

II. EXTRANJERO

LOS PODERES DISCRECIONALES

Cuando el Supremo Gobierno de la Nación resuelve aplicar las medidas que contempla la disposición transitoria 24.^a de la Constitución, se dice que hace uso de una potestad discrecional (1).

Cuando el Jefe superior de alguna de las Instituciones fiscalizadoras a las que se refiere el Decreto-ley 3551 nombra o despide, con la más amplia libertad, a un funcionario de su dependencia, se dice que obra discrecionalmente (2).

(1) La disposición transitoria vigésima cuarta dice: «Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 39 y siguiente sobre estados de excepción que contempla esta Constitución, si durante el período a que se refiere la disposición decimotercera transitoria (ocho años, a contar del 11 de marzo de 1981) se produjeren actos de violencia destinados a alterar el orden público o hubiere peligro de perturbación de la paz interior, el Presidente de la República así lo declarará, y tendrá, por seis meses renovables, las siguientes facultades:

a) Arrestar a personas hasta por el plazo de cinco días, en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles. Si se produjeren actos terroristas de graves consecuencias, dicho plazo podrá extenderlo hasta por quince días más.

b) Restringir el derecho de reunión y la libertad de información, esta última sólo en cuanto a la fundación, edición o circulación de nuevas publicaciones.

c) Prohibir el ingreso al territorio nacional o expulsar de él a los que propaguen las doctrinas a que alude el artículo 8.^o de la Constitución, a los que estén sindicados o tengan reputación de ser activistas de tales doctrinas y a los que realicen actos contrarios a los intereses de Chile o constituyan un peligro para la paz interior, y

d) Disponer la permanencia obligada de determinadas personas en una localidad urbana del territorio nacional hasta por un plazo no superior a tres meses.

Las facultades contempladas en esta disposición las ejercerá el Presidente de la República, mediante decreto supremo firmado por el Ministro del Interior, bajo la fórmula "por orden del presidente de la República". Las medidas que se adopten en virtud de esta disposición no serán susceptibles de recurso alguno, salvo el de reconsideración ante la autoridad que las dispuso.»

(2) Son «Instituciones Fiscalizadoras» la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio Nacional de Aduanas, la Dirección del Trabajo y la Superintendencia de Seguridad Social. Al mismo régimen discrecional de nombramiento, promoción y remoción de personal que a continuación se indica están sujetos los funcionarios de la Contraloría General de la República y del Servicio de Impuestos Internos. Dice el artículo 3.^o del Decreto-ley 3551/1981: «El jefe superior de cada una de las instituciones fiscalizadoras será de la exclusiva confianza del Presidente de la República y se mantendrá en su empleo mientras cuente con ella.»

«Dichos jefes superiores gozarán de la más amplia libertad para el nombramiento, promoción y remoción del personal de la respectiva institución, con entera independencia de toda otra autoridad. Para estos efectos, todo el personal que de ellos depende es de su exclusiva confianza.»

El artículo 22 del mismo cuerpo legal añade: «Los empleados de las Municipalidades, con excepción de los Jueces de Policía Local, serán de la exclusiva confianza del Alcalde, quien podrá nombrarlos, promoverlos y removerlos con entera independencia de toda otra autoridad.»

Cuando, «a juicio del superintendente», la situación de un banco o de una entidad fiscalizada presentare «inestabilidad financiera o administración deficiente», aquél le puede *prohibir* los actos que señala el artículo 19 bis del Decreto-ley 1097, «por el plazo que estime necesario», en una actuación que se caracteriza por su discrecionalidad (3).

En presencia de tales prerrogativas—que contemplan estas y muchas otras disposiciones que formarían un extenso catálogo—cabe preguntarse: ¿Existe—en los Estados de Derecho—un poder discrecional que pueda ejercerse a entero arbitrio de su titular? ¿Es tal poder opuesto a la noción de «potestad reglada» y—por ende—se exime del marco de la legalidad? ¿Quedan los actos que conforme a ellas se dictan inmunes a todo control judicial?

