

Pablo Carrasco Fuentes*

Elementos básicos de la arquitectura normativa de la discrecionalidad administrativa

Basic elements of architecture rules of administrative discretion

Resumen

La Administración ejerce la potestad discrecional con miras al Bien Común, intentando no incurrir en ilegalidades ni arbitrariedades, puesto que la norma jurídica es su origen; se ha instituido para integrar errores, imprecisiones, vaguedades o vacíos de formulación. La norma está compuesta de supuestos de hecho y de consecuencia jurídica única u optativa y la discrecionalidad puede originarse en los dos elementos. Para completar los elementos imperfectos de las normas, la Administración del Estado realiza actividades interpretativas o integradoras. Para limitar las potestades discrecionales y evitar cualquier falla, el elemento técnico necesita ser muy gravitante y la regulación debe ser completa y de calidad.

Palabras clave

Juridicidad – potestades administrativas – discrecionalidad administrativa.

Abstract

Administration discretion exercised with a view to the common good, trying not to make unlawful nor arbitrary, since the rule of law is its origin has been established to integrate errors, inaccuracies, ambiguities or gaps formulation. The standard consists of factual and legal consequence only discretionary or optional and may originate in the two elements. To complete the imperfect elements of the rules, the State Administration conducts interpretive or integrative. To limit the discretionary powers and avoid any failure, the need to be very technical element gravitating and regulation must be complete and quality.

**Abogado y Magíster en Derecho, Mención Derecho Público por la Universidad Austral de Chile. Diplomado en Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso de Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Ambiental.*

Keywords

Juridical - administrative powers - administrative discretion.

ESTRUCTURA NORMATIVA DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

1. Derecho Administrativo, Administración del Estado y Discrecionalidad Administrativa.

El Derecho Administrativo como complejo normativo que sirve de sustrato y directriz para la actuación del Estado Administrador (como entidad estructural y funcional) en las diversas labores que debe desempeñar,¹ producto de la exigencias que le entrega el desarrollo de la sociedad, debe diseñarse y aplicarse de la forma más correcta y prolija posibles.

De esta manera, en la actuación permanente y continua que debe realizar para satisfacer las necesidades públicas, la Administración del Estado debe encuadrarse, conforme al principio de vinculación positiva, a un bloque de juridicidad, el cual la habilita, limita y valida en sus acciones. Luego, para cumplir sus cometidos en las diversas áreas sociales que debe cubrir, deberá poseer y ejercer potestades administrativas, las que se encuentran previstas en la Constitución o en la leyes.

Esto es de toda lógica, ya que dentro de un Estado de Derecho, el poder, en términos generales, nace de la norma jurídica y es ésta la que lo limita, por tanto el ejercicio de las potestades estatales debe estar previamente determinado en una disposición legal.²

Así, constatamos el hecho innegable de que la Administración Pública actúa siempre previa habilitación jurídica (por la ley o la propia Carta Fundamental), quedando por ende condicionada y supeditada al principio de juridicidad que en nuestro Ordenamiento Jurídico encuentra su consagración en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental y el artículo 2^o3 de la Ley N° 18575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

¹ Para cumplir con el mandato constitucional y orgánico legal, plasmado en el artículo 1 inciso 4° de la Constitución Política de la República y artículo 3 inciso 1° de la Ley N° 18575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, esto es, la promoción del Bien Común.

² Palacios Ibarra, J. F. "El control de la discrecionalidad administrativa". http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2002/15/15_Control_de_Discrecionalidad_Administrativa.pdf (pp. 26-27). [Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011].

³ Es interesante observar que este precepto emplea la noción ordenamiento jurídico, lo que significa que el Estado Administrador se sujeta no sólo a la ley, sino a toda la normativa jurídica existente, es decir, a la Carta Fundamental, la ley, los preceptos infralegales y principios generales del Derecho, razón por la que parece más correcto hablar de principio de juridicidad y no de legalidad.

Entonces, la actuación de la Administración en cualquiera de sus manifestaciones debe encontrar su origen en una norma jurídica que le imponga un deber de acción (u omisión), detallándole de forma acotada y lo más exhaustiva posible, cómo ha de cumplir con tal mandato, o bien, le puede entregar un margen de decisión en cuanto a la forma y oportunidad de su actuación.

