COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

ANA CAÑIZARES LASO
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

JORGE A. CERDIO HERRÁN
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

LUIS LÓPEZ GUERRA
Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

MARTA LORENTE SARIÑENA
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

VÍCTOR MORENO CATENA
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

ANGELIKA NUSSBERGER
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

LUCIANO PAREJO ALFONSO
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

TOMÁS SALA FRANCO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

IGNACIO SANCHO GARGALLO
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

RUTH ZIMMERLING
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

JOSÉ MIGUEL VALDIVIA
Profesor de la Universidad de Chile

CRISTÓBAL OSORIO VARGAS
ABOGADO

tirant lo blanch
Valencia, 2018

Por cierto, el objeto está en íntima relación con el motivo, pues éste debe poder justificarlo. Por eso, el control del objeto también suele presentar dificultades en casos de potestades concebidas sobre la base de componentes discrecionales.

Capítulo 5
Discrecionalidad

311. Por su estrecha conexión con la teoría del acto administrativo, y en particular de algunos de sus elementos sustantivos –como el motivo y el objeto– es útil tratar aquí acerca de la discrecionalidad. El examen que sigue pasa revista a la noción de discrecionalidad (párrafo 1), su justificación y límites (párrafo 2) y su empleo como técnica de atribución de potestades (párrafo 3). Siempre en el plano conceptual, se revisa la dificultad de distinguir la discrecionalidad de algunas figuras afines (párrafo 4). Por último, se esbozan algunas técnicas de control de la discrecionalidad (párrafo 5).

PÁRRAFO 1. NOCIÓN DE DISCRECIONALIDAD

312. En términos muy generales, la discrecionalidad administrativa es la posibilidad que el derecho reconoce a la administración para actuar con cierta libertad. Según una definición ampliamente aceptada, la discrecionalidad es "una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos" (García de Enterría y Fernández). Frente al carácter aparentemente riguroso del principio de legalidad, la discrecionalidad presenta la particularidad de flexibilizar la acción administrativa, legitimando las opciones que se adopten.

Hay múltiples ámbitos en que la administración puede actuar discrecionalmente. La doctrina distingue una *discrecionalidad de acción*, consistente en definir si se actúa o no y cuándo hacerlo, y una *discrecionalidad de elección*, relativa al contenido de las decisiones administrativas. La primera es prácticamente común a todo ámbito de la acción administrativa; la segunda, en cambio, necesita habilitación legal específica y suscita mayor discusión.

El planteamiento doctrinal antes referido entiende que el peso de la legalidad es menos intenso en casos de discrecionalidad, porque aquí "la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración" (García de Enterría y Fernández). La distinción entre *legalidad* y *oportunidad* es un lugar común en la literatura especializada sobre la discrecionalidad, porque remite a las consideraciones que la autoridad debe o puede tomar en cuenta al decidir y, correlativamente, a lo que el juez puede o no controlar *ex post*. Conceptualmente, el control de legalidad sólo puede extenderse a la aplicación de la ley u otras normas jurídicas, pero no a las opciones administrativas ejercidas en consideración a la oportunidad (política, social o económica, etc.), que es monopolio de la administración.

Con esta rápida revisión del concepto puede apreciarse uno de los principales riesgos de la discrecionalidad. Básicamente, ésta reduce las posibilidades efectivas de practicar un control de legalidad de los actos de la administración, pues si el derecho habilita a la administración a elegir libremente, no puede al mismo tiempo censurar sus elecciones. El margen de libertad que la ley confiere a la administración en casos de discrecionalidad es también un margen de maniobra e, incluso, de error. Y la opacidad que implica la reducción del control puede facilitar la arbitrariedad u otros comportamientos irregulares.

PÁRRAFO 2. JUSTIFICACIÓN Y LÍMITES

313. La discrecionalidad cumple una valiosa función en la operación cotidiana de la administración, aunque su ejercicio puede envolver algún riesgo de abusos. De aquí resulta que el derecho positivo se oriente más hacia el control *de ejercicio* que al control *de atribución* de la discrecionalidad.