* * *

Las potestades discrecionales—es decir, aquellas que habilitan para el ejercicio libre, pero prudente, del poder—existen desde los inicios del Estado. Y, desde luego, tuvieron una vigencia muy anterior a la ley. Antes que ésta regulara las potestades públicas era discrecional todo el ejercicio del poder, incluida la facultad de juzgar y hasta la penalidad misma de los actos punibles.

Fueron los juristas franceses de fines del siglo XVIII los que inventaron el conflictivo planteamiento del acto discrecional, como opuesto al acto reglado por la ley.

Erigida ésta—por la Revolución francesa—en el supremo mandamiento al que todo poder debía subyugarse, se advirtió muy pronto que el Ejecutivo—todopoderoso otrora—corría el riesgo de quedar entrampado en el principio de legalidad.

(3) El artículo 19 bis del Decreto-ley 1097, modificado por la Ley 18022/1981, dice: «Cuando a juicio del Superintendente, la situación de una institución fiscalizada presentare inestabilidad financiera o administración deficiente se le podrán prohibir total o parcialmente uno o más de los actos que se indican en este artículo por el plazo que estime necesario. Se entenderá, en todo caso, que la administración es deficiente cuando la institución haya concentrado créditos a personas naturales o jurídicas vinculadas directamente o a través de terceros, a la propiedad o gestión de la institución.

La institución, en estos casos, quedará sujeta a las siguientes prohibiciones:

- 1) Otorgar nuevos créditos a cualquiera persona natural o jurídica vinculada, directamente o a través de terceros, a la propiedad o gestión de la institución.
- 2) Renovar por más de treinta días a cualquier crédito.
- 3) Alzar o limitar las garantías de los créditos vigentes.
- 4) Adquirir o enajenar bienes corporales o incorporales que correspondan al activo fijo o a sus inversiones financieras.
- 5) Enajenar documentos de su cartera de colocaciones.
- 6) Otorgar créditos sin garantía.
- 7) Otorgar nuevos poderes que habiliten para efectuar cualquiera de los actos señalados en los números anteriores.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20, los directores, gerentes, administradores o apoderados que, sin autorización escrita del Superintendente, acuerden, ejecuten o hagan ejecutar cualquiera de los actos prohibidos en el inciso anterior, serán sancionados con presidio menor en sus grados medio a máximo...»

LOS PODERES DISCRECIONALES

La discrecionalidad, entonces, concebida como una potestad pública no sujeta a la ley, fue la teoría liberadora de ciertos actos del Ejecutivo, del control jurídico que sobre ellos pudiera ejercitarse, ya que, no estando sometidos al rigor de la legalidad, no había manera de encuadrarlos en un marco que se reputaba inexistente con respecto a ellos.

No advirtieron estos juristas lo que abruptamente estableció HAUROU—allá por 1929—en su *Jurisprudencia administrativa*: «No existe el acto discrecional; hay un cierto poder discrecional de la Administración que se encuentra, en mayor o menor medida, en todos los actos.»

Ya en 1913 el tratadista MICHOUX reprochaba a la doctrina y a la jurisprudencia francesas el error de haber ideado una categoría distinta de actos administrativos, la de «los actos discrecionales», sus trayéndola de la competencia contencioso administrativa, lo que lógicamente condujo a excluir del control jurisdiccional «no solamente ciertos aspectos del acto, sino el acto todo entero».

En 1934 el Instituto Internacional de Derecho Público de París dedicó una reunión especial al estudio del «Poder discrecional» y, en ella, numerosos profesores—STAINOFF, LAUN, GASCÓN Y MARÍN, entre otros—proclamaron la falsedad del dogma de los «actos discrecionales».

Es más, la propia jurisprudencia del Consejo de Estado francés—ya a fines del siglo pasado—había puesto término a la inmunidad de que se había revestido a tales actos, abriendo nuevos horizontes de control a través de los recursos por exceso de poder o desviación de fin.

Pertenece a HUBER la gráfica advertencia de que el poder discrecional «es el verdadero caballo de Troya en el seno del Derecho administrativo de los Estados de Derecho».

