Artículo: Notas a la Potestad Discrecional de la Administración Pública
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Osvaldo Oelckers Camus

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

U N I V E R S I D A D D E C O N C E P C I O N

REVISTA DE DERECHO

AÑO XLIV — Nº 165

ENERO - DICIEMBRE DE 1977

E S C U E L A D E D E R E C H O

C O N C E P C I O N — C H I L E

Artículo: Notas a la Potestad Discrecional de la Administración Pública
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Osvaldo Oelckers Camus

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

NOTAS A LA POTESTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

OSVALDO OELCKERS CAMUS
Profesor Escuela de Derecho
Universidad Católica de Valparaíso
y Universidad de Chile - Valparaíso

1. Introducción

Al analizar la actividad administrativa, además de elementos reglados, encontramos otros elementos que se dejan a la libre decisión de la Administración. Se trata de un margen de decisión libre, de unos espacios en blanco que la Administración debe rellenar en base a determinaciones singulares, específicas y analíticas.

La doctrina entendió que existe potestad discrecional allí donde la ley no ha entrado, o sea en casos que por falta o defecto de normas jurídicas no rige el principio de legalidad. Tal significado de la discrecionalidad no puede admitirse. La Administración no tiene potestad discrecional allí donde no hay ley, sino que al contrario, para que la Administración detente cualquiera potestad, sea o no discrecional, es necesario que exista norma atributiva. La discrecionalidad no significa ausencia de Derecho para ejercitar la potestad (1). Por ello no es posible dar a la discrecionalidad el mismo relieve que la autonomía de la voluntad tiene en las relaciones jurídico-privadas, ya que el significado del principio de legalidad es distinto en personas jurídico-privadas que en personas jurídico-públicas. La discrecionalidad no supone una actuación según lo que subjetivamente estime justo y apropiado la Administración, sino la integración de la norma impresa, según los valores inmanentes y objetivos del ordenamiento jurídico. En un sentido amplio, la ley contempla la justicia en el caso general y abstracto, la discrecionalidad operá lo justo en el caso concreto. Por ello la discrecionalidad no entraña la aplicación al Derecho Administrativo de la idea civil de la autonomía de la voluntad, ya que la discrecionalidad está enquistada en la potestad, con los mismos límites de ella.

Lo genuino de la discrecionalidad administrativa es la posibilidad de arbitrio que debe ser resuelta acudiendo a diversas posibilidades alternativas, todas ellas igualmente justas para el Derecho. Este margen de discrecionalidad no es controlable, en principio, por ciertos

(1) Ver: Fernando Garrido Falla. "El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa". Revista de Administración Pública (RAP) Nº 13, pág. 145 y ss. Madrid 1954.
Eduardo García de Enterría. "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo". (RAP) Nº 38, pág. 177 y ss. Madrid 1962.

Artículo: Notas a la Potestad Discrecional de la Administración Pública
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Osvaldo Oelckers Camus

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

criterios jurídicos, porque caben varias soluciones, todas ellas igualmente justas ante el derecho. La única forma de controlar esa discrecionalidad sería que alguien se sustituyese en la toma de decisión. Ahora bien, esta decisión sólo puede tomarla la Administración, que es quien se encuentra capacitada técnicamente para ello y pensando siempre en la mejor realización del interés general. (2)

Como ya decíamos, es impensable una actuación administrativa según normas totalmente preestablecidas. Es necesario otorgar un margen de discrecionalidad, pero éste no debe ser más que un margen reducido.

En todo caso, la potestad discrecional implica una adecuación al principio de legalidad a través de:

— Ajuste a la ley, en el sentido que no puede contradecirla.
— Ajuste a la finalidad de la potestad.
— Ajuste a los criterios explícitos o implícitos de la ley.
— Ajuste a los principios generales.

2. Potestad discrecional y seguridad jurídica.

El carácter discrecional de potestad parece que atenta contra la seguridad jurídica. Esto es sólo aparente.

La seguridad jurídica entiende que la decisión definitiva puede ser prevista, calculable "a priori", y ello, en principio, es posible en la actuación discrecional. En los supuestos de la llamada discrecionalidad técnica ello es así. Por ejemplo, cuando la norma jurídica establece que el Ministerio de Obras Públicas puede aprobar la ejecución total e íntegra de la obra o su ejecución por destajo, sólo una de estas decisiones será la correcta y en este sentido podrá proveerse aunque para ello se requieran conocimientos especiales.