En el primer caso, estamos en presencia de la *potestad reglada* del Estado Administración, conforme a la cual “la norma jurídica impone al poder público la decisión que se tome, en atención a la existencia de ciertos requisitos que ella establece. La autoridad en este caso no queda en libertad para elegir el camino que más le conviene, ya que en presencia de determinadas circunstancias deberá actuar en el sentido prescrito por la norma”.⁴ Así comprendida la potestad reglada, no significa más que la aplicación del poder del legislador empleando los medios de la Administración y del Gobierno, es decir, la Administración haría las veces de la boca de la muda ley.⁵

De esta manera, la competencia de la autoridad administrativa se ve definida por una norma jurídica en el momento, situación, motivo, procedimiento y fin de la decisión que debe tomar, sin que pueda realizarse una opción o apreciación de la resolución a aplicar por la estricta regulación de la potestad antedicha.

En el segundo caso, estamos en presencia de la *potestad discrecional* de la Administración del Estado, pues la norma jurídica otorga a la autoridad administrativa la potestad de elegir entre varias decisiones igualmente válidas conforme a su apreciación.

De esta forma, “la discrecionalidad opera en circunstancias en las cuales el interés general, para el caso concreto, no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley, de suerte que la discrecionalidad surge como autorización que se confiere expresa o implícitamente a la Administración para que, previa ponderación de todos los hechos, intereses, derechos o principios jurídicos comprometidos en el caso concreto, encuentre una solución para el mismo intentando *elegir la medida más adecuada para la satisfacción del interés público: éste se encuentra legalmente definido y fijado, pero no casuísticamente predeterminado, tarea para la que se confiere libertad al órgano actuante otorgándole un poder discrecional*”.⁶

Luego, conforme a lo indicado, la Administración debe ejercer la potestad discrecional respetando el Ordenamiento Jurídico en su integridad, decidiendo de forma razonable, conveniente, proporcional, oportuna, eficaz y prudente en miras al Bien Común, cuidando no sólo de no incurrir en una ilegalidad sino que también evitando caer en la arbitrariedad.

⁴ Pierry Arrau, P. “El control de la discrecionalidad administrativa”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, Santiago, Chile, 1984 (p. 480).

⁵ Moraga Klenner, C. “La actividad formal de la Administración del Estado. Tomo VII”. En *Tratado de Derecho Administrativo*. Pantoja Bauzá, R. (coordinador), LegalPublishing, Santiago, Chile, 2010 (p. 34).

⁶ Marín Hernández, H. A. “Algunas anotaciones en relación con la *discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano*”. <http://foros.uexternado.edu.co/eoinstitucional/index.php/Deradm/article/viewFile/2582/2222> (pp. 162-163). [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2011].

Además, debemos agregar que la discrecionalidad administrativa comprende “el margen de actuación o interpretación que el ordenamiento otorga a la Administración, que se encuentra en distinto grado en los diferentes elementos de la peculiar estructura de la norma en Derecho Administrativo, que responde a distintos tipos de funciones de los diferentes modos de actuación de la Administración, y cuya correcta atribución y ejercicio se someten a una fiscalización por parte de los tribunales y de otros órganos no jurisdiccionales de control”.⁷

2. La norma jurídica como origen de la discrecionalidad administrativa.

Determinar que una potestad sea absolutamente reglada es algo casi imposible. De igual forma, es muy difícil sostener que la potestad discrecional lo puede ser de manera total, por cuanto en su estructura preceptiva existirán elementos reglados cuya cantidad puede oscilar. Así, podemos concluir que no existiría una categoría de actos discrecionales o reglados 100% puros, sino más bien, actos más o menos reglados y actos más o menos discrecionales.⁸

Luego, la potestad discrecional se genera a raíz de la existencia de una norma jurídica, la cual no es que otorgue, en verdad, un margen de libertad a la Administración Pública (en la aplicación de dicha norma abstracta al caso concreto), sino que es la consecuencia de una remisión normativa consciente. Así, la discrecionalidad no debe entenderse, como antaño, como consecuencia de una laguna legal, cuyo silencio genera la actuación de la libertad de la Administración, sino como el resultado de una decisión meditada. En definitiva la Administración tiene potestad discrecional no porque la ley calle, sino porque ésta así lo desea.⁹

Lo anteriormente indicado se comprende porque la Administración del Estado es una organización compleja diseñada por el Derecho para cumplir fines públicos definidos y, de esta manera, concretizarlos al satisfacer los intereses generales de la ciudadanía.