Ante todo, conviene tomar por punto de partida la legitimidad de principio de la discrecionalidad. Esta es una técnica jurídicamente neutra de atribución de potestades públicas. En principio, el legislador es libre de articular las potestades conforme a dos grandes modelos: la potestad es *reglada* si la totalidad de las condiciones para su ejercicio son predefinidas por la ley; en cambio, es *discrecional* si el legislador entrega libertad a la administración para determinarse. En verdad, la distinción entre potestades regladas y potestades discrecionales se presenta rara vez en estado puro; más bien, toda potestad está compuesta de elementos reglados y *puede* contener elementos de apreciación discrecional. La teoría admite que hay aspectos necesariamente reglados (en donde no cabe ninguna elección por la autoridad): competencia, formas, fin. Es muy discutible que haya potestades auténticamente discrecionales.

En variados contextos la discrecionalidad es necesaria, pues el legislador simplemente no puede concebir –en el plano de su función de elaboración de normas generales y abstractas– la totalidad de las situaciones que puedan presentarse en la realidad. Entonces, para hacer operativas las orientaciones definidas por la ley, la administración recibe un margen de maniobra más o menos significativo que le permite discriminar las situaciones que se presenten y que justifiquen un tipo u otro de decisión. Desde que administrar supone la aplicación concreta de la ley, la administración está en mejores condiciones que el legislador para efectuar estas

apreciaciones. Pretender que cada decisión pública dependa de un juicio previo del legislador (y, por tanto, de un debate parlamentario que puede ser largo y azaroso) entrabaría enormemente el funcionamiento del Estado. En nombre de la eficiencia, la atribución de potestades discrecionales permite al Estado funcionar mejor y más rápido.

En consecuencia (y aunque algunos hayan podido creer algo distinto), la discrecionalidad es en sí misma legítima. Algunos –probablemente cegados por la confusión retórica entre discrecionalidad y arbitrariedad– han sugerido que la discrecionalidad sería inconstitucional. Por las razones recién referidas, este planteamiento no puede aceptarse. Sólo excepcionalmente podría estimarse que la discrecionalidad es una forma impropia de atribución de potestades, como cuando por su intermedio el legislador incumple su deber de agotar la regulación de cierta materia, esto es, en contextos de "reserva de ley" reforzada (*cf.* § 180). La reserva de ley es el mecanismo técnico de atribución de competencias normativas al legislador. Cuando la reserva de ley es exigente (particularmente, en materia de libertades públicas), el legislador debe regular la materia en forma exhaustiva o, en palabras del Tribunal Constitucional, con suficiente determinación y especificidad. Tanto las remisiones normativas (al reglamento u otras fuentes infralegales) como las potestades administrativas discrecionales podrían defraudar la atribución de competencias normativas al legislador en estos casos. Con todo, esto no significa que la discrecionalidad esté completamente ausente de aquellos ámbitos en que imperan reservas de ley. No se puede dar un juicio categórico en estas materias, que hay que analizar caso a caso.

PÁRRAFO 3. LA DISCRECIONALIDAD COMO TÉCNICA DE ATRIBUCIÓN DE POTESTADES

314. Según lo revisado, la discrecionalidad aparece como una modalidad de configuración de las potestades públicas: frente a las potestades regladas (cuyos elementos de ejercicio son regulados exhaustivamente por la ley), hay potestades discrecionales (en que la administración recibe poder para configurarlos libremente).

Ante todo, conviene reafirmar que en derecho chileno la atribución de potestades públicas es necesariamente fruto de la ley (*cf.* § 199). Desde esta perspectiva, incluso las potestades discrecionales (o configuradas sobre la base de elementos de apreciación discrecional) son manifestación de un poder atribuido por el derecho. La libertad de elección que conllevan estas potestades no es, como pudo pensarse en otro tiempo, una condición "natural" del titular del poder, sino una libertad conferida específicamente por el derecho para la satisfacción precisa de las necesidades de que se trate. Por cierto, las condiciones de ejercicio de las potestades

configuradas sobre la base de elementos de apreciación discrecional debilitan la fuerza del principio de legalidad, que, bajo ciertos respectos, deja de explicarse como una exigencia de conformidad a la ley, y pasa a revestir más bien la forma de una exigencia de mera compatibilidad o no contrariedad a la ley (*cf.* § 191).

La libertad de elección que conlleva la discrecionalidad puede ser configurada de distintas maneras.

