

# EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

*Pedro Pierry Arrau*

Profesor de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso y  
Universidad de Valparaíso

Desde la concepción absolutista del Estado de policía, que podría sintetizarse en las palabras que dirigía uno de sus cortesanos a Luis XIV; “todos vuestros súbditos os deben su persona, sus bienes, su sangre, sin tener derecho a pretender nada. Sacrificando todo lo que ellos tienen cumplen con su deber y no os dan nada, porque todo es vuestro”<sup>1</sup> hasta el Estado de Derecho que impera en nuestros días en todas las naciones civilizadas del mundo, se ha recorrido un gran trecho.

Lo que caracteriza al Estado de Derecho es el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y el otorgamiento a los particulares de los medios idóneos para su defensa<sup>2</sup>. El sometimiento de la Administración a la Ley, concebida en términos genéricos, es en su nota principal y esencial.

Mientras más precisas sean las normas que regulan la acción de la Administración, mayor es la garantía de respeto a los derechos de los particulares. Sin embargo, la regulación de la acción administrativa, en sus más mínimos detalles aun cuando significa un resguardo mayor de los intereses particulares, entraña el grave riesgo de paralizar la Administración, cuya actuación está guiada por el interés de toda la comunidad. Este problema cobra cada día mayor importancia, por cuanto es tendencia universal en los últimos años, el fortalecimiento del poder central y el otorgamiento a éste de atribuciones cada vez más amplias con el objeto de posibilitarle el cumplimiento más eficaz de los objetivos que la compleja sociedad de nuestros días le impone. Ello hace necesario, como justa contrapartida, el otorgamiento a los particulares de los más eficaces instrumentos para la protección de sus derechos frente a un administrador tan poderoso.

El principio de la legalidad, que es el fundamento del control de la administración y del tema que nos preocupa, está íntimamente ligado con los conceptos de discrecionalidad y competencia reglada, acerca de los cuales será necesario referirse en primer lugar.

## PODER DISCRECIONAL Y COMPETENCIA REGLADA

Según Bonnard<sup>3</sup>: “Hay poder discrecional cuando la ley o el reglamento dejen a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué con-

<sup>1</sup> RAFAEL ENTRENA CUESTA. Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1966.

<sup>2</sup> JEAN RIVERO. Droit Administratif, Edit. Dalloz, Paris, 1966.

<sup>3</sup> BONNARD. Citado por AUBY y DRAGO. Traité de Contentieux Administratif, Edit. LGDJ, Paris, 1962.

tenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer". Se concibe por lo tanto como la facultad de obrar libremente por la Administración sin que su conducta esté previamente determinada por la regla de derecho.

Hay competencia reglada, por el contrario, cuando la norma jurídica impone al poder público la decisión que se tome, en atención a la existencia de ciertos requisitos que ella establece. La autoridad en este caso no queda en libertad para elegir el camino que más le conviene, ya que en presencia de determinadas circunstancias deberá actuar en el sentido prescrito por la norma.

Es conveniente precisar que el poder discrecional no es susceptible de graduaciones; existe o no. O la Administración es libre para actuar en un determinado sentido o no lo es. Sin embargo, en un acto administrativo puede haber mayor o menor discrecionalidad según que la regla de derecho deje más o menos elementos a la libre decisión de la Administración.

De este modo y por ejemplo, una disposición como la del artículo 31 del Código Sanitario que establece que en caso de peligro de epidemia o cuando ésta se hubiere declarado el Servicio Nacional de Salud —hoy Servicios de Salud— podrá disponer o tomar a su cargo el sacrificio de los animales propagadores de la enfermedad, otorga a la autoridad sanitaria un poder discrecional en lo que se refiere a la decisión de sacrificar los animales y a cuándo se lleve a cabo este sacrificio. Esta misma facultad de la autoridad es, sin embargo, reglada, en cuanto a que para el surgimiento de su competencia discrecional es necesario que exista peligro de epidemia o que ésta se hubiere declarado.

La existencia del poder discrecional se define en forma residual, pues se presenta cuando las exigencias de la legalidad se han agotado. Así, dentro de cada acto administrativo existe un aspecto reglado y un aspecto discrecional; siendo excepcionales los casos de actos exclusivamente reglados, como por ejemplo, el otorgamiento de una licencia para conducir, e imposibles de concebir, los actos puramente discrecionales, ya que en todo caso el acto deberá tener una finalidad de interés público cuya sola mención contiene un principio de reglamentación.

El control de la legalidad recae sobre el aspecto reglado del acto o actuación de la Administración. En su aspecto discrecional no es susceptible de control alguno. Donde existe, no puede haber control de la legalidad, quedando, por otra parte, excluido el control de la oportunidad como lo veremos más adelante.

