

LIMITES CONSTITUCIONALES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Hugo Caldera Delgado
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Chile

El poder público cuando está estructurado, organizado y discurre en conformidad con el ordenamiento jurídico, apunta de veraz y no sólo teóricamente al Estado de Derecho. Aquello acontece cuando los órganos públicos, sus autoridades y funcionarios ejercen el poder sobre la base de la competencia, encauzando su ejercicio dentro de la juridicidad a partir de la observancia de la Constitución Política y de las normas generadas conforme a ella. El poder público ejercido de esa manera permite articular, armónicamente, la satisfacción de las necesidades colectivas de la comunidad nacional, consistentes en regular, orientar y hacer posible el funcionamiento de la sociedad, para así favorecer la mayor realización de las personas en sus afanes hacia la obtención de bienestar, de oportunidades de progreso espiritual y material y de seguridad personal, con el respeto debido a sus derechos esenciales. La Constitución tiene como primordial finalidad conjugar equitativamente el ejercicio del poder público en una medida que sea proporcionada, justa y razonable, para lograr el bien común de la sociedad y para preservar el respeto efectivo de las libertades individuales, sociales, económicas y políticas de las personas.

Para armonizar el ejercicio de las potestades públicas, que necesariamente deben estar finalizadas hacia objetivos o metas específicos de bien común y que, inevitablemente, producen consecuencias en los derechos y libertades de las personas, ha sido necesario exigir al Estado y a sus órganos el cumplimiento de requisitos y de formalidades, cuya observancia es indispensable para la validez de las resoluciones de los órganos públicos, sancionando con la nulidad toda contravención a aquellos requisitos y procedimien-

tos, sin perjuicio de la responsabilidad consistente en el deber de indemnizar los perjuicios derivados del actuar antijurídico.

La Constitución vigente recogió la idea señalada y, de esta manera, estableció que la finalidad única del Estado es el bien común, finalidad esencial que debe contenerse efectivamente en todas las potestades públicas, sin excepción. Esto significa que el ejercicio del poder del Estado y de los órganos públicos, en general, de acuerdo con los principios inherentes al constitucionalismo liberal, debe armonizar la posesión de las competencias por parte de aquél, con el goce efectivo de los derechos y libertades de todas las personas.

La competencia que la ley confiere a los órganos públicos, y en especial a los que integran la Administración del Estado, es el fundamento indispensable del poder público juridizado, por constituir un elemento esencial para la existencia del Estado de Derecho; sin embargo, aquélla —la competencia— no es suficiente por sí sola para garantizar la vigencia del Estado de Derecho, debido a que pueden dictarse leyes y reglamentos que no se conformen con lo prescrito en la Constitución; por este motivo la Carta Fundamental estableció el principio de su preeminencia e impuso la sujeción de todos los órganos del Estado, sin excepción, a las normas dictadas conforme a ella (art. 6º, inciso 1º). En seguida, la Constitución consagró la vinculación integral al ordenamiento jurídico público, generado a partir de su texto, respecto de todas las autoridades, personas, grupos o instituciones. Sobre la base del principio señalado, la Constitución condicionó la validez de las actuaciones de los órganos del Estado al cumplimiento