Sin embargo, ello era comprensible, por cuanto antiguamente se sostenía que la Administración Pública se regía por el principio de la vinculación negativa, conforme a lo cual podía llevar a cabo todo aquello que no estuviera prohibido por ley, de manera tal que se encontraba arraigada la convicción de que la discrecionalidad se caracterizaba por la ausencia de norma que indicara cómo debía actuar la Administración. En este

⁷ Ciriano Vela, C. “*Administración económica y discrecionalidad. Un análisis normativo y jurisprudencial*”. Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2000 (p. 85).

⁸ Bermúdez Soto, J. “*Derecho Administrativo General*”. LegalPublishing, Santiago, Chile, 2011 (p. 111).

⁹ Santa María Pastor, J. A.. “*Principios de Derecho Administrativo. Volumen I*”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, España, 2002 (p. 374).

orden de ideas, la discrecionalidad operaba en todo aquel espacio libre fuera del contexto jurídico reglado y no se subordinaba a la ley ni norma administrativa alguna.¹⁰

Ahora bien, la norma administrativa tiene una estructura lógica interna, que se compone de un supuesto de hecho del caso o conducta y de una consecuencia jurídica que se aplica a tal supuesto de hecho.

En cuanto al primer elemento, vale decir, el *supuesto de hecho*, éste puede estar claramente configurado con una intensa programación normativa, de forma tal que no deje ningún aspecto en la indeterminación (lo que no es muy habitual por la vocación de abstracción de la ley y de entrega de los aspectos técnicos y de detalle a normas de rango infralegal). Aquí hablamos de un supuesto de hecho *perfecto*.

Pero, puede suceder que éste no se encuentre completamente descrito y deba ser objeto de una integración en sede aplicativa¹¹ a través de la potestad normativa de la Administración. En este caso hablamos de un supuesto de hecho *imperfecto*.

Respecto del segundo elemento, esto es, la *consecuencia jurídica*, ésta puede encontrarse claramente determinada en la norma en forma unívoca, pero también puede suceder que se permita al operador del derecho optar entre dos o más consecuencias jurídicas igualmente válidas.

De lo anteriormente indicado, concluimos que la discrecionalidad administrativa se puede presentar (de distintas formas) respecto de ambos elementos de la norma administrativa, es decir, puede operar tanto en el supuesto de hecho como en las consecuencias jurídicas. Esto, debido a que la elección en caso de construcciones normativas perfectas e integración, cuando no se presente este carácter de completitud (respecto del supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas), posee habilitación normativa de diverso grado.

En definitiva, no puede existir discrecionalidad administrativa fuera del Ordenamiento Jurídico, porque la norma jurídica es precisamente su fundamento y proyección.

3. El lenguaje del Derecho y la discrecionalidad administrativa.

De acuerdo a lo que hemos indicado, la discrecionalidad administrativa proviene de una norma jurídica (y ya no de un espacio vacío carente de programación normativa) compuesta por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Para su creación y aplicación, esta norma administrativa requiere de su expresión a través del lenguaje del Derecho.

El lenguaje del Derecho se caracteriza por su vaguedad, ambigüedad y textura abierta (que admite una interpretación tanto restrictiva como extensiva). Se perfilan en esa

¹⁰ Sesin, J. D. "Administración Pública. Actividad reglada, discrecionalidad y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial". Editorial Lexis Nexis-Depalma, Buenos Aires, Argentina (pp. 59-60). Cit. por Saavedra Fernández, R. "Discrecionalidad Administrativa". LegalPublishing, Santiago, Chile, 2011 (p. 9).

¹¹ Saavedra Fernández, R. "Discrecionalidad Administrativa". Op. cit. (p. 19).

postura, zonas de certeza y zonas de incertidumbre y ello influye en la complejidad del proceso de interpretación que conduce a que los administradores y jueces tengan que crear la norma concreta aplicable al caso.¹²

A ello se suma la imposibilidad que tiene el legislador para predeterminar todas las conductas posibles de la Administración (y por cierto, también, de los jueces) dejando un ancho cauce para que la discrecionalidad se manifieste tanto frente a la presencia de normas incompletas o vacíos normativos, como de las denominadas delegaciones.¹³

Así, se reconoce una importancia capital al lenguaje del derecho en la creación y aplicación de la norma administrativa y en el ordenamiento jurídico en general. Sin embargo, no se puede desconocer que éste, como todo fruto de la creatividad humana, puede adolecer de imperfecciones, que merman la seguridad jurídica de las personas.