315. Ante todo, en diversos casos la ley habilita a la administración a adoptar, en presencia de un determinado supuesto de hecho, una o más medidas previstas en un catálogo más o menos extenso. Un ejemplo especialmente elocuente de esta técnica está dado por el amplio elenco de medidas de protección agrícola que el Servicio Agrícola y Ganadero puede adoptar al constatar la existencia de una plaga y que consisten, "entre otras", en "cuarentena o aislamiento, eliminación, desinfección y desinfestación e industrialización" (DL 3557, Ley de protección agrícola, arts. 1 y 6). Lo mismo puede decirse de los casos en que la ley configura sanciones pecuniarias sobre la base de un rango monetario dentro del cual la administración puede moverse; por ejemplo, la "multa de ciento cincuenta a dos mil unidades tributarias mensuales" prevista por el artículo 50 de la Ley 19.995, de casinos de juego. Igualmente ocurre en los numerosos casos en que la administración puede elegir libremente a un candidato dentro de un universo más o menos definido, ya sea de oferentes en una licitación, participantes en un concurso funcionarial, integrantes de una nómina o simplemente individuos que cumplan las condiciones exigidas para llenar un cargo de confianza política.

316. En segundo lugar, la discrecionalidad puede aparecer bajo las formas verbales empleadas por la ley, como ocurre típicamente tras el empleo del verbo *poder* ("podrá"). Sin embargo, este no es un criterio infalible, porque esta terminología podría encerrar simplemente la designación de una potestad (entendida, como hacían antiguamente algunos, como un "poder-deber"). En consecuencia, para determinar si el verbo poder supone una auténtica potestad discrecional, se hace necesaria una interpretación contextual de los términos legales, que denote efectivamente una libertad de decisión. Por ejemplo, en materia migratoria, las reglas sobre impedimentos de ingreso contempladas en la Ley de Extranjería se estructuran sobre la base de dos técnicas distintas: por una parte, disponen que "se prohíbe el ingreso al país" de ciertas categorías de extranjeros e, inmediatamente a continuación, especifican que "podrá impedirse el ingreso al territorio nacional" de otras categorías de extranjeros (DL 1094, de 1975, arts. 15 y 16). Como se advierte de este contexto normativo, el empleo del verbo poder da cuenta de un cierto margen de maniobra de la autoridad migratoria que se explica técnicamente mediante la noción de discrecionalidad.

317. Por último, es posible que la ley permita a la administración decidir del modo que estime más conveniente o adecuado a las circunstancias. Así, en un ejemplo antes referido, la Ley 18.410, orgánica de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, habilita a ese organismo a "adoptar, transitoriamente, las medidas que estime necesarias para la seguridad del público y el resguardo del derecho de los concesionarios y consumidores de energía eléctrica, de gas y de combustibles líquidos" (art. 3 N° 22). Sin necesidad de regulación explícita que dé cuenta de su carácter discrecional, también lo son (y en un sentido especialmente fuerte) las potestades de la llamada "administración conformadora", que no se limitan a aplicar el derecho sino más bien a configurarlo. Así ocurre, por ejemplo, con las potestades de planificación –típicamente la de planificación urbana– así como con la gestión de proyectos viales o de obras públicas en general, en las cuales la administración goza de un amplio campo de iniciativa para decidir. También deben mencionarse aquí, de un modo mucho más general, las potestades normativas, como la potestad reglamentaria del Presidente de la República, que –sin perjuicio de los límites legales– se ejerce en condiciones de extrema libertad.

Ahora bien, independiente de la técnica legislativa empleada, es pertinente notar que en cada caso la libertad de la administración recae sobre las medidas que se trata de adoptar o no, vale decir, sobre el *objeto* del acto administrativo.

PÁRRAFO 4. DISCRECIONALIDAD Y OTROS CASOS EN QUE LA ADMINISTRACIÓN CUENTA CON MARGEN DE ACCIÓN

318. Conforme a la doctrina dominante, la auténtica discrecionalidad sólo se sitúa en presencia de una libertad de elección entre alternativas correlativas a un determinado supuesto de hecho. Sin embargo, en ocasiones el supuesto de hecho es configurado por la ley en condiciones que suscitan alguna incertidumbre y corresponde a la administración dotarlo de sentido. Aunque es inequívoco que mediante esta técnica la ley también confiera a la autoridad alguna flexibilidad en la gestión administrativa, es discutible que esta labor (de concretización de una regla) corresponda a un tipo de discrecionalidad.