de requisitos esenciales, entre los que están la investidura regular que debe detentar el agente, autoridad o funcionario; investidura que debe reunir, copulativamente, los siguientes elementos: a) la investidura debe ser *previa* al ejercicio de la competencia; b) además, ella debe ser regular, esto es, conforme a derecho, circunstancia que exige que el funcionario o la autoridad que ejerce la competencia tenga, necesariamente, que haber sido designado e instalado en el cargo público al que está ligada la competencia o potestad que se pone en acción, en conformidad con las normas pertinentes establecidas en el ordenamiento constitucional, legal o reglamentario; c) en seguida, se requiere que el órgano actúe sólo cuando se den los motivos jurídicos y fácticos descritos en la competencia, lo que significa que los motivos invocados en el acto coincidan con los exigidos por el ordenamiento jurídico y que aquéllos existan en la realidad, esto es, que los motivos sean plenamente coincidentes con los hechos tal como éstos están *descritos* o *bosquejados* en la competencia, según se trate de una potestad *ligada* o *discrecional*; d) también se exige que el propósito inmediato o el contenido del acto, es decir, el *objeto del acto*, sea la consecuencia o el efecto lógico, directo y razonable de los *motivos* invocados en el acto; e) igualmente, se requiere que la finalidad hacia la cual se orienta efectivamente el acto sea realmente coincidente con la contenida en la competencia, esto es, que el fin específico del acto sea compatible con el fin genérico de bien común, del cual el Estado no puede apartarse, válidamente, bajo ninguna circunstancia, bajo sanción de incurrir en nulidad y en responsabilidad; f) además, se exige que el acto cumpla integralmente con los trámites señalados en el procedimiento que lo regula, de acuerdo con la Constitución, la ley y el reglamento; y g) que los efectos o consecuencias producidos por el acto así construido respeten, efectiva e integralmente, la esencia de las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas.

A los condicionamientos señalados se suman otras exigencias, más generales que las ya mencionadas, las cuales enmarcan a todas las actuaciones del Estado de

índole legislativa, jurisdiccional o administrativa. Esas exigencias son de mayor relevancia cuando las potestades públicas deben ser ejercidas por los órganos administrativos que, como se sabe, ordinariamente actúan sus competencias por aplicación directa e inmediata de la ley.

La meticulosa minuciosidad con que la Constitución se asegura de recubrir de restricciones el ejercicio de las potestades otorgadas a los órganos del Estado, revela el propósito de la Carta de limitar, muy estrictamente, el ejercicio del poder público o soberanía conferida al Estado y a sus órganos, para así equilibrar el grado de intensidad con que deben desplegarse las acciones de poder público en una medida razonablemente suficiente para favorecer los objetivos o fines de bien común en beneficio de la población y, también, para evitar que las autoridades o funcionarios puedan incurrir en excesos en la cantidad de poder que tengan que ejercer y, al mismo tiempo, para precaver que, a pretexto del ejercicio de potestades discrecionales, se ejerzan, realmente, actuaciones que no estén plenamente sustentadas en el derecho, sino en el arbitrio de una burocracia que suele confundir su rol constitucional de servidora de los intereses públicos, sustituyéndolo por la pretensión de ser titular del poder soberano, que originalmente sólo le pertenece al pueblo. Las potestades discrecionales (otorgadas por la ley) no pueden tener validez alguna cuando aquéllas sobrepasan o desbordan la Constitución Política de la República, peligro que se hace efectivo cuando el ejercicio de una atribución discrecional, que ha sido conferida por la ley, atropella o desconoce la esencia de las libertades y derechos que la Constitución asegura a todas las personas.

El propósito restrictivo respecto del ejercicio del poder estatal alcanza a todos los órganos públicos, incluido el poder Legislativo, función que para que sea válida requiere indispensablemente ser ejercida con pleno acatamiento de la Constitución; en caso contrario, sus actos —las leyes— estarían viciados de inconstitucionalidad y serían nulos, sanción que puede declarar la Corte Suprema en conformidad con lo establecido en el artículo 80 y, también, dicha nulidad puede ser

declarada por cualquier otro tribunal de justicia que conozca de un litigio o gestión en que se pretenda aplicar la ley inconstitucional, sanción que se fundamenta en lo prescrito en el inciso 1º del artículo 6º de la Constitución. A muchos sorprenderá que los tribunales de justicia puedan declarar la nulidad de una ley, pensando que esa atribución sólo está entregada a la Corte Suprema en los términos del citado artículo 80. Los que así piensen estarán en un error que es fácilmente demostrable; en efecto, el artículo 6º expresa:

“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”.