¿Cómo se explica entonces que se haya elegido como título de este artículo el de control de la discrecionalidad, atendido lo recientemente expresado? Por lo siguiente: la norma positiva escrita no es la única fuente del poder reglado. La ley no es la única fuente de la legalidad. De este modo, "al lado de un poder reglado por la ley, existe un poder reglado por el juez"<sup>4</sup>. Nosotros hemos preferido llamar control de la discrecionalidad a los medios de que se vale el juez para restringir el campo de la discrecionalidad y crear el poder reglado jurisprudencial, ya que dentro del derecho chileno, por ausencia de tribunales administrativos y falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer como regla general de los actos de la administración, todo lo que en doctrina aparece como legalidad jurisprudencial corresponde, entre nosotros, a la discrecionalidad de la Administración.

<sup>4</sup> ANDRÉ DE LAUBADERE. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Edit. LGDJ, Paris, 1967.

La doctrina del derecho administrativo, teniendo como base fundamental la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia, ha elaborado diversos medios de control de la legalidad que han venido a significar limitación de la discrecionalidad. Por esta vía se han establecido nuevos requisitos de legalidad que han ampliado el aspecto reglado de los actos administrativos y disminuido, por consiguiente, su discrecionalidad. Tales medios han sido el producto de una larga evolución y todavía no se encuentran totalmente precisados sus límites como tampoco su influencia o aceptación ha sido la misma en los distintos países de derecho continental occidental donde existe una jurisdicción contencioso administrativa.

Los medios de control a que nos estamos refiriendo se encuentran dentro de las causales que contemple el derecho administrativo para la anulación de los actos administrativos, las que se refieren a la violación de los requisitos establecidos para la validez de dichos actos.

De ellas hemos separado aquellos elementos que configuran el control de la discrecionalidad.

Las causales de anulación de los actos administrativos son: incompetencia, vicio de forma o de procedimiento, desviación de poder o violación de la ley.

Históricamente se han distinguido entre aquellas causales que se refieren a la legalidad externa de las decisiones administrativas y aquellas que se refieren a su legalidad interna, correspondiendo la incompetencia y el vicio de forma a las primeras y la desviación de poder y violación de la ley a las segundas. La desviación de poder, de su parte, se refiere a los aspectos subjetivos del acto, y la violación de la ley propiamente tal a su aspecto objetivo.

El primer medio a través del cual el derecho administrativo ha restringido la discrecionalidad, sometiéndola a control, y el más antiguo en el tiempo se refiere a la desviación de poder, que corresponde a la tercera causal de nulidad de las decisiones administrativas.

### I. *Desviación de poder*

La desviación de poder es el vicio que afecta a aquella decisión administrativa, que ha sido dictada por la autoridad competente, teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado.

Esta causal de anulación se diferencia de todas las otras en cuanto se trata con ella de buscar las intenciones subjetivas, los móviles internos que ha inspirado al autor de la decisión, constatando si ellos están de acuerdo con la finalidad que la legalidad ha previsto y no de apreciar objetivamente la conformidad del acto con la regla de derecho.

El acto puede adolecer de desviación de poder, en primer término, cuando su fin ha sido distinto del interés general que debe presidir absolutamente todas las actuaciones de la Administración. Estos intereses distintos del interés general pueden ser, por ejemplo, de orden político, personal, patrimonial, religioso, etc.

Hay desviación de poder, además, cuando el acto dictado, si bien ha tenido en vista el interés general, no está de acuerdo con el interés particular, con los fines que la ley le ha asignado en forma específica. Un ejemplo de esta materia lo encontramos en un fallo emitido por el Consejo de Estado de Francia el año 1924<sup>5</sup> por el cual se anuló un decreto municipal que prohibía a los bañistas

<sup>5</sup> SENTENCIA BEAUCE. Consejo de Estado de Francia. Citado por M. WALINE, *Traité de Droit Administratif*, Edit. Sirey, Paris, 1963.

desvestirse en una playa sin utilizar las cabinas municipales que allí existían, por cuanto el acto que habría sido válido si se hubiese dictado teniendo en vista la moralidad pública, en realidad lo habría sido persiguiendo un mejoramiento de las finanzas municipales. Interés general había, pero también una finalidad distinta de aquella por la cual un acto de policía como aquel podía ser dictado.

El control o restricción de la discrecionalidad administrativa en lo que a esta causal de nulidad se refiere, podemos encontrarla en dos aspectos bien precisos: la noción de interés público y la determinación por el juez de los fines específicos de la norma.

a) Todo acto de la Administración debe tender, en último término, el beneficio de la colectividad, por lo que si es otro el fin que ha presidido su dictación, el acto será nulo. Sin embargo, la noción de interés público, aun cuando es clara en su contenido, no lo es tanto para los efectos de su aplicación a cada caso concreto. La distinción entre un fin de interés público y un fin de interés político, por ejemplo, no es en absoluto precisa, y correspondería en cada caso al juez determinarlo.

b) Un segundo aspecto lo constituye la búsqueda que puede hacer el juez de los fines particulares y específicos que la ley o la norma general que preside el acto ha tenido, cuando ella ha guardado silencio al respecto.