Así ocurre con los supuestos de hecho configurados sobre la base de *conceptos jurídicos indeterminados* y en los casos denominados de *discrecionalidad técnica*.

(a) Discrecionalidad y conceptos indeterminados

319. Según planteamientos ampliamente difundidos, los conceptos jurídicos indeterminados –empleados en todas las ramas del derecho– se caracterizan por

cierta vaguedad o imprecisión respecto de las hipótesis de hecho susceptibles de subsumirse en ellos. Entre otros, podrían mencionarse como tales las nociones de "plaga", "sequía", "salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo" de un funcionario, "la propuesta más ventajosa" en una licitación, "elusión tributaria mediante el abuso de las formas jurídicas", etc.

Al igual que los conceptos jurídicos descriptivos, a la hora de concretizarlos en la práctica, los conceptos jurídicos indeterminados presentan una *zona de certeza positiva* y una *zona de certeza negativa*, pues es inequívoco que determinadas situaciones de hecho se enmarcan o no dentro del concepto. Sin embargo, lo propio de los conceptos jurídicos indeterminados es que también presentan una *zona de incerteza*, en que es difícil definir si algún caso se subsume dentro de él. Así, es prácticamente seguro que un funcionario con trastornos mentales severos presenta una salud incompatible con cualquier cargo público, mientras que si sólo tiene un resfrío su salud sigue siendo compatible con él; pero entre ambos extremos hay muchas hipótesis dudosas, en que prácticamente cualquier afección permanente, incluso no muy grave, podría suscitar incertidumbre, por ejemplo, si el funcionario pertenece a las Fuerzas Armadas y su empleo requiere un alto rendimiento físico.

La doctrina española entiende que las dificultades de concreción de un concepto jurídico indeterminado no importan discrecionalidad. En otros términos, para estimar que un supuesto de hecho corresponde a la categoría legal definida sobre la base de estos conceptos indeterminados la administración no tiene libertad; al contrario, aquí imperaría una "única solución justa", sin que quepa sostener al mismo tiempo que ese supuesto corresponde y no corresponde al concepto: "Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio... o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto una perturbación del orden público o no se da... *Tertium non datur*" (García de Enterría y Fernández).

Este planteamiento busca reducir la discrecionalidad únicamente a la determinación de las consecuencias de un supuesto de hecho, pero excluirla de la calificación de las circunstancias que determinan la concurrencia del presupuesto normativo de esas circunstancias; en otras palabras, persigue encerrar la discrecionalidad en el *objeto* del acto administrativo, pero excluirla del *motivo* del acto.

Sin embargo, en otras corrientes comparadas (p. ej., en Alemania) se postula que en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, sobre todo en aquellos conceptos que remiten a un juicio valorativo de la autoridad, yace un *margen de apreciación* conferido a la administración. Ese margen de apreciación es conceptualmente distinto de la discrecionalidad entendida en sentido estricto,

pero su control suscita dificultades similares a las de la discrecionalidad. De hecho, en la enseñanza francesa, el control de la discrecionalidad suele depender del control de motivos, admitiendo que en algunos casos la calificación jurídica de los hechos (dentro del presupuesto normativo configurado sobre la base de elementos de apreciación flexible) es muy difícil de censurar, salvo en casos marginales.

(b) La llamada "discrecionalidad técnica"

320. Un planteamiento ampliamente difundido en derecho comparado (sobre todo español, pero de raíces germánicas) postula que en determinadas operaciones caracterizadas por la aplicación de soluciones técnicas la determinación de los presupuestos fácticos que justifican una decisión depende del juicio de organismos que cuentan con "discrecionalidad técnica".

Esta tesis no es muy rigurosa, a la luz de las explicaciones precedentes. En sentido estricto, la discrecionalidad reside en la determinación de las consecuencias jurídicas de una determinada hipótesis de hecho, pero no en el discernimiento acerca de la concurrencia de ese supuesto de hecho. Luego, la discrecionalidad técnica no sería propiamente discrecionalidad.