El Congreso Nacional es, sin lugar a dudas, uno de los órganos del Estado que, al igual que los demás órganos públicos, debe ejercer sus múltiples competencias con sujeción a la Constitución, deber del que ciertamente no puede estar excluida la función legislativa. En consecuencia, si el órgano estatal Congreso Nacional ejerciere la función legislativa de manera tal que sobrepasare las restricciones debidas para preservar la vigencia efectiva de la esencia de las libertades y derechos que la Carta asegura a todas las personas, cualquier tribunal que conozca de un litigio en el que una de las partes pretenda hacer valer la ley inconstitucional, y en que la contraparte alegue y demuestre en qué consiste la inconstitucionalidad, tiene el deber de no aplicar una ley que no se somete a la Constitución. El deber que en el sentido indicado pesa sobre todo tribunal también vincula, en igual forma y por la misma razón, a los entes de la Administración del Estado, pues el precepto contenido en el inciso primero del artículo sexto no distingue; aún más, el inciso segundo del referido artículo señala enfáticamente, para reforzar el principio de la preeminencia de la Constitución, que sus preceptos —los de la Constitución— “obligan tanto a los titulares o integrantes de di-

chos órganos (los del Estado, también al órgano que, entre sus competencias, está la función legislativa) como a toda persona, institución o grupo”, precepto que da un sólido e indiscutible fundamento a la referida facultad de los tribunales. El inciso tercero del mencionado artículo sexto, de manera implícita, señala que el ejercicio de potestades legislativas *discrecionales* que sobrepasaren o desbordaren de Constitución, circunstancia que acontecería cuando el ejercicio de dichas *atribuciones legales* vulneraran la esencia de las libertades y derechos que la Carta asegura a todas las personas, tendría como consecuencia la nulidad de los actos que ejecuten dichas leyes, sin perjuicio de comprometer la responsabilidad del Estado; además, sería siempre posible obtener la declaración de la nulidad de aquellas leyes.

La estupefacción que a algunos juristas, que permanecen encarnizada y ahistoricamente apegados a doctrinas estatistas, de corte regalista, pudiera producir todavía la tesis que señalamos, es inexplicable desde el punto de vista lógico y científico, además de navegar en contra de la corriente establecida por los preceptos y principios constitucionales en vigor. Es irrazonable y antijurídica la tesis sostenida por quienes arguyen que la discrecionalidad administrativa sería una suerte de excepción de legalidad, que estaría autorizada tácitamente por la Constitución, lo que significa sostener el equívoco que la inconstitucionalidad en que incurra una ley que otorga facultades discrecionales que sobrepasan o desbordan la Constitución sería considerada como una atribución válida, constitutiva de una excepción al principio positivizado de preeminencia y de vinculación jurídica integral de todos los órganos del Estado a la Constitución Política de la República; es obvio que un razonamiento semejante adolece de fundamento racional y que, además, está en contradicción manifiesta con el articulado de la Carta Fundamental.

El propósito contenido en la Constitución de restringir el ejercicio del poder público al mínimo razonable persigue salvaguardar la libertad de las personas; dicho propósito también se extiende al ejercicio de la potestad legislativa, la que

no podría estar excluida de aquél, sin que con ello se destruyera la finalidad de preservar las libertades y derechos de las personas. En relación con la función legislativa —que debe entenderse enmarcada en la Constitución— la restricción de atribuciones se advierte, nítidamente, en el precepto que consagra el principio del *dominio legal máximo* establecido en el encabezado del artículo que contiene la reserva legal, en el artículo 60, que expresa: “Sólo son materias de ley”, frase sacramental que representa un vuelco radical respecto de la contenida en el encabezado del artículo 44 de la Constitución de 1925, que decía: “Sólo en virtud de una ley se puede:”, aquella frase —la del artículo 60— establece una delimitación estricta del ejercicio de la potestad legislativa que puede tener efectos válidos, la restricción señalada se enriquece —es decir, se refuerza— en su propósito de preservar las libertades y derechos esenciales de las personas, con el tenor de los artículos sexto y séptimo, inciso 2º, de la Constitución.