En ambos casos se está ejerciendo un control directo sobre el aspecto discrecional de las decisiones administrativas y, en general, será siempre en el ámbito discrecional donde solamente interesa buscar los móviles internos de la autoridad, ya que en los aspectos reglados, por el contrario, los móviles psicológicos no interesan para su legalidad.

Este medio de control ha perdido en los últimos años su importancia en la doctrina administrativa, debido a la dificultad que ofrece la prueba de la intención que, como elemento psicológico, es sumamente difícil de comprobar, habiendo contribuido además a esto la aparición de los otros medios que analizaremos más adelante.

La prueba de la desviación de poder aparece imposible en la mayoría de los casos, especialmente si se considera que ella habrá de basarse en antecedentes objetivos que aparezcan en el expediente. ¿Cómo se podría probar, por ejemplo, que el móvil de una autoridad administrativa que ha asignado viviendas de emergencia a pobladores ha sido su interés personal de carácter político y no para solucionar un problema habitacional?

La cuarta causal de nulidad de los actos administrativos está constituida por la violación de la ley. Es una causal de nulidad que se refiere a la legalidad interna de los actos, a su materialidad, implicando, por lo tanto, un control más profundo que en las causales anteriores. Su campo de aplicación se ha ido progresivamente extendiendo desde contemplar solamente a la violación directa de la regla de derecho hasta incluir en ella al error en la interpretación o en la aplicación de la norma.

Hay violación de la ley, cuando una decisión es contraria a la norma de derecho, entendiendo por tal a todos los elementos constitutivos de la legalidad que conforman el llamado bloque legal: Constitución, ley formal, reglamento, etc. Entre estas normas de derecho positivo la doctrina ha considerado como formando parte de la legalidad a los principios generales del derecho, que por ser de elaboración jurisprudencial nosotros los ubicamos entre aquellos medios de que el juez dispone para controlar la discrecionalidad.

## II. *Los principios generales del derecho*

Los principios generales del derecho son "aquellos principios tradicionales escritos o no escritos que son de alguna manera inherentes al derecho público y administrativo"<sup>6</sup>. Otros autores les dan a los principios generales del derecho un sentido más amplio. Así, Federico De Castro<sup>7</sup> los define como los principios inspiradores de todo ordenamiento jurídico; y Entrena Cuesta<sup>8</sup> se refiere a ellos como "los principios del Derecho Natural".

Cualquiera que sea, no obstante, el concepto que retengamos, su reconocimiento y aplicación por el juez los transforma en derecho positivo y va a ser precisamente labor de la jurisprudencia el definirlos y darles aplicación práctica.

Ha sido precisamente el Consejo de Estado de Francia el que ha enunciado los distintos principios generales del derecho administrativo. Ello se ha visto, indudablemente, facilitado por haber adoptado la doctrina francesa una posición práctica consistente en haberlos tratado en la medida que han ido apareciendo, sin establecer reglas generales para su determinación. De este modo, sólo existe actualmente una lista de ellos, la que indudablemente irá ampliándose con el tiempo. Ejemplos de ellos lo constituyen los principios de igualdad ante los servicios públicos, no retroactividad de las decisiones administrativas.

La enorme importancia de los principios generales queda resumida en los siguientes conceptos de las conclusiones del fallo del Consejo de Estado de Francia, Sociedad de Conciertos de Conservatorios, 1951: "Al lado de las leyes escritas, existen grandes principios cuyo reconocimiento como reglas de derecho es indispensable para completar el cuadro jurídico en el cual debe desenvolverse la nación, y cuya violación acarrea las mismas consecuencias que la violación de la ley escrita, es decir, la anulación del acto que los haya desconocido y la constatación de una falta cometida por la autoridad que lo haya dictado"<sup>9</sup>. El caso fue el siguiente: El servicio de la Radiodifusión francesa estaba en conflicto con la Sociedad de Conciertos del Conservatorio, debido a que esta última había tomado ciertas medidas para evitar el ausentismo a sus ensayos de varios músicos que pertenecían a ambas instituciones. La Radiodifusión francesa, en represalia, suprimió las audiciones en que retransmitía los conciertos de la Sociedad de Conciertos.

