejercerá teniendo como fin último el bien común, respetando los márgenes y límites establecidos tanto por el Ordenamiento jurídico en general como por la norma jurídica que habilita su actuación. Además, la misma es controlada judicialmente por los tribunales ordinarios, especialmente por las Cortes de Apelaciones respectivas en virtud del recurso de protección, acción de naturaleza cautelar sin etapa probatoria, que procede contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios que puedan lesionar los derechos que la Constitución señala, identificándose como criterios de control los hechos determinantes, la desviación de poder, los principios generales del Derecho y la motivación como un elemento imprescindible de este examen jurídico.

Cuarta. Ahora bien, en este contexto, el estudio de la discrecionalidad administrativa en el Derecho chileno ha dejado en evidencia que su control judicial presenta debilidades y limitaciones que afectan su eficacia como garantía de los ciudadanos frente a la acción de la Administración, pues el mismo no es desplegado por los jueces con la extensión que el Ordenamiento jurídico permite en virtud de los elementos que el mismo contempla. Así, se prescinde de la motivación en ciertos casos, los principios generales del Derecho se aplican en forma limitada, no se controla la oportunidad del ejercicio de una potestad discrecional en sus componentes jurídicos ni tampoco actuaciones esencialmente discrecionales como los actos de gobierno y no se han identificado con claridad los elementos que definen a la desviación de poder y que permitan aplicar la técnica con certeza. Por otra parte, estas debilidades y deficiencias del control judicial también se expresan en la técnica de los hechos determinantes, en materia de actuaciones técnicas y también respecto de los conceptos jurídicos indeterminados en donde se observan ciertas vacilaciones en relación a dónde puede llegar el juez en estas materias. A todo lo anterior se suman las limitaciones probatorias del recurso de protección como cauce para controlar la discrecionalidad de la Administración, un proceso ordinario a cargo de la jurisdicción civil y la fragmentación de la jurisdicción contenciosa administrativa radicada en órganos jurisdiccionales especiales configurados fuera del Poder judicial, lo que dificulta un control judicial uniforme en esta materia.

Quinta. En la superación de estos obstáculos, se ha considerado que la determinación del marco de acción de la función judicial es imprescindible. En esta labor, el estudio del Derecho español ha sido un gran aporte pues el mismo ha proporcionado aristas fundamentales que han servido de punto de partida a esta discusión siendo el concepto y los fundamentos de la discrecionalidad administrativa así como su alcance en la estructura normativa, los elementos indispensables que han permitido reconocer los

elementos mínimos que el control judicial debe abarcar así como los límites que el mismo no puede traspasar.

Sexta. En este sentido, el concepto de la discrecionalidad administrativa que se ha determinado en el Derecho chileno engloba fundamentos básicos que los jueces no pueden perder de vista al desplegar la función judicial de lo cual se deduce que en primer lugar, la discrecionalidad administrativa tiene una concepción positiva en nuestro Ordenamiento jurídico y como tal se encuentra sometida al principio de juridicidad y con ello a todos los elementos que lo conforman lo que incluye a los principios generales del Derecho, debiendo el control judicial abarcar todos estos elementos y por tanto el mismo puede extenderse a la oportunidad de ejercicio de una potestad discrecional, a las actuaciones técnicas y a actos esencialmente discrecionales como los de gobierno tal como ocurre en la experiencia comparada. También se ha determinado que la discrecionalidad administrativa cumple una finalidad en el Ordenamiento jurídico pues le permite a la Administración satisfacer de mejor manera el interés general debiendo el control judicial comprobar que en su ejercicio no existe una desviación respecto del fin no sólo de la norma jurídica concreta sino que respecto de dicha finalidad general, por lo que el adecuado conocimiento y utilización de esta técnica adquiere gran relevancia. De la misma manera se ha determinado que la arbitrariedad se encuentra rechazada en nuestro Ordenamiento jurídico siendo el principio de transparencia y publicidad una garantía constitucional expresa de la exclusión de la misma que refuerza el deber legal de la motivación, de forma que el control judicial debe exigir la misma en cada una de las actuaciones sometidas a su control no pudiendo plantearse excepciones de ningún tipo sin poner en riesgo la exclusión de la arbitrariedad en nuestro Derecho.