A pesar de su difícil conceptualización como una genuina discrecionalidad, la llamada discrecionalidad técnica da cuenta de restricciones del control judicial análogas a las que suscita aquélla. Cuando el ordenamiento instituye procedimientos o *a fortiori* organismos técnicos especializados para la gestión de determinados intereses públicos, confía en esos cauces institucionales como medios de acción. Aunque los jueces puedan ilustrar su juicio mediante el auxilio de peritos, las limitaciones de su conocimiento especializado no permiten augurar un control eficaz de estas operaciones. Al menos por razones institucionales (que a la larga derivan del principio de separación de poderes) no es sencillo promover la plena justiciabilidad de este ámbito de la acción administrativa.

PÁRRAFO 5. CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

321. Por diversas razones, el control de la discrecionalidad es complejo. Institucionalmente, la administración y la jurisdicción cumplen dos funciones distintas que no pueden confundirse. A la administración incumbe la satisfacción inmediata de necesidades públicas y, en cambio, el juez en principio sólo verifica que ésta se ajuste a la ley. Por eso, la administración cuenta con una especialización sectorial y técnica de que los jueces normalmente carecen. Por lo mismo, los jueces deben

abstenerse de sustituir a la administración: sólo les corresponde verificar que la ley sea respetada, sin arrogarse funciones que corresponden a la administración.

En tal sentido, algunas orientaciones comparadas distinguen dos modalidades de control judicial de la administración a la luz de su profundidad o extensión, concibiendo un *control normal* y un *control restringido o mínimo*. Mientras el control normal recae sobre la totalidad de los elementos que integran la potestad pública y habilitan a ejercerla, el control restringido da cuenta de que la revisión que efectúan los jueces respecto de algunos aspectos de la potestad es inexistente o superficial. El control normal sería idóneo para comprobar la legalidad del ejercicio de las potestades regladas, mientras el control restringido se manifestaría en la revisión de las potestades discrecionales (pero también en otros ámbitos en que el juez, por razones políticas o técnicas o de otra índole, se muestra deferente frente a determinadas operaciones administrativas). Aunque esa experiencia no sea directamente aplicable al derecho chileno, es interesante analizar las herramientas que implica el control restringido, porque algunas de ellas parecen susceptibles de explicar la forma en que se comportan los jueces frente a la discrecionalidad administrativa.

En la experiencia chilena el control de la discrecionalidad se concentra (en términos cuantitativos) en el recurso de protección, pues, conforme a la terminología empleada por la Constitución, ese recurso permite enfrentar tanto actos ilegales como arbitrarios (*cf.* §§ 639 y ss.). En el marco de ese recurso se asume que la *ilegalidad* se configura cuando la administración viola parámetros normativos textuales (legales, supra o infralegales), mientras que la *arbitrariedad* aparece cuando la administración transgrede criterios no previstos directamente por los textos; dado que respecto de las potestades discrecionales un control meramente textual es insuficiente (por la libertad conferida a la administración) han proliferado herramientas de control de la arbitrariedad, que bajo diversos respectos se asemejan a las herramientas del control restringido del derecho comparado. Por cierto, nada impide que la discrecionalidad sea controlada eficazmente fuera del marco del recurso de protección, mediante todo tipo de mecanismos de control, judiciales o administrativos (dictámenes de Contraloría, reclamos especiales de ilegalidad, acción de nulidad de derecho público, etc.).

El control de la discrecionalidad siempre es complejo. Por la libertad que implica en la decisión sobre el objeto de un acto (vale decir, en la determinación de la consecuencia jurídica frente a un determinado supuesto de hecho), los jueces suelen no censurar las opciones tomadas por la administración. En cambio, el control de la discrecionalidad suele tomar un aspecto oblicuo o indirecto, pues recae fundamentalmente en los motivos del acto. En el fondo, se asume que definiendo bien si concurren las circunstancias de hecho que justifican una decisión (o

sea, los motivos) podría verificarse eficazmente si la discrecionalidad ha sido bien o mal ejercida. Sin embargo, el control de motivos tampoco es sencillo, atendida la frecuente configuración abierta de los presupuestos de ejercicio de una potestad pública, mediante remisión a conceptos jurídicos indeterminados en los que puede verse un margen de apreciación.

Se analizan en seguida las principales herramientas de control en ámbitos caracterizados por potestades discrecionales, que recaen sobre la motivación (sección 1), la revisión de la materialidad de los hechos que operan como presupuesto de la toma de decisiones (sección 2), la calificación jurídica de tales hechos (sección 3) y también aquellas técnicas basadas en la noción de proporcionalidad (sección 4).