Llevado el asunto ante el Consejo de Estado, el servicio alegó que ningún contrato o texto le imponía la obligación de retransmitir los conciertos y que la elección de los programas dependía de la discrecionalidad de la Dirección del Servicio público. El tribunal estableció que, si bien la Radiodifusión francesa tenía el derecho a no transmitir concierto alguno o a reglamentar la transmisión de determinadas categorías de ellos, no podía proceder a una exclusión discriminatoria en contra de la sociedad reclamante, en circunstancia que continuaba transmitiendo los conciertos de otras instituciones del mismo tipo. Violaba de este modo el principio general de igualdad ante los servicios públicos, cometiendo, por otra parte, desviación de poder.

<sup>6</sup> LAFERRIERE. Citado por AUBY Y DRAGO. *Traité de Contentieux Administratif*.

<sup>7</sup> Citado por FERNANDO GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.

<sup>8</sup> RAFAEL ENTRENA CUESTA. *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1966.

<sup>9</sup> M. LONG, P. WEIL Y G. BRAIBANT. *Les grands arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Edit. Sirey, 1965.

## FORMA EN QUE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO LIMITAN LA DISCRETIONALIDAD

Como dice el profesor Entrena Cuesta "Por mucha que sea la esfera dejada a la discrecionalidad administrativa, se admite hoy que los principios generales del derecho constituyen, en todo caso, un aspecto reglado de aquella, por lo que su inobservancia acarreará la invalidez del acto que los infringe"<sup>10</sup>. Las reglas que el juez formula sobre esa materia tienen fuerza jurídica y carácter de reglas de derecho, imponiéndose por lo tanto, a la Administración con la misma fuerza que la ley. Así, donde no hay reglas generales que limiten la competencia de la Administración, ésta se verá limitada en todo caso, ya que deberá respetar los principios generales del derecho creados o, mejor dicho, reconocidos por la jurisprudencia.

En la medida que el juez administrativo va definiendo los principios generales y materializándolos en los distintos aspectos del derecho administrativo, para luego aplicarlos a situaciones concretas, va surgiendo una nueva legalidad. La doctrina considera a estos principios como "la síntesis de reglas reveladoras de un principio de base que el juez no hace más que formular"<sup>11</sup>, de tal modo que se les da el carácter de una especie de ley no escrita ubicándolos al mismo nivel de ella dentro de la jerarquía de las normas jurídicas y, por lo tanto, en calidad de superiores a cualquier decisión administrativa, incluso a aquellos actos relativos al poder reglamentario autónomo.

La teoría de los principios generales del derecho se ha desarrollado en otros países con más lentitud que en Francia. En España, por ejemplo, se ha destacado, por parte de los tratadistas, que su aplicación es supletoria y sólo para el caso que la ley administrativa no contemple determinadas situaciones. Por aplicación analógica del artículo seis del Código Civil español que los reconoce, se entiende que ellos son supletorios ante el silencio de la ley. Así, si existe una laguna legal sobre la materia, la Administración deberá ceñirse en la dictación de sus reglamentos y actos administrativos a estos principios<sup>12</sup>.

En Francia, en cambio, quizás por el carácter más preciso que estos principios revisten, su aplicación es siempre posible y constituye un aspecto más de la legalidad que habrá de ser verificada.

Es necesario por último, no confundir los principios generales del derecho con las soluciones jurisprudenciales en general, incluso en aquellos casos en que éstas no se encuentren fundadas directamente en el derecho estricto. Muchas de estas reglas o soluciones han sido formuladas para solucionar situaciones concretas no precisadas por la norma y no tienen el carácter de principio general y, por lo tanto, son susceptibles de ser modificadas por decisiones administrativas de carácter reglamentario.

A propósito de la cuarta causal de nulidad de los actos administrativos, la violación de la ley, se expresa que ello se había ampliado con el transcurso del tiempo hasta incluir el error en la interpretación y aplicación de la norma conjuntamente con la violación directa de ella.

<sup>10</sup> RAFAEL ENTRENA CUESTA. Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, 1966.

<sup>11</sup> GEORGES VEDEL. Cours de Droit Administratif, Les cours de Droit, Paris, 1966-1967.

<sup>12</sup> SABINO ALVEREZ-GENDIN. Tratado General de Derecho Administrativo, Edit. Bosch, Barcelona, 1958.

Bonnard<sup>13</sup> distinguió en esta causal dos grupos distintos de ilegalidades: la ilegalidad relativa al objeto del acto y la ilegalidad relativa a los motivos del acto, sirviendo su distinción como base para el desarrollo posterior de esta causa. Veremos en qué consisten:

La ilegalidad relativa al objeto del acto significa que "la decisión tomada no podía haberlo sido"<sup>14</sup>. El control a que se refiere este punto es un control objetivo, participando en cierta forma de la legalidad externa, en cuanto implica una comparación objetiva entre la regla de derecho violada y el acto impugnado. Por tratarse, sin embargo, del control sobre el objeto del acto, corresponde a la verificación de la legalidad interna.