Estos fundamentos que conforman el concepto de la discrecionalidad administrativa reafirman el control judicial de la misma y han permitido establecer los elementos mínimos que dicho control debe considerar los

cuales deben ser verificados a través de las distintas técnicas de control empleadas no pudiendo prescindirse de ellos.

Séptima. De la misma manera, la delimitación del marco de acción de la función judicial requiere que se establezcan con claridad sus límites, aspecto en el que el alcance de la discrecionalidad administrativa en la estructura normativa, asunto profundamente discutido en el Derecho español, influye para su posterior definición. En este sentido se ha considerado que la configuración de la discrecionalidad en los elementos qué y cuándo de las potestades administrativas, es congruente con la determinación de la misma en las consecuencias jurídicas de la norma en la que generalmente se manifestarán dichos aspectos, lo que resulta acorde con el avance que el control judicial ha supuesto en el último siglo en el Derecho europeo y con la propia perspectiva de la jurisprudencia chilena en orden a considerar a los conceptos jurídicos indeterminados, incluso los de tipo técnico, como una materia de interpretación del Derecho. Esta consecuencia reafirma el ámbito de control del juez y sus límites, lo que deberá traducirse por tanto en un adecuado control de los hechos determinantes así como de ciertos conceptos jurídicos indeterminados, existiendo más allá de los elementos que pueden ser calificados como jurídicos, un espacio que el propio Ordenamiento jurídico ha asignado a la Administración al aceptar la discrecionalidad en su actuar, el cual debe ser respetado.

Octava. En la solución de las deficiencias que este control judicial plantea también se ha considerado necesario una nueva configuración de la jurisdicción contencioso administrativa, aspecto que se ha apreciado como fundamental en la experiencia comparada para la eficacia del examen jurídico de la discrecionalidad administrativa. Por ello se ha considerado como indispensable la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa unificada y especializada dentro del Poder judicial y la existencia de un proceso ordinario que cuente con todas las garantías procesales que permita que el control de los tribunales de justicia constituya

una verdadera garantía para los ciudadanos cuando deban enfrentarse a la Administración, aspecto fundamental en un Estado de Derecho.

Novena. Finalmente, a través de esta investigación se ha podido observar que la discrecionalidad administrativa en relación con áreas más especializadas del Derecho administrativo chileno como el ambiental y económico, presenta ciertas particularidades en cuanto a su control judicial, lo cual deja abierta nuevas posibilidades de estudios y análisis.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN HONORUBIA, V., VILÀ COSTA, B., y OTROS, Lecciones de Derecho Comunitario Europeo, 6ª ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2011.
- AGAPITO SERRANO, R., Libertad y División de poderes, “El contenido esencial” del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
- ALARCÓN JAÑA, P., Discrecionalidad administrativa, Un estudio de la jurisprudencia chilena, Editorial Jurídica Conosur LTDA., Santiago de Chile, 2000.
- ALCALDE RODRÍGUEZ, E., Los principios generales del Derecho. Su función y garantía en el derecho público y privado chileno, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.
- ALONSO MAS, M., La solución justa en las resoluciones administrativas, Editorial Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, 1998.
- ÁLVAREZ TORRES, S., Las potestades administrativas en la doctrina chilena: 1833-2009, Derecho Administrativo 150 años de doctrina, coordinador Rolando Pantoja Bauzá, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009.
- ARANCIBIA MATTAR, J., Concepto de discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia emanada del recurso de protección, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, n°60, julio- diciembre, 1996.
- AROSTICA MALDONADO, I., La motivación de los actos administrativos en el Derecho chileno, Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, Chile, Vol. 10, 1986.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: Comentarios a una polémica, Revista española de Derecho administrativo, n° 85, 1995.
- BACIGALUPO SAGESSE, M., La discrecionalidad administrativa: Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- BELADIEZ ROJO, M., La vinculación de la Administración al Derecho, Revista de Administración Pública, n° 153, septiembre-diciembre, 2000.
- BELADIEZ ROJO, M., Los principios jurídicos, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