En estos supuestos de discrecionalidad técnica el optar por una u otra fórmula no es jurídicamente irrelevante. Aparte de la posibilidad de impugnación, por no ajustarse el ejercicio de la potestad a su fin, si la Administración elige la solución técnica no apropiada, la responsabilidad penal y administrativa aparecen.

En el ámbito discrecional rige el principio de la mensurabilidad de la potestad: la extensión de ésta no puede ser ilimitada ni extendible, sino que por el contrario debe ser medible. No caben potestades discrecionales otorgadas como cheque en blanco a rellenar arbitrariamente por la Administración.

La discrecionalidad es además creación de la ley, expresión de la renuncia de ésta a regular ciertos aspectos de la potestad, como consecuencia del sentido que el principio de la legalidad adquiere para la Administración. De ahí que pensamos que la seguridad jurídica no se opone a la noción de potestad discrecional. (3)

(2) Ver: Fernando Garrido Falla. "Incompetencia de los actos administrativos". Nueva Enciclopedia Jurídica, 12, pág. 154 y ss. Barcelona 1965.
(3) Ver: Mónica Madariaga. "Derecho Administrativo y Seguridad Jurídica". Editorial Jurídica. Santiago 1966.

Artículo: Notas a la Potestad Discrecional de la Administración Pública
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Osvaldo Oelckers Camus

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3. El control de la discrecionalidad. (4)

Históricamente, la discrecionalidad tenía un ámbito extremadamente amplio. Durante todo el s. XIX, la actividad discrecional no era controlable, puesto que no se distinguía la posibilidad de separar unos elementos reglados en medio de un modo de actuar discrecional. Fruto de esta posición era que la Administración ejercía incontrolablemente —aparte de los controles de tipo político que pudieran existir— una serie de facultades muy amplias. Pues bien, la eficiencia y elasticidad del Consejo de Estado francés y de otros tribunales que siguieron sus huellas, iniciaron una amplia evolución para reducir ese concepto tan amplio de discrecionalidad.

La discrecionalidad, como hemos señalado, no supone libertad absoluta en el actuar de la Administración, sino que representa una serie de límites, en función de los cuales es posible ejercer un control sobre el acto discrecional, lo cual resulta imprescindible para garantizar adecuadamente los derechos e intereses de los particulares frente a la actividad de la Administración. (5)

3.1 El control de los elementos reglados. La desviación de poder.

Siempre en medio de una actividad discrecional existen determinados elementos reglados. Así, los tribunales tendrán que controlar los fines de los actos administrativos. Toda actividad administrativa debe regirse a la consecusión de un determinado fin señalado, expresa o tácitamente, por el ordenamiento jurídico. Pues bien, una potestad administrativa no puede ser utilizada para conseguir un fin distinto del señalado por el ordenamiento. Es así como aparece la figura de la desviación de poder. Ej. Los Intendentes tienen una serie de potestades en defensa del orden público. Pues bien, estas potestades otorgadas para defender el orden público no pueden utilizarse para defender fines privados o sectarios. Hay desviación de poder cuando se ejercen potestades administrativas para conseguir fines distintos a los señalados por el ordenamiento jurídico. (6)

Ahora bien, para que haya desviación de poder no es necesario que se persiga un fin privado, basta con que se trate de conseguir un fin distinto al previsto por el ordenamiento aunque se trate de fin público. La desviación de poder es un control jurídico de la legalidad. Se controla el cumplimiento de un fin señalado de acuerdo con criterios jurídicos, no se trata en ningún caso de un control moral.

Es necesario señalar aquí que la desviación de poder no puede confundirse con el abuso de poder. Con el primero se obtiene una finalidad distinta a la buscada por la norma, con el segundo se hace uso indebido del poder que le es atribuido por la norma a un funcionario, independientemente del fin logrado. (7)

---

(4) Ver: Eduardo García de Enterría y Tomás R. Fernández. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I, pág. 253 y ss. Madrid 1974.

(5) Ver: Eduardo García de Enterría. "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo". (Ob. cit.) (1) pág. 163. Parte de dicho trabajo ha sido publicado bajo el título "El control de los poderes discrecionales de la Administración". Revista de Derecho Público Nº 17, Santiago 1975.