Es por ello que en materia administrativa, el constituyente y/o legislador ha instituido deliberada y conscientemente la discrecionalidad administrativa como técnica para integrar supuestos de hecho imperfectos o consecuencias jurídicas que pudieren adolecer de errores, imprecisiones, vaguedades o vacíos en su formulación.

De este modo, la Administración del Estado frente a estas normas administrativas realiza una labor interpretativa o integradora con el fin de completar los componentes imperfectos de dichas normas, por lo tanto, no sólo aplica el Derecho sino que también lo crea. Esto ocurre porque resulta imposible que las normas puedan predeterminar totalmente la conducta a seguir por los órganos del Estado ni establecer los supuestos de hecho normativos que conduzcan a su aplicación automática,¹⁴ habida cuenta también de los escollos derivados de la estructura del lenguaje que se han señalado.¹⁵

4. El lenguaje del Derecho y elementos necesarios en la norma administrativa.

Por lo general, las imprecisiones del lenguaje del Derecho utilizado al formular una norma jurídico-administrativa que autoriza a un órgano para hacer uso de su potestad discrecional, se traducen en márgenes extensos que habilitan a la entidad competente para tomar decisiones que pudieren traspasar los límites de la juridicidad y generar (y erróneamente justificar) actuaciones arbitrarias, es decir, decisiones antojadizas, caprichosas, no razonables y que carecen de sustento normativo jurídico. De esta

¹² Cassagne, J. C. "La Discrecionalidad Administrativa". <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf> (p. 4). [Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2011].

¹³ Cassagne, J. C. "La Discrecionalidad Administrativa". Op. cit. (p. 5).

¹⁴ Puede hablarse de *automatismo aplicativo* cuando la norma que regula la actuación administrativa delimita de forma estricta y cerrada la aplicación de la misma por el Estado Administración. Gallego Anabitarte, A.; Menéndez Rexach, Á. "Acto y Procedimiento Administrativo". Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, España, 2001 (p. 84). Énfasis añadido.

¹⁵ Cassagne, J. C. "La Discrecionalidad Administrativa". Op. cit. (p. 6).

manera, las imprecisiones de lenguaje en la formulación de la norma administrativa constituyen, per se, amenazas latentes a la seguridad jurídica de los administrados.

Por lo antedicho, es menester la existencia de ciertos elementos que deben estar correctamente presentes en la norma administrativa para asegurar el verdadero encauce de los actos discrecionales de la Administración dentro de la juridicidad y de esta forma ayudar en el control de Estos, ya sea en sede administrativa o judicial.

Es interesante al respecto citar cierto orden de ideas planteadas por el destacado autor finlandés Georg Henrik von Wright.¹⁶

Este filósofo realizó una gran tarea al elaborar los componentes de las normas jurídicas. Señala que una de las formas de uso del lenguaje en el Derecho es el “directivo o prescriptivo”. Mediante las normas prescriptivas, se propone dirigir el comportamiento o inducir a que se adopte una determinada acción.

Los componentes de las normas jurídicas, según Von Wright, son los siguientes:

El carácter. El carácter que tiene una norma está establecido en función de que la norma se dé para que algo deba, no deba o pueda ser hecho.

Cuando la norma se da para que algo deba hacerse, la norma es de *obligación*. En el caso de que la norma se formule para que algo no deba hacerse, la norma es *prohibitiva*.

Cuando la norma tiende a que algo pueda hacerse, su carácter es *permisivo*.

Luego, generalmente encontramos que en las normas jurídicas *permisivas*, opera la *discrecionalidad administrativa*.

Para una buena técnica normativa, es fundamental el carácter, pues a través de éste se limita el objeto de la aplicación de esta norma, y se encausa al órgano administrativo en el uso eficiente y eficaz de su potestad discrecional.

El contenido. Es lo que una norma declara prohibido, obligatorio o permitido, es decir, acciones/omisiones (v. gr., incumplir un plazo) o actividades (beber en la vía pública, botar basura en los ríos, conducir a exceso de velocidad).

El contenido de la norma, sea acción/omisión o actividad, nos lleva a conocer, tal como lo señalaba Von Wright, el resultado de la norma. Además, el contenido en la norma brinda certeza jurídica, tanto para la Administración como para los administrados.