- BELTRÁN DE FELIPE, M., Discrecionalidad administrativa y Constitución, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- BERMÚDEZ SOTO, J., Derecho Administrativo general, 3ª edición actualizada, Editorial Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.
- BORDALÍ SALAMANCA, A., Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial, Revista chilena de Derecho, Vol. 38, n° 2, 2011.
- BRAVO LIRA, B., Anales de la judicatura chilena, Vol. I, Poder Judicial, 2011.
- BULLINGER, M., La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial, La Ley digital, n°4, 1987.
- CALDERA DELGADO, H., Tratado de Derecho Administrativo, v.1, Ediciones Parlamento, Santiago de Chile, 2001.
- CAMACHO CEPEDA, G., Discrecionalidad administrativa y tarificación de los servicios de telecomunicaciones, Revista de Derecho, Revista de Derecho público, Universidad de Chile, Vol. 66, 2004.
- CAMACHO CEPEDA, G., La discrecionalidad administrativa en tela de juicio: notas para un reexamen de la cuestión, Revista Gaceta Jurídica, n° 24, abril, 1990.
- CAMACHO CEPEDA, G., Tratado de Derecho Administrativo, La actividad sustancial de la Administración, V.4, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010.
- CARMONA SANTANDER, C., Tres problemas de la potestad reglamentaria: Legitimidad, intensidad y control, Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, n° 3, 2001.
- CARRASCO FUENTES, P., Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa, Revista de Derecho Público, vol. 77, 2012.
- CARRO Y FERNÁNDEZ VALMAYOR, J., La doctrina del acto político. (Especial referencia al derecho italiano), Revista de Administración Pública, n°53, 1967.

- CASADO CASADO, L., El control de la discrecionalidad administrativa en el Derecho europeo, Revista vasca de Administración pública, n° 44, 1, 1996.
- CASTILLO BLANCO, F., La interpretación y aplicación del Ordenamiento jurídico público, Especial referencia al abuso del Derecho, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2008.
- CAZOR ALISTE, K., Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución, Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Valdivia, Vol. 8, 1997.
- CEA EGAÑA, J., Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa, Revista chilena de Derecho (Universidad Católica de Chile), V.11, n°1, enero-abril, 1984.
- CEA EGAÑA, J., Fiscalización política o control judicial del acto de gobierno, Gaceta Jurídica, 137, Chile, 1991.
- CEA EGAÑA, J., Tercera regla de oro del Derecho Público, Revista de Derecho y Ciencias Penales n° 13, 2009.
- CEA EGAÑA, J., Derecho constitucional chileno, Tomo 1, 3ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015.
- CHINCHILLA MARÍN, C., La desviación de poder, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1999.
- CORDERO VEGA, L., Corte Suprema y Medio ambiente ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?, Anuario de Derecho Público, 2012.
- CORDERO VEGA, L., Los actos de gobierno. Reflexiones a propósito de la nulidad de un tratado internacional, Gaceta Jurídica, 277, Chile, 2003.
- CORDERO VEGA, L., El control de la Administración del Estado, Legal Publishing, Santiago, 2009.
- COSTA CORDELLA, E., Los tribunales administrativos especiales en Chile, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. 27, n°1, 2014.
- DE LA CRUZ FERRER, J., Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria, Revista de Administración Pública n° 116, 1988.