La ilegalidad relativa a los motivos significa, en cambio, una errada interpretación o aplicación de la regla, implicando un examen por el juez de las circunstancias de hecho y de derecho que han provocado la decisión. La Administración se puede equivocar sobre el sentido o alcance de un texto, cometiendo error de derecho, o sobre la naturaleza, existencia o calificación jurídica de los hechos que han provocado la decisión, cometiendo de este modo un error de hecho.

Conviene hacer presente que en nuestro país, la Contraloría General de la República, órgano encargado por la ley del control de la legalidad de las decisiones administrativas más importantes, sólo puede verificar en la gran mayoría de los casos, la legalidad sobre el primer aspecto de la distinción de Bonnard, o sea, la relativa al objeto del acto. Por lo demás, el control "a priori" de los actos administrativos tiene que ser necesariamente así; de otro modo la Administración no podría funcionar. Esta es una razón más para no confundir la labor de ese organismo con la que correspondería a un tribunal administrativo.

La ilegalidad, en cuanto a los motivos del acto, puede a su vez revestir dos formas. El acto puede ser ilegal por la ausencia de los motivos que la ley ha exigido y que se encuentran en el origen de la decisión, y puede serlo por la inexistencia de los motivos no ya que la ley exige, pero que han sido aquellos que la autoridad ha tenido en vista al tomar la decisión.

Estas dos formas de ilegalidad referentes a los motivos del acto administrativo, son los otros dos medios que pueden considerarse limitadores de la discrecionalidad.

### III. *Ilegalidad por ausencia de motivos legales*

Cuando la ley, entendida en su sentido material, ha establecido que un determinado acto no puede ser dictado sino en virtud de determinados motivos y ocurre que esos motivos no se encuentran presentes, el acto será ilegal por esta causal. Así, por ejemplo, si la ley dice que un funcionario puede ser despedido si ha cometido una falta disciplinaria de determinada naturaleza, esa falta disciplinaria será el motivo legal de la decisión y si ella no ha existido y el funcionario ha sido despedido, habrá ilegalidad por ausencia de los motivos legales.

Esta ilegalidad solamente se presenta en los casos de competencia reglada, ya que la existencia de motivos legales significa que la norma está señalando

<sup>13</sup> BONNARD. Citado por AUBY Y DRAGO. *Traité de Contentieux Administratif*, Edit. LGDJ, Paris, 1962.

<sup>14</sup> BONNARD. Citado por AUBY Y DRAGO. *Traité de Contentieux Administratif*, Edit. LGDJ, Paris, 1962.

las condiciones en que la Administración puede actuar, y este control recae precisamente sobre tal aspecto.

Sin embargo, y es aquí donde aparece el control sobre la discrecionalidad, entendido como una restricción de su campo llevada a cabo por el juez; este puede ir ampliando los casos de competencia reglada, disminuyendo y restringiendo de este modo el poder discrecional. Se crea, así, un verdadero poder reglado jurisprudencial.

La norma escrita no es la única fuente del poder reglado. La jurisprudencia ocupa en el derecho administrativo un rol fundamental, siendo perfectamente aceptable que, paralelamente a la ley, haya una reglamentación jurisprudencial de los motivos que sirven de base a ciertos actos administrativos. Así, si la ley nada ha señalado sobre los motivos por los cuales una decisión puede ser tomada, la jurisprudencia, en ciertos casos, interpretando el sentido general de la ley y del ordenamiento jurídico, puede establecerlos ella misma.

Esto no significa de ninguna manera hacer desaparecer la discrecionalidad, porque, en primer lugar, se tratará siempre de situaciones de carácter excepcional, y en segundo lugar, porque se trata simplemente de aceptar, como lo dijéramos al comienzo, que el concepto de legalidad incluye a la jurisprudencia y que para saber si la Administración tiene o no facultad para obrar en determinado sentido habrá de estudiarse lo que al respecto ello ha establecido, sin perjuicio que, como indicáramos al referirnos a los principios generales del derecho, y precisamente por no revestir ese carácter, los motivos legales establecidos por el juez pueden ser modificados por disposiciones administrativas de carácter reglamentario.

Tenemos entonces un primer aspecto constituido por el poder reglado jurisprudencial. Un ejemplo ilustrará este punto. Una ley que faculte a la autoridad regional para suspender las reuniones públicas cuando haya peligro de desorden. El juez, aumentando el campo de la legalidad puede agregar ciertos requisitos específicos que esa amenaza de desorden debe tener para justificar la suspensión de las reuniones, sin que sea suficiente la sola amenaza. De este modo, el juez ha disminuido al poder discrecional reglamentado la competencia de la Administración; se ha basado para ello en el ejemplo propuesto, en que el ordenamiento jurídico, junto con otorgar una amplia libertad a los particulares, dé a la actuación de la policía un carácter excepcional.