La condición de aplicación. Es la circunstancia que tiene que darse para que exista una oportunidad de realizarse el contenido de la norma. Respecto de la condición de aplicación, las normas se clasifican en categóricas e hipotéticas.

Son categóricas aquellas normas que sólo suponen las condiciones para que haya posibilidad de realizar su contenido. En esta situación, las condiciones surgen del mismo

¹⁶ Von Wright, G. H. “Norma y acción. Una investigación lógica”. Tecnos, Madrid, España, 1970.

contenido. Por ejemplo el art. 118 de la Ley N° 18.834 dispone que: “El funcionario tendrá derecho a asignaciones familiares y maternal, según la legislación vigente”. Esto, pues se supone la existencia de otras normas o cuerpos jurídicos regulatorios.

En cambio, son hipotéticas las normas que, aparte de las condiciones de aplicación que permiten una oportunidad para la realización de su contenido, prevén condiciones adicionales que no se inferen de su contenido. Ejemplo: “En caso de emergencia, podrá contratar personal transitoriamente...”

Luego, la discrecionalidad administrativa, dado su carácter de elección, opera en normas hipotéticas.

Autoridad. La autoridad de una prescripción es el agente que la emite o la dicta. Mediante este elemento identificamos al órgano administrativo que tiene “competencia”.

Sujeto normativo. Los sujetos de la prescripción son los agentes que son destinatarios de ella.

Por sus sujetos, las normas pueden clasificarse en particulares, cuando se dirigen a uno o varios agentes determinados, y generales, cuando sus destinatarios componen una o varias clases de agentes indeterminados por medio de una descripción.

La ocasión. Es la localización espacial o temporal en que debe cumplirse el contenido de la prescripción.

La promulgación. Es la formulación de la prescripción. Consiste en expresarla mediante un sistema de símbolos para que el destinatario pueda conocerla. No debemos confundir aquí el sentido que le da Von Wright a la palabra *promulgar* con aquel que se entrega habitualmente respecto de los textos jurídicos. No obstante lo anterior, es bastante discutible que sea un elemento de la norma, más bien obedece a la técnica normativa misma.

La sanción. Es la amenaza de un daño que la autoridad normativa puede agregar a la prescripción para el caso de incumplimiento. Está presente fuertemente en las normas prescriptivas.

Para Von Wright, los 3 primeros componentes constituyen el *núcleo normativo*, por cuanto se trata de la estructura lógica que debe tener una norma prescriptiva. Estos componentes en la norma administrativa en que opera la discrecionalidad administrativa, no pueden faltar, ya que son esenciales para su configuración.

Debemos recordar que el fenómeno de la discrecionalidad administrativa en algunos casos permite a la Administración elegir entre *actuar y no actuar* (discrecionalidad de actuación), mientras que en otros configura una libertad de opción, permitiéndole escoger la solución entre varias alternativas igualmente justas (discrecionalidad de elección).

Cuando se trata de una discrecionalidad de actuación generalmente estamos en presencia de una discrecionalidad administrativa que opera en el supuesto de hecho de la norma administrativa. Aquí, deben consignarse en la norma jurídica administrativa los

componentes que se denominan *el núcleo normativo* (carácter, contenido, condición de aplicación), más el componente *autoridad*, pues se debe señalar el órgano competente en razón del principio de juridicidad.

Cuando se trata de la discrecionalidad de elección producto de que la discrecionalidad administrativa opera en las consecuencias jurídicas de la norma, además de los elementos señalados debe establecerse el componente *sanción* porque obedece a las opciones facultativas o alternativas que se ofrecen al órgano competente para su decisión.

5. La tecnicidad vinculante como límite a la discrecionalidad administrativa.

Sin perjuicio de que estén presentes en el diseño de la norma administrativa, que abre paso a la discrecionalidad administrativa, todos los elementos que consideramos necesarios dentro de una buena técnica normativa, probablemente pueden plantearse situaciones en que no baste la sola construcción (que se estime correcta) del precepto administrativo.

Esto ocurre porque puede suceder que a pesar de ello la discrecionalidad administrativa posea demasiada laxitud, pudiendo encubrir (o permitir generar) situaciones de dudosa juridicidad y, más concretamente, de arbitrariedad, que intenten justificarse en la norma administrativa y el reconocimiento de la potestad discrecional de la autoridad administrativa pertinente. Sin embargo, para descartar esta situación, la discrecionalidad, por muy lata que sea, debe ser motivada, situación que no es posible encontrar en la arbitrariedad.