El tratadista español Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA—en su *Control de los poderes discrecionales de la Administración*—sienta que en todos los actos provenientes de este poder «hay elementos reglados suficientes como para no justificarse, de ninguna manera, una abdicación total del control sobre los mismos» (4).

Sin embargo, en algunos ambientes culturales, donde a veces rebotan con medio siglo de retraso teorías exóticas que ya fueron sepultadas en sus países de origen, todavía hay quienes rinden culto ciego al tabú del «acto discrecional»; todavía hay quienes se arrodillan frente a esta réplica del absolutismo, resucitada por los mismos que decapitaron a los monarcas absolutos; todavía hay quienes lo conciben como el signo y la marca del poder, majestuoso y soberbio en su pedestal inaccesible, reclamando fueros de intangibilidad de

(4) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *El control de los poderes discrecionales de la Administración*, núm. 38 de esta REVISTA, Madrid, 1962.

parte de quienes sufren sus efectos y, también, de parte del poder jurisdiccional.

Están también aquellos que esgrimen la discrecionalidad como una palabra mágica—y son sorprendentes los resultados que aún logran—para dejar paralizada la acción de la judicatura. Porque todavía quedan jueces que apenas advierten un atisbo de discrecionalidad en el acto que ante ellos se impugna, allí mismo se abstienen de conocerlo y de juzgarlo en su totalidad.

* * *

Tan ostensibles errores y tan perniciosas actitudes no pueden tener cabida en un Estado republicano.

La discrecionalidad bien entendida es una característica común a toda forma de poder.

Obra discrecionalmente el padre cuando ejerce la autoridad sobre sus hijos, y, naturalmente, aunque a nadie tenga que rendir cuenta de sus actos, lo hace no sólo con sensatez, sino hasta con abnegación.

Obra discrecionalmente el juez cuando está facultado para fallar en conciencia, es decir, sin estricta sujeción a la ley, y, sin embargo, cuando así juzga, debè expresar las razones en que funda su decisión. Y es en esta clase de sentencias—que exigen del juez la más alta prueba de su vocación de hacer justicia—donde la racionalidad de lo resuelto debe ostentar su evidencia.

Obra, en fin, discrecionalmente la autoridad que gobierna o administra cuando la ley la deja en libertad de tomar la iniciativa, o de elegir la ocasión, o de juzgar la conveniencia, o de decidir la categoría, el tipo o la extensión de las medidas que puede adoptar.

Y en todos estos casos la discrecionalidad no es un poder desvinculado de la ley—no es una potestad ejercida en reemplazo de aquélla—, sino, por el contrario, una facultad concedida y regulada por la norma positiva; una parte—no enteramente determinada, pero parte al fin—de la legalidad, inserta en el tejido del ordenamiento jurídico y en los principios que lo sustentan.

Y, en su ejercicio, la auténtica discrecionalidad se diferencia del arbitrio en que mientras éste se define como una voluntad no gobernada por el discernimiento, sino por el apetito o el capricho, y ajena por ende a una intención de justicia, aquélla representa una libertad ceñida a la razón y orientada a los fines cuyo logro justifica el poder concedido a la autoridad.

En suma, las potestades discrecionales otorgan una libertad más amplia, pero no menos racional; un poder más libre, pero no menos responsable.

Es esencialmente la racionalidad lo que distingue a la potestad discrecional, correctamente ejercida, de su manejo arbitrario. Pero, como

nadie puede ser el árbitro imparcial de la rectitud de los actos que ejecuta, la actividad discrecional debe ser también una actividad responsable. Y ser responsable significa tener que responder, ante la autoridad encargada de ejercitar el control, de la legitimidad—y aun de la racionalidad—de aquellos actos que se cuestionen o impugnen por quienes resulten injustamente agraviados.

Dos son, por consiguiente, las cualidades que identifican la discrecionalidad en el Estado republicano.