Sección 1. Control de la motivación

322. En la práctica legal chilena una de las herramientas más empleadas en la materia es el control de la motivación, que consiste en verificar si el acto administrativo cuenta o no con la expresión formal de los motivos que lo justificarían. Si la motivación falla, ya sea porque es inexistente o insuficiente, en general los jueces estiman que el acto impugnado es arbitrario.

Este control es puramente formal, porque la motivación es en sí misma un elemento de forma. En consecuencia, este control no entra en el núcleo duro de la discrecionalidad: es un control deferente para con la administración.

Aun así, la motivación permite conocer la justificación de la decisión, y conociéndola, el juez podrá evaluar si ha habido adecuación entre los motivos de hecho y las medidas adoptadas. También permite conocer otros aspectos, como las finalidades perseguidas.

Sección 2. Control de la materialidad de los motivos

323. Conociéndose los motivos, sea que la administración los invoque en el acto mismo o dé cuenta de ellos posteriormente en sede judicial, corresponde verificar la materialidad de los hechos que los configuran.

La prueba de los motivos varía en función de las circunstancias que los constituyan. Aunque en algunos casos esta verificación es sencilla (p. ej., la prueba de una infracción administrativa), puede haber otros más complejos, si los motivos dependen de una variedad de apreciaciones de la autoridad (p. ej., la prueba respecto de las circunstancias que configuran las necesidades urbanísticas de una ciudad).

Si los motivos no concurren de hecho, el acto debe tenerse por ilegal, por carecer de justificación.

Sección 3. Control de la calificación jurídica de los hechos

324. Las circunstancias de hecho que la autoridad invoca ¿son el presupuesto fáctico que debería justificar la decisión? La cuestión corresponde a un análisis jurídico del motivo, tendente a determinar si los hechos se enmarcan en las previsiones normativas. Si las reglas se estructuran sobre la base de conceptos descriptivos esta calificación es sencilla: el candidato designado por la autoridad ¿tiene la mayoría de edad exigida? En cambio, si se estructura sobre la base de conceptos indeterminados los jueces suelen inhibirse. Esta deferencia tiene sentido cuando los conceptos legales requieren de alguna valoración por parte de la autoridad: tratándose de la aplicación de la Ley 19.856 sobre rebaja de condenas, ¿el condenado tiene "comportamiento sobresaliente"? Como se ha visto, algunos explican esta deferencia de los jueces en la existencia de un *margen de apreciación* de la autoridad. Pero aun así, existen medios indirectos de control, dentro de los cuales cabe referirse especialmente a los siguientes:

(a) Error manifiesto de apreciación

325. En la jurisprudencia francesa, una calificación incorrecta de los hechos puede ser censurada en aplicación de la noción de "error manifiesto de apreciación". Detrás del error manifiesto está la idea de exceso: en general, los jueces son deferentes respecto de las determinaciones de la administración, a menos que ésta incurra en aberraciones que salten a la vista.

Según la Ley de protección agrícola, se entiende por *plaga* "cualquier organismo vivo o de naturaleza especial que, por su nivel de ocurrencia y dispersión, constituya un grave riesgo para el estado fitosanitario de las plantas o sus productos" (art. 3, letra b). La presencia en Chile de la llamada mosca de la fruta (*ceratitis capitata*) es normalmente fuente de inquietud para la autoridad agrícola; pero si se trata de casos aislados en el territorio, estimar que el hecho configura una plaga –y dar pie a la aplicación de las medidas contempladas en la ley– puede parecer un exceso que merecería censura, pues se trataría de un error manifiesto.

(b) Análisis costo-beneficios

326. Algunas operaciones administrativas dependen de valoraciones de hecho respecto de las necesidades públicas, que podrían ser revisadas *ex post*, al menos superficialmente. Así ocurrió inicialmente en la experiencia francesa en torno a la expropiación, que debe justificarse en la noción de "utilidad pública". ¿Se justifica la expropiación proyectada en la utilidad pública? Para apreciarlo, los jueces practicaron un balance costo-beneficio, ponderando por una parte los sacrificios que la

operación entraña (erradicación de las familias o empresas instaladas en el terreno a expropiar, pérdida de tierras agrícolas, etc.) frente a las ventajas esperadas (expectativas de desarrollo local asociadas al proyecto de que se trate); si las ventajas superan los costos, el proyecto se funda en la utilidad pública, y viceversa.