Un segundo aspecto se refiere a la facultad del juez de verificar no sólo la existencia de los motivos, sino la suficiencia de los mismos. De esta manera, si la ley exige como motivo para el traslado de un funcionario, el que éste haya cometido una falta, el juez podrá verificar no sólo si existió la falta, sino que además, si ésta era de tal magnitud para que justificara la medida adoptada en su contra. Este aspecto del control de los motivos legales deberá ser manejado con gran cuidado por el juez para no interferir en las atribuciones del poder administrador.

#### IV. *Ilegalidad de los motivos invocados*

Hemos dicho ya que los motivos son los hechos objetivos, exteriores y anteriores y cuya existencia ha impulsado al autor del acto a dictarlo.

Si aceptamos el principio racional que todo acto de la Administración debe tener un motivo, lo que puede considerarse un principio general del derecho, el control de estos motivos cobra una enorme importancia dentro del control de la legalidad. Se trata en este punto, ausencia de motivos invocados, el control



del aspecto netamente discrecional del acto administrativo, ya que en su aspecto reglado el control recaerá en la verificación de la existencia de los motivos legales, tratado anteriormente.

La actuación discrecional de la Administración tiene necesariamente un motivo, el que puede encontrarse explicitado en los fundamentos que acompañan a la decisión o que pueden estar explícitos en ella. El control de estos motivos y su extensión dependerá en último término del juez y podrá variar según la posición general que sobre este punto adopte la jurisprudencia. Sin embargo, este control en ningún caso podrá ser total, ya que si esto ocurriera, el juez estaría sustituyendo al administrador en su función, sin que ello pueda concebirse, de no considerar al juez como el superior jerárquico de la Administración, lo que sería absolutamente errado. La extensión de este control deberá depender del margen de discrecionalidad que la ley por omisión haya dejado en manos de la Administración, y podrá ser mayor en aquellos actos que dicen relación con las libertades públicas y menor en aquellos que se refieren a aspectos internos de la organización administrativa y a la planificación económica, en los cuales una mayor discrecionalidad parece aconsejable.

La ausencia de los motivos invocados, que se aplica, como ya dijéramos, al ámbito de la discrecionalidad, puede referirse tanto al error de derecho cometido en la dictación del acto, como al error de hecho. En el primer caso y suponiendo una decisión discrecional, pero fundada en un error de derecho, el acto puede ser anulado aun cuando ese mismo acto hubiera sido válido si se hubiera motivado en otra circunstancia. El error de derecho y la violación de la regla de derecho a que nos referimos con anterioridad, presentan bastante similitud en apariencia. La diferencia, no obstante, consiste en que mientras la violación de la regla de derecho constituye una violación objetiva de la jerarquía de las reglas jurídicas, el error de derecho implica un error en el razonamiento de la Administración al momento de dictar el acto administrativo. En el primer caso, el control del juez recae sobre el dispositivo de la decisión y en el segundo sobre los motivos, debiendo primar en el desacuerdo entre la Administración y el juez sobre el sentido y alcance de la norma, el criterio de este último.

Es, sin embargo, el segundo aspecto, que corresponde a los motivos de hecho, el que reviste mayor importancia, tanto por su aplicación práctica como por su incidencia en la discrecionalidad. El control de la violación de la ley en los motivos del acto, no puede limitarse solamente al control del error de derecho. Esto es especialmente válido para el punto anterior de este artículo, que se refería al control de los motivos legales. Si la ley ha querido que un determinado acto sólo puede ser dictado en presencia de determinados hechos, le corresponde a quien controle la legalidad entrar a conocer de la exactitud o inexactitud de tales hechos.

En este cuarto punto ocurre lo mismo. Si la Administración ha basado una decisión discrecional en determinados hechos, su control forma parte del control de la legalidad de aquella decisión. Como expresa Vedel<sup>15</sup> "todas las veces que una cuestión de hecho comanda la legalidad de una decisión, pertenece al juez administrativo conocer la materialidad de los hechos y su apreciación jurídica".

<sup>15</sup> GEORGES VEDEL. Cours de Droit Administratif, Les cours de Droit, Paris, 1966-1967.

El error de hecho o el control de los motivos de hecho de una decisión administrativa puede revestir tres formas: control de la inexactitud material de los hechos, control de la calificación jurídica de los hechos y apreciación de los hechos. Esto es aplicable tanto para los motivos legales como para los motivos invocados; teniendo mayor relevancia por supuesto, en este último caso.

### 1. *Control de la exactitud material de los hechos*

Un acto administrativo carece de base legal y es, por lo tanto, nulo, cuando ha sido motivado por hechos que no se han producido o por hechos materialmente inexactos.