La primera es su ejercicio racional. Cuando—allá por el siglo XIII—Santo Tomás definía la ley, no la conceptuaba como una expresión de la voluntad soberana, que—sin duda—también lo es, sino como un *ordenamiento de la razón*. La ley era entonces el acto discrecional por excelencia, pues la autoridad podía elegir la ocasión, juzgar la conveniencia y decidir el contenido y el alcance de la ley. Pero esta suprema discrecionalidad quedaba constreñida a ser obra de la razón y a estar encaminada al bien de la comunidad.

La segunda cualidad es su condición responsable. Ella nace en los gobiernos republicanos y alcanza un definido relieve en los Estados de Derecho.

Antes y fuera del Estado de Derecho, la responsabilidad o no existe o se transforma en una farsa. No existe responsabilidad en el monarca que atribuye a la divinidad el origen de su poder. Porque aunque en las monarquías de derecho divino el rey se sienta responsable ante Dios y ante su conciencia, se trata de una muy personal manera de entenderla que, por otra parte, ante nadie se puede perseguir.

Tampoco existe responsabilidad en las tiranías ni en las dictaduras, porque no reconociendo éstas sino el poder que arranca de sí mismas, sus acciones—sean justas o arbitrarias—nacen inmunes a todo control.

En cambio, en los Estados democráticos, en que el soberano es el pueblo y de él proviene el poder que las autoridades administran, no es siquiera concebible la idea de que aquél delegue el ejercicio de la soberanía en una autoridad que pueda utilizarla contrariando el ordenamiento jurídico—que es la expresión de su voluntad misma—ni mucho menos en desmedro de sus derechos fundamentales—que forman el cimiento de su existencia como personas—en virtud de una discrecionalidad que, al pretenderse exenta de todo control, resulta irresponsable.

Ya a fines del siglo pasado don Valentín LETELIER calificaba la República como el régimen en que *todos* somos responsables. Y si esto es verdad en la doctrina, lo es con mayor fuerza en nuestro sistema jurídico, en que la Constitución vigente proclama la responsabilidad pública como base del Estado de Derecho (inc. 3.º de los arts. 6.º y 7.º),

y en que —a mayor abundamiento— el artículo 5.º declara que «el ejercicio de la soberanía (el uso de la potestad discrecional no es más que un ejercicio de la soberanía) reconoce como *limitación* el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana» (5).

Y surge la pregunta inevitable: sentado el principio de que no existen los «actos discrecionales», pero que en todo acto de poder puede incluirse un elemento de discrecionalidad, ¿cómo someter a control el ejercicio de ésta?

Entre las que destacan con toda evidencia, pueden señalarse las siguientes vías, referidas a la totalidad del acto: *a)* la comprobación de la fuente legal de la potestad que se invoca y de si ésta cubre el acto decretado; *b)* la verificación de la competencia del órgano emisor; *c)* el examen del cumplimiento de las formalidades legales; *d)* el control de la finalidad pública de la potestad, que es siempre reglada y que el acto debe cumplir; *e)* la inserción de la potestad que se esgrime en el ordenamiento jurídico y en sus principios generales que no puede contravenir, y (dejamos para el final la más relevante, según el profesor BANDEIRA DE MELLO); *f)* el examen de si los *hechos determinantes* o *motivos* del acto decretado encuadran con las *causas* o los *finés* previstos por la ley para justificar su emisión (6).

(5) Los artículos 6.º y 7.º de la Constitución política dicen: «Art. 6.º Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

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.

Art. 7.º 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.»

(6) El profesor brasileño Celso BANDEIRA DE MELLO cita los siguientes párrafos de las obras *Administración y control de legalidad y Acto administrativo y poder discrecional*, de su compatriota Caio TÁCITO: «Si no existe el motivo, o si de él el administrador extrajo consecuencias incompatibles con el principio de derecho aplicado, el acto será nulo por violación de legalidad. No solamente el error de derecho, como el error de hecho, autorizan a la anulación jurisdiccional del acto administrativo.

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

Las violaciones más audaces a la legalidad, afectando la finalidad de la competencia del administrador o basándose en motivo falso o no idóneo, solamente pueden ser comprobadas mediante el conocimiento judicial de los trámites del acto censurado.»