- DE LA CUÉTARA, J., Las potestades administrativas, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.
- DE VICENTE DOMINGO, R., Discrecionalidad e inactividad. El principio de actuación suficiente de la Administración, Revista española de Derecho administrativo, nº165, 2014.
- DEL SAZ CORDERO, S., Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional, en CHINCHILLA, C., LOZANO, B., DEL SAZ, S., Nuevas perspectivas del Derecho administrativo, Tres estudios, Civitas, Madrid, 1992.
- DELGADO BARRIO, J., El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico, Editorial Civitas, Madrid, 1993.
- DESDENTADO DAROCA, E., Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia), Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- DESDENTADO DAROCA, E., Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico, 2ª edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.
- DUEZ, P., Les actes de gouvernement, Recueil Sirey, Paris, 1935.
- DUEZ, P., Y DEBEYRE, G., Traité de Droit Administratif, Dalloz, Paris, 1952.
- EMBID IRUJO, A., La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana, Revista de Administración Pública, nº115, 1988.
- FERMANDOIS VÖRINGHER, A., Discrecionalidad urbanística y garantías constitucionales, Revista Chilena de Derecho (Universidad Católica de Chile), Vol. 25, nº1, enero-marzo, 1998.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., Arbitrariedad y discrecionalidad, 1ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., De la discrecionalidad de la Administración, 5ª edición, Editorial Aranzadi, 2008.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece, Revista de Administración Pública, nº196, 2014.

- FERNÁNDEZ TORRES, J., Jurisdicción Administrativa y Tutela judicial efectiva, Editorial Civitas, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ TORRES, J., Discrecionalidad y arbitrariedad, dos décadas después, en Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández, coord. por García de Enterría Martínez-Carande, E., Alonso García, R., Vol. 1, Editorial Civitas, 2012.
- FERNÁNDEZ TORRES, J., Historia legal de la Jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998), Editorial Iustel, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ-ESPINAR, L., El control de la discrecionalidad administrativa, la necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control, Revista jurídica de Castilla y León, nº 26, 2012.
- FERRADA BÓRQUEZ J., Las potestades públicas de la Administración del Estado en la tutela de los intereses públicos: a propósito de la sentencia 634/2007 del Tribunal Constitucional, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 15, nº1, 2008.
- FERRADA BÓRQUEZ, J., El sistema de Derecho Administrativo chileno: una revisión crítica desde una perspectiva histórica, Revista de Derecho, 217-218, Universidad Austral de Chile, 2005.
- FERRADA BÓRQUEZ, J., Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno, Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile) v. 20, nº2, 2007.
- FONT I LLOVET, T., y MIR PUIGPELAT, O., Discrecionalidad administrativa y alcance del control judicial, en Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández, coord. por García de Enterría Martínez-Carande, E., Alonso García, R., Vol. 1, Editorial Civitas, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Democracia, jueces y control de la Administración, 4ª edición ampliada, Editorial Civitas, Madrid, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., Curso de Derecho Administrativo I, 16ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública, nº38, 1962.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho, Madrid, Editorial Civitas, 1984.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Revolución francesa y Administración contemporánea, 2ª edición, Editorial Taurus, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T., Curso de Derecho Administrativo II, 13ª edición, Editorial Aranzadi, Madrid, 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., La lengua de los Derechos, La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa, Alianza Editorial, Madrid, 1994.
- GARCÍA LUENGO, J., El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo, Editorial Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA, J., Y VERDUGO, S., Activismo judicial en Chile, ¿Hacia el gobierno de los jueces?, Ediciones LYD, Santiago, 2013.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M., El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Editorial Aranzadi, 2003.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo, Madrid, Editorial Civitas, 2004.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., El control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de justicia de la Unión europea y otras enseñanzas procesales del Derecho comunitario para el proceso administrativo español, Revista de Administración Pública, nº135, 1994.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., Motivación por la Administración extemporáneo y exnovo, Revista Actualidad administrativa, nº2, 2013.
- GRANADO HIJELMO, I., La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos, en Discrecionalidad administrativa y control judicial, I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la junta de Andalucía. Coord. Hinojosa Martínez, E., y González-Deleito Domínguez, N., Madrid, Civitas, 1996.
- GUICHOT REINA, E., Control de la discrecionalidad y responsabilidad en el Derecho comunitario, en Discrecionalidad administrativa y control judicial, I Jornadas del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Coord. Hinojosa Martínez, E., y González-Deleito Domínguez, N., Madrid, Editorial Civitas, 1996.