A las restricciones señaladas hay que agregar la contenida en el artículo 19, número 26º de la Carta, que dice: “Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas: 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”, norma que está en plena armonía con la regla fundamental contenida en el inciso final del artículo 5º de la Carta, disposiciones que junto a los preceptos constitucionales establecidos en el inciso cuarto del artículo 1º y en el inciso tercero del número 24º, del artículo 19, se alzan como barreras infranqueables ante todo intento de actuar arbitrariamente, desconociendo, menoscabando o amenazando la vigencia de la esencia de las libertades y derechos que el ordenamiento constitucional reconoce a todas las personas. Dicha barrera protectora ha sido erigida para preservar los derechos y libertades del ejercicio abusivo de toda función pública, sin excepción, comenzando por la función legislativa, que es

la fuente inmediata de la competencia de los órganos que integran la Administración del Estado. El ejercicio de la soberanía por parte de los órganos titulares de las funciones legislativa, administrativa y judicial debe conciliarse, inevitablemente, por imperativo de la Constitución, con el concepto de *intangibilidad* de la *esencia del derecho*.

Las barreras protectoras de las libertades y derechos de las personas, que han sido consagradas especialmente en los preceptos constitucionales contenidos en el inciso 4º del artículo 1º, en el inciso final del artículo 5º, en el inciso tercero del número 24º del artículo 19 y en el número 26º del artículo 19, hay que integrarlas con los controles jurídicos preventivos y represivos establecidos en las siguientes disposiciones de la Constitución: a) el control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley, a cargo del Tribunal Constitucional (arts. 82 y 83); b) el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, a cargo de la Corte Suprema, y que constituye un control represivo (art. 80); c) el control represivo que puede ejercer cualquier tribunal de justicia, por aplicación de los principios de preeminencia y de vinculación integral de la Constitución (art. 6º); y d) el control preventivo sobre los decretos con fuerza de ley y actos administrativos, a cargo de la Contraloría General de la República (arts. 87 y 88, en relación con el art. 61, inciso penúltimo).

Hemos demostrado el categórico rechazo que produce al ordenamiento constitucional la posibilidad de un uso o ejercicio exagerado de poder público; el mismo rechazo le provoca a aquél el hecho de que la ley pudiera conferir a la Administración del Estado competencias que facultaran a ésta para ejercer un poder ilimitado o incondicionado, cuya utilización quedara entregada al capricho de la autoridad o del funcionario, circunstancia que haría tabla rasa de las libertades y derechos que la Constitución tiene por finalidad esencial garantizar y proteger. El aludido rechazo que el exceso de poder produce al ordenamiento constitucional se refleja nítidamente en el establecimiento de las barreras, limitaciones y condicionamientos que aquélla ha erigido para proteger a los habitantes del peligro

que representa para la libertad el otorgamiento de competencias legales en favor de la Administración del Estado y, en general, de todo órgano público, que habiliten para desconocer, menoscabar o amenazar la esencia de las libertades y derechos que la Constitución reconoce —no otorga— y que garantizan en favor de todas las personas. Pretender fundamentar sobre la base del ordenamiento constitucional chileno que la discrecionalidad que, en virtud de las leyes, configura, caracteriza o tiene con el vicio de inconstitucionalidad a las competencias de los órganos integrantes de la Administración del Estado o de cualquiera otro órgano público, es una *excepción al principio de juridicidad*, que ha sido tácitamente permitida por la Constitución, constituye algo más grave que un error jurídico medular de parte de quienes sostienen esta teoría, sino que es propiamente un dislate, una herejía.

Creemos necesario reiterar que el temor que motivó al Constituyente a limitar las potestades públicas y el ejercicio de éstas al cumplimiento de requisitos objetivos y de formas procedimentales, tiene su causa directa en el grave riesgo que habría significado el haber permitido que se confirieran atribuciones genéricas con una discrecionalidad ilimitada que, de seguro, producirían como consecuencia el trastocamiento o la inversión en ciento ochenta grados del papel o rol esencial que la Constitución Política actual ha asignado al Estado, al dejar a las personas entregadas al caprichoso arbitrio de la burocracia estatal, como acontece en los regímenes totalitarios, donde las libertades y derechos de las personas dependen de la voluntad omnímoda del gobierno y del partido político oficial.