(6) Ver: Pedro Pierry A. "El control de la discrecionalidad Administrativa". Revista de Ciencias Jurídicas Nº 2, págs. 206, 209. Valparaíso 1971.

(7) Ver: Clavero Arévalo. "La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo". R.A.P. Nº 30, pág. 105 y ss. Madrid 1959.

Artículo: Notas a la Potestad Discrecional de la Administración Pública
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Osvaldo Oelckers Camus

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La actividad administrativa en el Estado de Derecho se encuentra condicionada por la ley a la obtención de ciertos y determinados resultados; por ello no puede la Administración Pública procurar resultados diferentes a los perseguidos por la norma, aun cuando ellos respondan a la más estricta moralidad, pues lo que se persigue es el logro de un determinado fin, no puede ser desviado por ningún motivo. Si la autoridad administrativa se sirve de un determinado poder atribuido para una especial finalidad, usándolo para lograr otro fin del previsto, se configura un vicio en tal acto administrativo y es el llamado vicio por desviación de poder.

De la noción de desviación de poder obtenemos que pueden existir dos tipos característicos: uno general y otro particular. Estamos ante una desviación de poder general, cuando la autoridad administrativa al actuar no persigue el fin general que caracteriza a la función administrativa: la finalidad de servicio público. Por otra parte, se está frente a una desviación de poder de carácter particular cuando la autoridad administrativa al actuar no persigue el fin determinado y concreto para cuya consecución le ha sido conferido por la ley el poder y posibilidad de desarrollar esa acción. (8)

3.2 Control de los hechos determinantes.

Otra posibilidad de control es la que se denomina control de los hechos determinantes. Para que se produzca un acto se requieren determinados presupuestos de hecho. Por ejemplo para imponer una multa a un auto mal estacionado en un lugar indebido. Pues bien, los tribunales pueden verificar la realidad de los hechos determinantes de un acto. La Administración así no puede interpretar a su antojo los presupuestos de hecho que condicionan la existencia de un acto. En el ejemplo anterior, si un auto se encuentra estacionado en un lugar permitido, la Administración no puede falsear la interpretación de la realidad diciendo que lo estaba en un lugar prohibido. Lo importante es que el tribunal del asunto examine y compruebe cuál fue el alcance real de los hechos. En España y en Francia, los tribunales contenciosos entran en el examen de estos hechos determinantes de un acto. En Alemania además se ha desarrollado la técnica de calificación jurídica de los hechos por medio de la figura de los conceptos jurídicos indeterminados.

3.3 El control de la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados.

Los conceptos jurídicos indeterminados hay que distinguirlos de los supuestos de discrecionalidad. Tradicionalmente discrecionalidad se confundía con las nociones de concepto jurídico indeterminado.

La discrecionalidad, como señalábamos, se caracteriza por la existencia de una libertad de opciones de la Administración. En cambio, en otros casos, la Administración no es libre para elegir; lo único que sucede es que no es fácil saber a simple vista cuál debe ser la actuación administrativa. Cuando se dice que la Administración pagará el justo precio por una expropiación no quiere decirse que la Administración

(8) Ver: Enrique Martínez Useros. "Desviación del Poder". NEJ., 7, pág. 36. Barcelona 1955.

Artículo: Notas a la Potestad Discrecional de la Administración Pública
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Osvaldo Oelckers Camus

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pagará el precio que ella libremente fije sino que será aquel que resulte de aplicar los criterios establecidos por la legislación de expropiación. Ahora bien, el concepto de justo precio es un concepto jurídico indeterminado, puesto que se manifiesta con una cierta indeterminación que es preciso resolver para llegar a la solución justa.

El concepto jurídico indeterminado no es exclusivo del Derecho Administrativo, sino que se encuentra en todos los sectores del ordenamiento jurídico. Estos conceptos jurídicos indeterminados están contenidos en las llamadas normas flexibles, que son aquellas que dejan un ámbito libre a rellenar en cada caso, pues la medida concreta para la aplicación de los mismos no la administra con exactitud la ley que los contiene. Ejemplo de conceptos jurídicos indeterminados los tenemos en las expresiones buena fe, buenas costumbres, buen padre de familia, orden público, precio justo, urgencia, interés público, etc.