- GUZMÁN SUAREZ, Lionel, El control de la discrecionalidad administrativa en Chile, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- HARO, R., La razonabilidad y las funciones de control, Iut et praxis, Universidad de Talca, año 7, n°2, 2001.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, E., Aspectos procesales del control judicial de la discrecionalidad administrativa, en Discrecionalidad administrativa y control judicial, I Jornadas de Estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Coord. Hinojosa Martínez, E., Y González-Deleito Domínguez, N., Editorial Civitas, 1996.
- IGARTUA SALAVERRÍA, J., Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional, Editorial Civitas, Madrid, 1998.
- IRIBARREN CABEZAS, J., Lecciones de Derecho Administrativo, Apuntes de clases revisados por el profesor, Editorial Nascimento, 1936.
- LAFERRIÈRE, E., Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Tome 2, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, reimpresión 1989.
- LARENZ, K., Metodología de la Ciencia del Derecho, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 1994.
- LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DEVOLVÉ, P., y GENEVOIS, B., Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16ª edición, Dalloz, París, 2007.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J., El principio general de proporcionalidad en el Derecho administrativo, Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1988.
- MARTIN REBOLLO, L., El proceso de elaboración de la Ley de lo contencioso administrativo de 13 de septiembre de 1888, Instituto de estudios administrativos, Madrid, 1975.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S., La desviación de poder en el Derecho español, Revista de Administración Pública, n°22, 1957.
- MENDOZA ZÚÑIGA, R., Acerca del control de la discrecionalidad técnica en materia eléctrica, Revista chilena de Derecho, vol.25, n°3, 1998.

- MENÉNDEZ PÉREZ, S., El principio de eficacia de la función administrativa, virtualidad práctica: estudio jurisprudencial, en Cuadernos de Derecho judicial, Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 1994.
- MORAGA KLENNER, C., Tratado de Derecho administrativo, La actividad formal de la Administración del Estado, Tomo IV, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010.
- MORALES ESPINOZA, B., El acto de gobierno en Chile, Revista de Derecho, n°223-224, Universidad de Concepción, Chile, 2008.
- MOZO SEOANE, A, La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrina, 1894-1983, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1985.
- MUÑOZ MACHADO, S., La reserva de jurisdicción, Editorial La ley, Madrid, 1989.
- MUÑOZ MACHADO, S., Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general, Tomo I, La formación de las Instituciones públicas y su sometimiento al Derecho, Editorial Iustel, Madrid, 2011.
- NIETO GARCÍA, A., La Administración sirve con objetividad los intereses generales, en Estudios sobre la Constitución española, homenaje al profesor E., García de Enterría, Coord. S., Martín Retortillo, V.3, Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- OBERG YÁÑEZ, H., MANSO VILLALÓN, M., Derecho procesal orgánico, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011.
- OELCKERS CAMUS, O., El principio de la legalidad en las actuaciones de la Administración del Estado, en La Administración del Estado de Chile, decenio 1990-2000, coord. Pantoja Bauzá, R., Universidad de Chile, Editorial Cono Sur, Santiago, 2000.
- PANTOJA BAUZÁ, R., Del principio de legalidad al principio de la juridicidad, en La Administración del Estado en Chile, decenio 1990-2000, coord. Pantoja Bauzá, R., Universidad de Chile, Editorial Cono Sur, Santiago, 2000.
- PAREJO ALFONSO, L., Administrar y juzgar: “Dos funciones constitucionales distintas y complementarias”, Editorial Tecnos, 1993.