De esta manera, la motivación¹⁷ en la actividad de la Administración del Estado responde a dos consideraciones que son consecuencia del Estado Servicial, Democrático y de Derecho. En primer lugar, se refiere a que permite que los interesados se den cuenta claramente del alcance de la decisión y, por ende, puedan eventualmente ocurrir a la vía recursiva administrativa o judicialmente. Así, la motivación entrega los elementos esenciales que permiten al interesado formular correctamente los motivos del recurso a la autoridad que sea competente para resolver. A esto el jurista italiano Miguel Taruffo denomina “concepción endo-procesal de la motivación”.

En segundo lugar (utilizando igualmente la terminología de Taruffo), se emplea la *función extraprocesal o política de la motivación*, conforme a la cual ésta se establece como una respuesta a la necesidad de controlar democráticamente a la Administración.¹⁸

Luego, una de las soluciones posibles a la laxitud de la discrecionalidad administrativa, cuando se emplea, es la creación de órganos administrativos de carácter consultivo,

¹⁷ Camacho Cepeda, G. “La actividad sustancial de la Administración del Estado. Tomo IV”. En *Tratado de Derecho Administrativo*. Pantoja Bauzá, R. (coordinador), LegalPublishing, Santiago, Chile, 2010 (p. 49).

¹⁸ Camacho Cepeda, G. “La actividad sustancial de la Administración...”. Op. cit. (p. 50).

informativo, pero vinculantes, para que en definitiva pudieren determinar objetiva y técnicamente cuando estamos en casos, v. gr., de *peligro, emergencia, grave riesgo*, de forma tal que, mediante este informe, se vincule, encuadre y encauce a la autoridad administrativa en el correcto ejercicio de la potestad discrecional en virtud de la norma jurídica que lo habilita.

No obstante lo anterior, estos conglomerados administrativos existían y existen, v. gr., Consejo Consultivo Nacional de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) y los Consejos Consultivos Regionales de las Comisiones Regionales del Medio Ambiente (COREMAs) en la antigua organización administrativo-ambiental (actuales Consejo Consultivo Nacional del Ministerio del Medio Ambiente y Consejos Consultivos Regionales del Medio Ambiente, artículos 74 letra d), 76 y 78 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente), los que dentro de sus tareas absolvían consultas y emitían informes respecto de determinados asuntos de naturaleza ambiental, pero que al no otorgárseles carácter obligatorio y vinculante, se perdía toda la virtuosidad de estos esfuerzos técnico-multidisciplinarios aplicables a la materia de que se tratara.¹⁹⁻²⁰

Otra técnica utilizada por el legislador para delimitar la discrecionalidad administrativa (y jurisdiccional) al momento de interpretar y aplicar las normas jurídicas que pueden entenderse que entregan una amplitud excesiva (o difusa) al ejercicio de las potestades discrecionales de determinados órganos, es la de fijación legal de conceptos. Esto sucede, por ejemplo, en la señalada Ley N° 19.300 la que, en su artículo 2°, establece *para todos los efectos legales*²¹ un catálogo de definiciones que precisarán la interpretación, uso y aplicación de las instituciones señaladas en el precepto, otorgando una mayor certeza jurídica en la aplicación del Ordenamiento Jurídico al caso concreto.

Sin embargo, esta última técnica de delimitación y encauce de la potestad discrecional, tiene el inconveniente propio de toda norma jurídica de esta índole, ya que su carácter limita demasiado al intérprete causando una rigidez negativa en la aplicación de la norma jurídica para la solución de casos concretos.

Con todo, la construcción de la norma y, en concreto, su arquitectura, debe ser lo más prolija posible, no basta que el supuesto de hecho o algunos elementos integrantes de su estructura estén presentes, sino que estos lo estén de la forma más correctamente delimitada y precisa posible, situación que igualmente debe ocurrir respecto de las consecuencias jurídicas.

Así, supuestos de hecho y consecuencias jurídicas consignadas de la mejor manera conllevarán a la existencia de un acto administrativo lo más perfecto posible, lo que

¹⁹ Esto se concluía, al aplicarse supletoriamente, los artículos 37 y 38 de la Ley N° 19880 sobre Base de Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, conforme a los cuales se entendía que no eran vinculantes para el órgano solicitante.