Las decisiones administrativas deben necesariamente tener un motivo, el que para algunos equivale a su causa, concebida como la situación puramente objetiva que determina el acto administrativo y le sirve de base<sup>16</sup>. Si éste se revela inexistente, se despoja al acto de dicha causa, acarreado su ilegalidad. Se estima, por tanto, que aun cuando no haya necesidad legal de motivar un acto administrativo y, lo haya o no hecho la Administración, el interesado tiene derecho a demostrar que los hechos que motivaron la decisión eran inexactos o inexistentes, despojando de este modo al acto de su causa.

### 2. *Control de la calificación jurídica de los hechos*

La calificación jurídica de los hechos se encuentra en todas las ramas del derecho y en el derecho administrativo es uno de los aspectos que deben reconocérsele al juez administrativo dentro del control de los motivos de hecho. Su incidencia en la reducción del tramo de la discrecionalidad del acto administrativo es innegable. A pesar de ello, durante mucho tiempo se afirmó en la doctrina del derecho administrativo que el control de la legalidad era un control de derecho y que las cuestiones de hecho debían ser apreciadas discrecionalmente por la administración, siendo precisamente la calificación jurídica de los hechos la última competencia que le fue atribuida al juez administrativo.

La apreciación jurídica de los hechos, al igual que la verificación de su exactitud material, opera tanto para controlar los motivos legales como los motivos invocados. Es, no obstante, en este último caso donde cobra su real importancia como medio de controlar la discrecionalidad, ya que si la ley ha señalado expresamente los motivos por los cuales una decisión puede ser tomada, el control, a través de la calificación jurídica de los hechos, recaerá sobre el aspecto reglado de tal decisión, sin afectar al poder discrecional de la Administración que es el tema que nos preocupa.

### 3. *Apreciación de los hechos*

El control de la legalidad puede llevar a la anulación de un acto administrativo por ser ilegal, nunca por ser inoportuno. El control de la oportunidad escapa a la labor del juez y hacerlo constituiría una sustitución de la función administrativa. Sin embargo, la distinción entre calificación jurídica de los hechos y control de la exactitud material de ellos con el control de la oportunidad,

<sup>16</sup> HAURIOU. Citado por ANDRÉ DE LAUBADERE. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*.

aparece en muchos casos muy difícil de determinar. Existe una zona dentro de la cual el juez oscila en el borde de estas dos formas de control. Muchos casos pueden encontrarse en la jurisprudencia de los países donde tales concepciones se aplican, en que el juez aparece realmente controlando la oportunidad.

La jurisprudencia y la doctrina francesa han evolucionado en esta materia aceptándose una especial causal de ilegalidad que se refiere al error manifiesto de apreciación<sup>17</sup>, lo que mostraría que el juez va cada vez más lejos en el control y, reconociendo que la apreciación pertenece al poder discrecional de la Administración, un error grave y que aparezca evidente, podría llevar a la anulación del acto. Este control del error manifiesto ha sido utilizado en muy contados casos y permanece por lo tanto excepcional<sup>18</sup>.

Para algunos autores el elemento esencial del poder discrecional está constituido por la apreciación de los hechos. "Es poder discrecional si la apreciación de los hechos no se encuentra controlada por el juez; deja de ser discrecional si el juez ejerce dicho control". La jurisprudencia ha evolucionado permanentemente en el sentido de ir reduciendo el campo de las apreciaciones discrecionales.

Una decisión administrativa que ordena la construcción de una autopista entre dos ciudades no podría ser anulada por el juez basándose en que no es conveniente para las ciudades y que es ilegal por entrañar un error de apreciación, sin que se violara la competencia de la Administración. Cuando el Consejo de Estado francés ha entrado en este ámbito lo ha hecho a partir de la extensión del concepto de utilidad pública, para negarla en ciertas expropiaciones, y no recurriendo a la idea del error manifiesto<sup>19</sup>. Su decisión ha sido, sin embargo, criticada indicándose que ella sólo puede ser posible en la medida que el juez esté en condiciones de "discernir y de enunciar las condiciones de hecho bajo las cuales la decisión pudo tomarse"; en caso contrario "su control es ejercido al azar, sin principio, es decir, en una forma que no corresponde a la del control de la legalidad"<sup>20</sup>.

Existen otros casos, sin embargo, en que la apreciación de la oportunidad hecha por el juez parece tener fundamento, especialmente en lo tocante a las restricciones a las libertades públicas. El juez podría determinar que un acto administrativo es ilegal señalando que la autoridad apreció erradamente los hechos y que éstos no justificaban la medida tomada. Quizás el juez, tratándose de derechos fundamentales, deba reconocerse competente para traspasar la frontera del control de la legalidad y entrar al control de la oportunidad.

Sin perjuicio de lo anterior, puede haber casos en que el juez esté facultado para controlar la oportunidad al entrar al examen de los hechos. Esto ocurre cuando la legalidad de una decisión está condicionada por la ley al hecho de

<sup>17</sup> G. BRAIBANT. *Le Contentieux Administratif*, Curso dictado en el Instituto Internacional de Administración Pública, París, 1968.