Ahora bien, el concepto jurídico indeterminado presenta un primer punto de contacto con la discrecionalidad. En ambas nociones existe un ámbito no determinado por la ley, que es necesario completar. La utilización del concepto jurídico indeterminado en el campo administrativo da pie para dejar de considerar como discrecional el amplio sector de lo que es sólo indeterminado. Cuando la Administración debe actuar conforme a un concepto jurídico indeterminado, no se encuentra habilitada para determinar libremente su conducta, porque los conceptos jurídicos indeterminados no ofrecen una opción de posibilidades sino que tienen una única solución justa. Hay buena fe o no hay buena fe. En la expropiación no existe más que un precio justo. Aquí no existe aplicación de una potestad discrecional sino que es una técnica de aplicación de la ley. Se trata de una labor interpretativa de la ley. Para resolver la indeterminación de estos conceptos hay que realizar una interpretación del ordenamiento similar a la que se debe realizar cuando se aplican ordinariamente las normas. (9)

Es cierto que rellenar estos conceptos jurídicos indeterminados resulta difícil, de ahí que se deba recurrir a una valorización querida y dependiente de la ley que nos lleva a realizar una interpretación de la norma. Por lo tanto, el proceso de integración de un concepto jurídico indeterminado no puede ser un proceso discrecional, sino un proceso de juicio, de estimación o de comprobación, que ha de atenerse a las circunstancias reales del caso concreto y en el sentido jurídico que la ley le ha asignado, llegando forzosamente a la única solución justa, por lo que se puede considerar que el proceso de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados presenta un carácter reglado. Exteriormente estos conceptos jurídicos indeterminados son similares a la discrecionalidad, en cuanto suponen una conducta no determinada por la ley, pero en los primeros existe tan sólo una expresión indeterminada que se debe complementar por la interpretación de la norma, y en los segundos una opción libre de la Administración.

El concepto jurídico indeterminado puede complementarse con ciertos criterios extrajurídicos, o sea, utilizando técnicas no amparadas por el Derecho, como son la sociología, la economía, etc.

(9) Ver: E. García de Enterría y Tomás R. Fernández. "Curso de Derecho Administrativo". Ob. cit. pág. 274. En igual sentido "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo".

Artículo: Notas a la Potestad Discrecional de la Administración Pública
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Osvaldo Oelckers Camus

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Así, los conceptos jurídicos indeterminados han demostrado que mucho de lo que anteriormente se consideraba como discrecional no es tal. La consecuencia es que en estos supuestos desaparece la libertad de decisión de la Administración, limitándose tan sólo a la tarea de determinar y aplicar lo que es indeterminado a simple vista. Ej. Lo que ha sucedido con el concepto de orden público. Tradicionalmente se decía o que era materia política o materia discrecional, con la consecuencia de negar toda posibilidad de control jurisdiccional. Hoy esta situación ha cambiado y es así como se reconoce que el concepto de orden público no es más que un concepto jurídico indeterminado. La Administración no es libre para determinar si una situación concreta altera o no el orden público, no puede determinarlo a su antojo, sino que tiene que limitarse a determinar y comprobar lo que sólo es indeterminado a simple vista. Lo mismo puede decirse del estado de necesidad o de situaciones de emergencia, catástrofe, calamidades, etc., que atribuyen poderes suplementarios a las autoridades administrativas. Las autoridades de policía no pueden inventarse libremente una situación de emergencia para acrecentar así sus poderes sino que deben limitarse a constatar y a determinar lo que tiene que existir aunque en su inicio sea indeterminado. La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados juega en una gran pluralidad de supuestos. Así, cuando se le imputa una falta a un funcionario y se inicia un expediente disciplinario (investigación sumaria o sumario administrativo), es evidente que la Administración no puede disponer libremente si existe o no la falta, sino que tiene que ceñirse a determinar lo que no está claro aparentemente; o cuando se declara una casa en estado de ruina, es también lógico que la Administración no puede disponer libremente si una casa está o no en ruinas, sino que deberá determinarlo en ese caso concreto.

El concepto jurídico indeterminado presenta un doble ámbito:

a) Su ámbito interno, que constituye su núcleo que es invariable, indubitado y que se constituye en su centro conceptual; y,

b) Su ámbito periférico, que es la zona de variabilidad, de estimación, de ambigüedad, de necesaria interpretación y sujeta a la incertidumbre.