- PAREJO ALFONSO, L., Comentario al artículo 2 letra de la Ley de Jurisdicción Contencioso administrativa, Revista Española de Derecho Administrativo, nº100, 1998.
- PAREJO ALFONSO, L., La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública, Documentación administrativa, nº 218-219, 1989.
- PIERRY ARRAU, P., El control de la discrecionalidad administrativa, Revista chilena de Derecho (Universidad Católica de Chile), v.11, nº2-3, mayo-diciembre 1984.
- PONCE DE LEÓN SALUCCI, S., Alcances y límites del control de la decisión discrecional fundada en conceptos técnicos, en XXXVIII Jornadas de Derecho público: Derecho público en el siglo XXI: reforma y modernización del Estado, Fondo de Publicaciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 2008.
- REQUENA LÓPEZ, T., Ideas en torno a una expresión falaz: El control de la discrecionalidad administrativa, en I Jornadas de Estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Coord. Hinojosa Martínez, E., Y González-Deleito Domínguez, N., Editorial Civitas, 1996.
- RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, J., Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo, Revista de la facultad de Derecho PUCP, nº 67, 2011.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J., Normas de conducta y normas de control, Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, nº 1, 2015.
- RODRÍGUEZ ELIZONDO, J., Protección jurisdiccional de los administrados: el exceso de poder, Editorial Jurídica de Chile, 1961.
- ROMÁN CORDERO, C., El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como mecanismo de control de la arbitrariedad del legislador, Revista de Derecho público, Vol. 72, 2010.
- ROMANO, S., Fragmentos de un Diccionario Jurídico, traducción de Sentis Melendo, S., y Ayerra Redín, M., Editorial Comares, Granada, 2002.
- SAAVEDRA FERNÁNDEZ, R., Discrecionalidad administrativa, Editorial Abeledo Perrot- Legal publishing Chile, 2011.

- SAINZ MORENO, F., Conceptos jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad administrativa, Editorial Civitas, Madrid, 1976.
- SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J., FERNÁNDEZ MONTALVO, R., Derecho procesal administrativo, T. III, Editorial Bosch, Barcelona, 2013.
- SALINAS BRUZZONE, C., ¿Legalidad en entredicho? Comentarios sobre discrecionalidad administrativa, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, n° 20, 2002.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho Administrativo, Parte General, novena edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., Discrecionalidad administrativa y control judicial, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa, en Cuadernos de Derecho judicial, Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo, Consejo General del Poder judicial, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica, Revista de Administración Pública, n° 197, 2015.
- SANTAMARÍA PASTOR, J., Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos, Revista de Administración Pública, n° 195, 2014.
- SILVA CIMMA, E., Derecho administrativo chileno y comparado, Actos, contratos y bienes. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995.
- SILVA CIMMA, E., Derecho Administrativo chileno y comparado, Introducción y fuentes, T. 1, 5ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009.
- SILVA CIMMA, E., Derecho administrativo y comparado, El control público, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1994.
- SOSA WAGNER, F., Jurisdicciones administrativas especiales, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1977.
- SOTO KLOSS, E., Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos (notas para un mejor entendimiento del problema), Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, n°43-44, Enero-diciembre, 1988.

- SOTO KLOSS, E., Derecho administrativo, Bases fundamentales, tomo II, El principio de juridicidad, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.
- SOTO KLOSS, E., Derecho Administrativo, Temas Fundamentales, 2ª edición, Editorial Abeledo Perrot; Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010.
- SOTO KLOSS, E., Ilegalidad y arbitrariedad en el recurso de protección, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 78, n°1, enero-abril 1981.
- SUAY RINCÓN, J., El control de la actividad discrecional de la Administración: el error en la apreciación de los hechos, Revista de Administración Pública, n°124, 1991.
- TORNOS MAS, J., Discrecionalidad e Intervención administrativa económica, en Discrecionalidad administrativa y control judicial, I Jornadas de Estudio del Gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, Coord. Hinojosa Martínez, E., Y González-Deleito Domínguez, N., Editorial Civitas, 1996.
- UCIEDA SOMOZA, E., Técnicas de control de la discrecionalidad en el Derecho comunitario de funcionarios y en el Derecho español. Examen de los hechos determinantes, Revista vasca de Administración Pública, n°18, 1987.
- UREÑA SALCEDO, J., El principio de Servicio objetivo a los intereses generales y su control por los tribunales, Revista Documentación Administrativa, n°289, enero-abril 2011.
- VERGARA BLANCO, A., La motivación de los actos administrativos, La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, Conmemoración por su 75º Aniversario de vida institucional, Santiago, 2002.
- VERGARA BLANCO, A., Contratación administrativa y discrecionalidad reducida “casi a cero”: el procedimiento concesional minero chileno, en Tratado General de los Contratos Públicos, T. II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2013.