Fallo del Consejo de Estado francés "Société Civile Sainte-Marie, l'Assomption" de 20 de octubre de 1972.

<sup>18</sup> *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Colloque du 5 Mars 1977, Institut Français de Sciences Administratives, Edition Cujas, París, 1978. Intervención de Daniel Labetoulle, p. 38.

<sup>19</sup> *Le pouvoir Discrétionnaire et le juge administratif*, obra citada. Intervención de Daniel Labetoulle, p. 38.

<sup>20</sup> *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, obra citada. Intervención de Jean Kahn, p. 12.

ser necesaria. En estos casos, el juez deberá necesariamente para controlar la legalidad, examinar la oportunidad de la medida.

Nuestros Tribunales han entrado en ciertos casos a apreciar los hechos a fin de determinar la legalidad de una decisión administrativa. Así por ejemplo y, recientemente, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, desechando el recurso de protección interpuesto por los organizadores de una concentración política, contra la decisión del Gobernador de Valparaíso, que fijó horario y lugar para la reunión, analizó si el lugar señalado por la autoridad era o no adecuado y si se había con ello violado el derecho a reunión. Se señaló en el considerando quinto de dicho fallo: "Que tratándose de una facultad discrecional, como es el caso, la determinación del lugar de la reunión y su duración, es preciso tener presentes las razones que se han tenido para concretar tales aspectos, y es así como resultan atendibles y legalmente procedentes las expuestas precisamente en las letras a) y b) del informe que ha evacuado la autoridad recurrida, no siendo por ello aceptables las objeciones sobre el lugar fijado para la concentración, ya que el Parque Alejo Barrios no está situado en lo que equivale a lo que se llamaba los extramuros de la ciudad, pues es un lugar de popular concurrencia habitual, tanto por las semanales reuniones que allí se llevan a efecto, cuanto por ser el sitio en que tradicionalmente se realizan actos oficiales cuando se cuenta con una masiva afluencia de personas, como es de pública notoriedad. Lo mismo cabe señalar en cuanto al horario, que aparece también adecuado por el lapso que se había establecido considerando el recorrido de la marcha y el lugar de la concentración"<sup>21</sup>.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso reconoció, por una parte, que se trataba de un acto discrecional; y por la otra, entró al estudio y análisis de los hechos, apreciándolos. Si hubiera encontrado que el lugar y horario fijados por la autoridad eran inadecuados, habría que concluir, debiera haber anulado la medida dando lugar al recurso de protección, basándose para ello en la errada apreciación de los hechos por la autoridad que transformaba en ilegal una medida, al infringir las normas de la Constitución Política sobre el derecho de reunión.

En el ejemplo comentado, el fijar el lugar de la reunión es motivo del acto en cuanto a que éste consiste en el hecho que la reunión pueda llevarse a cabo adecuadamente en tal lugar.

A nuestro juicio, en los casos en que la norma jurídica otorga expresamente una facultad discrecional, prohibiendo al juez calificar los fundamentos de hecho de la decisión administrativa, dicha limitación ha de entenderse referida únicamente a la apreciación de los hechos, siendo plenamente competente para verificar la exactitud material de los hechos y su calificación jurídica; que forman parte esencial de la labor del juez y que en definitiva apuntan a la verificación de la existencia de la causa del acto administrativo.

Jean Kahn señala que se ha pretendido justificar la existencia de un poder discrecional por la necesidad de dotar a la Administración de los medios para ejercer plenamente su función y por la dificultad de ciertas apreciaciones. Sin embargo, continúa, el juez administrativo francés no ha hecho mucho caso a estas consideraciones cuando le ha parecido necesario estrechar su campo. La

<sup>21</sup> Fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 16 de noviembre de 1983 recaído en Recurso de Protección, rol 395-83 interpuesto contra el Gobernador Provincial de Valparaíso.

verdadera dificultad del control de la apreciación de los hechos no es de orden técnico ni de orden político; ella es de orden jurídico, ya que este control tiene sentido si el juez puede enunciar o sugerir la regla sobre la que funda su decisión <sup>22</sup>.

El poder discrecional es para Kahn, de manera general, sentido como una anomalía que no corresponde a las exigencias modernas de la democracia, ni a la racionalización del proceso de decisión.

Quizás esta afirmación sea exagerada. En lo que sí estamos de acuerdo con el Consejero de Estado es que el poder discrecional se presenta como un poder ilimitado, omnipresente y omnipotente y que la labor de la jurisprudencia debe ser la de reducir su dominio y de reglamentar su ejercicio.

<sup>22</sup> Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif, obra citada. Intervención de Jean Kahn, p. 11.