La periferia del concepto jurídico indeterminado puede ser muy grande y ser progresivamente disminuida por la jurisprudencia. El papel de esta última consiste en interpretar esta zona precisada de interpretación dándole un sentido jurídico a las técnicas extra jurídicas (moral, sociología, economía, etc.). Estas técnicas extra jurídicas adquieren rango jurídico en la aplicación interpretativa al concepto jurídico indeterminado por un proceso de vinculación jurídica, que puede incluso llegar a deformar en su origen las técnicas extra jurídicas. Los conceptos no jurídicos al juridizarse adquieren sentido en el derecho a través de la interpretación y pueden conservar o perder su sentido ordinario extra jurídico. (10)

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se debe completar con la noción de margen de apreciación. Señalábamos que los conceptos jurídicos indeterminados se resuelven en una única solución. Ahora bien, se debe reconocer que no siempre es fácil llegar a esta única

(10) Ver: Manuel Martín González. "El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos". En R.A.P. Nº 54, pág. 197 y ss. Madrid 1967.

Artículo: Notas a la Potestad Discrecional de la Administración Pública
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Osvaldo Oelckers Camus

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

solución justa. En la expropiación sólo hay un precio que responda idealmente a la noción de justo precio, pero se comprende sin dificultad que no es fácil en ocaciones determinar cuál es el alcance de ese justo precio. A suplir esta dificultad viene la noción de "margen de apreciación", propugnándose que hay que reconocer a la autoridad que está calificando o resolviendo un asunto, un determinado margen de apreciación, pero debe entenderse que tal margen de apreciación no constituye en ningún caso margen de discrecionalidad. Lo único que implica es el reconocimiento de la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa. A propósito del margen de apreciación se habla del "halo" del concepto indeterminado dando a entender su dificultad de concreción. Es evidente que esta noción del margen de apreciación no entra en juego en todos aquellos casos en los que sea fácil llegar a la solución justa. En cambio, será útil en los casos límites o ambiguos. Sólo entonces cabe conceder a la Administración el beneficio y sólo ante la duda, recordando que en todo caso el reconocimiento de un margen de apreciación no implica la posibilidad de utilización discrecional de la voluntad.

La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados abre una importante brecha de la antigua discrecionalidad, aunque no con ello se puede pensar que todo lo discrecional vaya a poder ser controlado por el tribunal vía concepto jurídico indeterminado.

3.4 El control por los principios generales del derecho.

Otra posibilidad de control de la discrecionalidad nos la ofrecen los principios generales del derecho. Pues bien, estos principios que son expresiones del mundo de los valores y de la experiencia jurídica, son normas del ordenamiento jurídico que tienen que ser respetadas por la Administración Pública. Aunque la Administración tenga discrecionalidad para actuar en un supuesto determinado, no por eso puede desconocer los principios generales del derecho. De ahí que estos principios actúan como una técnica más de control de la discrecionalidad. Nos proporcionan además un nuevo criterio que deberá ser tenido en cuenta a la hora de enjuiciar las actuaciones discrecionales. No puede por lo tanto, invocarse la discrecionalidad administrativa para atentar contra los principios de igualdad, de buena fe, de proporcionalidad, de la naturaleza de las cosas, de servicio público, etc. (11)

3.5. El control por la iniquidad manifiesta.

Esta técnica es una variante de los criterios principales. Así, si en actuación administrativa no puede observarse ninguna conducta que suponga desviación de poder, o falsa valorización de los hechos, imposibilidad de aplicar la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados o la de los principios generales del derecho, y aun con todo esto se llegará a un resultado manifiestamente inicuo, habría que deducir también la ilegalidad del uso que le da a la discrecionalidad. Se trata por lo tanto de una técnica de control que se aplica sobre el resultado de la actuación administrativa.

(11) Ver: José Luis Villar Palasi. "Los Apotegmas jurídicos lógicos". Pág. 16 y ss. Madrid 1974.
Pedro Pierry. "La discrecionalidad...". Ob. cit. (6), pág. 211.

Artículo: Notas a la Potestad Discrecional de la Administración Pública
Revista: Nº165, año XLIV (En-Dic, 1977)
Autor: Osvaldo Oelckers Camus

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por último, debe señalarse que quedará un reducto de discrecionalidad que no es controlable con criterios jurídicos, sino que se refiere al ámbito estricto de la actuación política o de Gobierno en la que la Administración operará siempre con cierta libertad. (12)

(12) Ver: José Luis Carro y Fernández Velasco. "La doctrina del acto político". R.A.P. Nº 53, pág. 79. Madrid 1967.