Y agrega: «De hecho, es el examen de los motivos—sea en cuanto a la existencia de ellos, sea en cuanto a la idoneidad que posean para determinar la voluntad del agente en la dirección que haya tomado—el medio hábil para la contención del administrador en la esfera discrecional que le asiste.»

Un eminente ministro del Tribunal Supremo, don Enrique CORREA LABRA, ha declarado recientemente: «En un Estado de Derecho no puede haber ningún acto administrativo que no esté sujeto al control de la justicia» («El Mercurio», 5 de diciembre de 1982, C-5). Al decirlo no hacía sino confirmar la potestad plena del Poder Judicial para pronunciarse en «todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República»; para ejercer el control de legalidad de los actos que emanan de los órganos del Estado (art. 7, inc. 3, de la Constitución Política) y para ejercitar esa misión histórica que un presidente del mismo Tribunal, don Ramiro MÉNDEZ BRAÑAS, describía como la de haber sido siempre «baluarte seguro del Estado de Derecho» y «garantía de las libertades ciudadanas» («RDJ», tomo 69, XV) (7).

* * *

Al terminar este escueto análisis recordemos que de estas mismas ideas participa nuestra ministra de Justicia, señorita Mónica MADARIAGA, quien —hace algunos años— en su obra *Derecho administrativo y seguridad jurídica*, expresó, con la precisión que la distingue, que «... el poder discrecional se caracteriza por entregar al administrador una potestad de elección que *siempre será jurídica*, sometida además a un control específico, cuyo fin es evitar precisamente la desvinculación del derecho por parte de los órganos del poder». Y en otra parte formuló esta advertencia: «La arbitrariedad, que no es sino la negación del principio de legalidad —y, por ende, del Estado de Derecho y de la seguridad—, no puede ser confundida con la discrecionalidad» (8).

Luego, criticando la censurable práctica de algunas autoridades de eludir la constatación de los motivos, en el acto que dictan, con el simple expediente de copiar el molde normativo en que los hechos motivantes deben empalmar, señala:

«Ya en otra ocasión rechazamos la extrema ingenuidad de suponer que la mera invocación de las palabras legales relativas a los fundamentos que el acto debe tener o finalidades que debe perseguir sea suficiente para sustraerlo al examen judicial cuando las expresiones normativas se revisten de cierta generalidad o imprecisión.»

«Crear que en casos de este orden el agente está libre, gracias a la remisión a estas expresiones algo fluidas, correspondería atribuirles una significación mágica. Para el agente público no hay "abracadabras", justamente porque el juez puede comparecer a solicitud de los interesados, a fin de circunscribir un comportamiento pretendidamente discrecional al plano de legitimidad y del respeto a los derechos y garantías individuales. Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO: «Discrecionalidad administrativa y Control judicial», en *Anuario de Derecho Administrativo*. Universidad de Chile, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1975, tomo I, p. 459.

(7) El artículo 5.º del Código Orgánico de Tribunales prescribe: «A los tribunales que establece el presente Código estará sujeto el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan...» Y luego enumera las únicas excepciones de materias entregadas a tribunales especiales.

El artículo 7.º inc. 3.º, de la Constitución se transcribe en la nota 5.

(8) Mónica MADARIAGA GUTIÉRREZ: *Derecho administrativo y seguridad jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986, pp. 35-36.

CRONICA ADMINISTRATIVA

Esta materia —entre las múltiples facetas que su estudio presenta— pone en relieve uno de los aspectos más fascinantes del poder: su fuerza expansiva. No es que el poder sea necesariamente *corruptor*, como sostenía Lord Acton. Es que el poder tiene siempre la tendencia ciega a poder más de lo que puede.

De allí que sea la tarea del hombre de Derecho —el jurista, el juez, el abogado— la contención del poder dentro de la juridicidad o, lo que es lo mismo, el sometimiento del poder a la razón.

Lautaro Ríos ALVAREZ

Profesor de Derecho Constitucional,
Universidad de Valparaíso
Profesor Extraordinario Vis.,
Universidad Católica de Tucumán
Consejero del Colegio de Abogados

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