²⁰ Podemos citar también el caso del Consejo Consultivo del AUGE, establecido en los artículos 20 y siguientes de la Ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud.

²¹ Por su parte, esta norma no podría aplicarse al ámbito infralegal, ya que está establecida para todos los efectos *legales*, sin perjuicio que la complementación y pormenorización de la ley requiere del reglamento.

hará disminuir las probabilidades de ejercicio incorrecto de la discrecionalidad administrativa o de dictación de decisiones arbitrarias.²²

En definitiva, la regulación debe ser completa y de calidad, lo que llevará a una correcta y justa aplicación de las consecuencias que en Derecho correspondan, como también, servirá para evitar situaciones antijurídicas e indeseadas.

La discrecionalidad administrativa de los órganos de la Administración del Estado que opere dentro de márgenes razonables conducirá al fin de dar mayor certeza jurídica en la aplicación del Derecho a los administrados.

Por lo tanto, es de capital importancia una buena estructuración de la discrecionalidad administrativa, pues una correcta técnica normativa constituye el primer eslabón en la juridicidad de la aplicación de la misma. El Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa.²³

Sin embargo, como todas las creaciones humanas son siempre perfectibles pero difícilmente perfectas, es muy probable que siempre existan defectos en la norma administrativa que incidan en la aplicación de la discrecionalidad administrativa, pero esto no debe conformarnos, porque siempre deberemos impulsar que sean menores las posibilidades de fallas. Por esto, es tan importante que el elemento técnico dentro de la construcción normativa de la discrecionalidad administrativa, por parte del legislador y de la Administración, sea tan gravitante.

Bibliografía

- BERMÚDEZ SOTO, JORGE. *“Derecho Administrativo General”*. LegalPublishing, Santiago, Chile, 2011.
- Camacho Cepeda, GLADYS. *“La actividad sustancial de la Administración del Estado. Tomo IV”*. En *Tratado de Derecho Administrativo*. Pantoja Bauzá, R. (coordinador), LegalPublishing, Santiago, Chile, 2010.
- CARRASCO FUENTES, PABLO. *“Resolución de Calificación Ambiental e Incumplimiento: Aspectos Normativos y Proyecciones”*. Ponencia presentada por el autor en las *III Jornadas Australes de Medio Ambiente y Derecho*, realizadas los días 6 y 7 de octubre de 2011, Universidad Austral de Chile.
- CASSAGNE, JUAN CARLOS. *“La Discrecionalidad Administrativa”*. <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20>

²² Carrasco Fuentes, P. *“Resolución de Calificación Ambiental e Incumplimiento: Aspectos Normativos y Proyecciones”*. Ponencia presentada por el autor en las *III Jornadas Australes de Medio Ambiente y Derecho*, realizadas los días 6 y 7 de octubre de 2011, Universidad Austral de Chile.

²³ García de Enterría, E.; Fernández, T. R. *“Curso de Derecho Administrativo”*. Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, 2001 (p. 440).

- [administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf](#) [Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2011].
- CIRIANO VELA, CÉSAR. *Administración económica y discrecionalidad. Un análisis normativo y jurisprudencial*. Editorial Lex Nova, Valladolid, España, 2000.
- GALLEGU ANABITARTE, ALFREDO; MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL. *Acto y Procedimiento Administrativo*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, España, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, 2001.
- MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO ALBERTO. “Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano”. <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/Deradm/article/viewFile/2582/2222N> [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2011].
- MORAGA KLENNER, CLAUDIO. *La actividad formal de la Administración del Estado. Tomo VII*. En *Tratado de Derecho Administrativo*. Pantoja Bauzá, R. (coordinador), LegalPublishing, Santiago, Chile, 2010.
- PALACIOS IBARRA, JUAN FRANCISCO. *El control de la discrecionalidad administrativa*. http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2002/15/15_Control_de_Discrecionalidad_Administrativa.pdf [Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2011].
- PIERRY ARRAU, PEDRO. “El control de la discrecionalidad administrativa”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11, Santiago, Chile, 1984.
- SAAVEDRA FERNÁNDEZ, RUBÉN. *Discrecionalidad Administrativa*. LegalPublishing, Santiago, Chile, 2011.
- SANTA MARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Principios de Derecho Administrativo. Volumen I*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, España, 2002.
- VON WRIGHT, GEORG HENRIK. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Tecnos, Madrid, España, 1970.