El rechazo rotundo al otorgamiento de una discrecionalidad del tipo señalado es aún más categórico cuando se trata del otorgamiento de potestades amplias a la Administración del Estado, particularmente cuando los *motivos* que autorizan el ejercicio de las competencias sólo dependen de la apreciación libre e incondicionada o del criterio subjetivo del funcionario. Este temor, que motiva el rechazo rotundo a que hemos aludido, es todavía más fundamentado, dado que la Administración es, precisamente, el órga-

no al cual la propia Constitución ha encargado, exclusiva y excluyentemente, del ejercicio de la función que consiste en materializar o concretar en hechos reales y específicos las disposiciones abstractas contenidas en la misma Constitución y en las leyes, determinando que las actuaciones y omisiones de aquella —de la Administración— produzcan consecuencias directas en los derechos y libertades de las personas. Una discrecionalidad con las características señaladas no tiene cabida alguna dentro de un régimen político y administrativo que es regido integralmente por el derecho, régimen que además es republicano y democrático y que coloca al Estado al servicio de las personas, así como también lo hace con los titulares o integrantes de los órganos públicos, como respecto de toda persona, institución o grupo, pero que vincula normativamente de manera especial al Estado y a sus funcionarios, quienes sólo pueden actuar dentro de sus competencias y orientados hacia la consecución de fines de bien común específicos.

Una discrecionalidad tal estaría afectada por un doble vicio de inconstitucionalidad; en primer término por la inmunidad de jurisdicción que, supuestamente, beneficiaría a los actos dictados en el ejercicio de una discrecionalidad de ese cariz, según sostiene equivocadamente cierta doctrina chilena^o; en segundo lugar, que la apreciación libre, caprichosa o subjetiva que las autoridades o funcionarios pudieran hacer, descansaría, exclusivamente, en la apreciación del mérito u oportunidad de la resolución invocados para actuar, calificación que sólo dependería libre, indeterminada o subjetivamente que aquellos —los burócratas— pudieran o quisieran hacer. Es obvio que la aceptación de una potestad pública discrecional otorgada con el exagerado matiz o carácter señalado, a la cual además se la interpretara como estando reforzada por el privilegio inconstitucional de la

^o Vid Pedro PIERRY ARRAU: "El Control de la Discrecionalidad Administrativa", *Revista de los Jueces*, Año XVIII N^o 4^o, primer semestre de 1987, pp. 18 a 32.

inmunidad jurisdiccional y que, a mayor abundamiento, estuviera revestida de irresponsabilidad, al no poder ser constreñida a indemnizar los perjuicios causados por sus actos u omisiones, es algo que ciertamente hace innecesaria la existencia de una Constitución, la que sería reemplazada por la instauración de la arbitrariedad o el capricho de la burocracia administrativa estatal.

Quienes sostienen una tesis tan alejada de nuestra realidad constitucional y de nuestra evolución jurídica están, todavía, seducidos por equivocadas doctrinas abisóticas construidas en un país cuyo ordenamiento constitucional, en lo que atañe al control de constitucionalidad de la ley, difiere radicalmente del nuestro, por el hecho de que en ese sistema no existe limitación ni control represivo alguno para sancionar con la nulidad a las leyes que contraríen principios o preceptos de la Constitución, una vez que la ley ha entrado en vigor. Estas personas parecen no advertir que la aceptación en nuestro país de una discrecionalidad administrativa incontrolable, en la cual la califica-

ción de los motivos que validan el actuar sólo dependiera de la libre e incondicionada apreciación de un funcionario, significaría nada menos que sostener que la Constitución acepta que las potestades públicas conferidas por las leyes a los entes administrativos pueden ser ejercidas válidamente al margen o en contra del ordenamiento constitucional y no en conformidad con él, como lo exige todo sistema jurídico surgido desde una Constitución Política republicana, democrática y libertaria, de la que surge una organización configurada como Estado de Derecho.

La discrecionalidad administrativa existe, pero ella sólo puede tener cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico cuando se la interpreta a la luz del ordenamiento establecido en la Constitución, debiendo respetarse las limitaciones establecidas para el ejercicio de la soberanía. Fuera del contexto indicado no puede existir válidamente, ni ejercerse con efectos regulares una atribución que esté en conflicto con los principios y preceptos contenidos en la Constitución.