El análisis costo-beneficio se presenta como un control profundizado de las apreciaciones de la autoridad, porque en la práctica equivale a reemplazar la valoración de ésta por la del juez. Sin embargo, también es un control superficial, porque se limita a verificar que la autoridad no ha efectuado una calificación de los hechos incompatible con la ley.

La técnica ha sido criticada por la dificultad metodológica que conlleva contrastar ventajas y beneficios, que rara vez se miden conforme a un parámetro común. Por lo general, la ponderación depende, *prima facie*, del criterio político de la autoridad, que en cada caso determina las debilidades y fortalezas de los intereses en conflicto.

(c) Otros criterios de razonabilidad

327. Las herramientas de control de la calificación de los hechos antes descritas se emparentan con otras de control de razonabilidad. En general, el estándar de razonabilidad reposa en la existencia de una justificación racional de las apreciaciones de la autoridad, que apela a ideas más o menos genéricas de justicia o pueden vincularse a la noción de igualdad ante la ley. En este sentido, para estimar si las apreciaciones de la autoridad son aceptables o razonables también suele recurrirse a un análisis comparativo entre la apreciación actual de la autoridad y otras que haya podido efectuar en el pasado respecto de casos similares (en función de criterios igualitarios o de respeto al "precedente administrativo") o incluso en el mismo caso (mediante una idea vecina a la doctrina de los "actos propios"). En estos casos, la experiencia previa sobre la materia en cierto modo restringe el margen de apreciación de la administración; aunque no lo suprime, si la administración quiere apartarse del modo en que ha entendido los conceptos en el pasado, debe dar buenas razones que la justifiquen.

Sección 4. Control de proporcionalidad

328. Por su importancia creciente en áreas transversales del derecho, el control de proporcionalidad merece analizarse por separado. Su desarrollo se ha producido a partir de la revisión de operaciones de diversa índole que pueden afectar derechos fundamentales, con el objeto de revisar su justificación. Sin embargo, el

método que implica podría extrapolarse a otros casos en que están en juego intereses contrapuestos entre los cuales hay que zanjar.

A diferencia de los criterios precedentes, éste penetra derechamente en el corazón de la discrecionalidad, con el objeto de evaluar si la medida adoptada (consecuencia jurídica del acto) se ajusta o está en consonancia con el motivo que dice justificarla (presupuesto de hecho). Por eso, suele verse aquí un control de gran intensidad.

En su formulación más difundida (Alexy), el control de proporcionalidad depende de la verificación de tres "tests", que recaen sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de una medida. El control de *idoneidad* plantea la cuestión de si la medida tomada sirve para el fin perseguido (pues si el sacrificio que conlleva la medida es inútil, la decisión es a todas luces excesiva). En seguida, el de *necesidad* indaga si, comparativamente, existen medios alternativos menos gravosos para alcanzar el fin perseguido con la decisión (pues si parece que el sacrificio que implica la medida es un precio comparativamente alto, la decisión también se mira como excesiva). Por último, a falta de luz proveniente de los tests anteriores el control de *proporcionalidad en sentido estricto* sopesa el sacrificio y el beneficio que conlleva la medida, de modo que si aquél no se ve compensado por éste la decisión también parece excesiva y tampoco puede tenerse por justificada. Este último test depende de ponderaciones entre intereses contrapuestos, análogas al análisis costo-beneficios antes mencionado, y con déficits metodológicos similares.

Capítulo 6
Nulidad de actos administrativos

329. El análisis de los "elementos" del acto administrativo –incluidos aquellos que inciden en la discrecionalidad– tiene por objeto identificar las condiciones bajo las cuales el derecho reconoce eficacia jurídica a las decisiones de la administración. Correlativamente, los defectos del acto en relación a tales elementos son anomalías frente a las cuales el derecho reacciona desconociéndole valor legal.

Este entendimiento conduce a radicar el estudio de la nulidad de los actos administrativos al interior de la teoría del acto administrativo. Tanto los aspectos conceptuales (párrafo 1) como sustantivos de la nulidad (párrafo 2) se comprenden mejor desde esta perspectiva. Con todo, los canales procedimentales de la nulidad (párrafo 3) obligan a analizar la materia también desde la perspectiva del control judicial, como se hace más adelante.