

Huepe Artigas, Fabián, *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad* (Santiago, Thomson Reuters, 2018) 525 páginas.

"...este libro ha abierto el camino con renovado impulso, y quizás nos permita surcar en el Derecho Administrativo chileno, en esa comunión de legislación, jurisprudencia doctrina y Derecho vivo, nuevos senderos para la médula de la actuación de la Administración y de su control: la discrecionalidad..."

Ofrezco, en formato de recensión, el prólogo contenido en dicho libro, al que he agregado algunos subtítulos y correcciones formales.

El tema del libro: la discrecionalidad. La lucha por el derecho no solo es obra de las reglas (de la ley); es también obra de la jurisprudencia y de la doctrina. Y si hay un tema en el que la ley precisamente ha guardado sospechoso silencio en nuestro país es el de la discrecionalidad de la actuación de los órganos administrativos, de su contorno y de su control. Para poder llevar adelante una de las batallas más relevantes de toda democracia y Estado de Derecho ha habido que hurgar entremedio de diversos rincones de los enunciados constitucionales y legales, a través de una obra lenta, a veces incoherente y contradictoria, de la jurisprudencia administrativa y judicial. De ahí la relevancia de este libro de Fabián Huepe Artigas, que contiene su brillante tesis doctoral, aprobada con los máximos honores en 2016, por un exigente tribunal doctoral.

El tema de la discrecionalidad de la actuación de la Administración, que es la médula de este libro, está conectado de un modo directo, como todo el Derecho Administrativo, con el Estado de Derecho, que es la cláusula y supra-valor jurídico inescindible de nuestra democracia, sin el cual esta pierde su esencia jurídica. No puede olvidarse que el Estado de Derecho está compuesto de tres bases jurídicas, las que enmarcan y

limitan la actividad administrativa: i) la separación de poderes, que se traduce en el control judicial sobre toda la actividad administrativa; ii) el llamado "principio" de juridicidad (que se suele confundir en nuestra legislación y tradición doctrinaria y jurisprudencial con la mera legalidad), el que se hace realidad en el Derecho Administrativo mediante la técnica de la configuración de potestades administrativas, a través de leyes concretas, de lo que fluye que son tipificadas; y iii) la garantía de los derechos y dignidad de los ciudadanos, que en Derecho Administrativo se materializa en los derechos subjetivos públicos de los administrados, los cuales no deben ser lesionados por la Administración.

Los dos momentos de las potestades administrativas. Toda potestad administrativa tiene un primer momento vinculado a la legalidad estricta, pues es un poder jurídico conferido por una ley específica, potestad que siempre –de acuerdo al haz de juridicidad– es otorgada en consideración a un fin, a una función; de ahí que su segundo momento, el del ejercicio de la misma, queda abierto a un examen que va más allá de la pura ley previa. Por tanto, existiendo una potestad administrativa, conferida con algún motivo cercano o que diga razón con la función de interés público propia de la actuación administrativa, dicho ejercicio será legítimo en la medida que la potestad administrativa haya sido ejercida unida a un motivo que diga razón con la función de interés público; de otro modo el acto respectivo debe considerarse ilegal o arbitrario, según los casos. Si la Administración, entonces, desborda el marco tipificado por el legislador como potestad legítima, incurre en exceso o abuso de poder. Si la Administración va más allá aún, y actúa de manera antojadiza, por mero capricho, su actuación es ar-

bitraria. Uno de los mayores desafíos de la actuación administrativa, y de su control, es evitar traspasar u observar si se ha traspasado la delgada línea que separa la arbitrariedad de la discrecionalidad. Solo el ámbito de la discrecionalidad constituye, entonces, un margen de actuación legítima para la Administración.

El autor construye una nueva teoría jurídica. El autor ha construido de manera completa una respuesta propia de jurista a este problema que está en la médula de la disciplina, ofreciendo una teoría original de la discrecionalidad administrativa. No se trata entonces este libro solo de una revisión exhaustiva de la doctrina comparada y propiamente chilena sobre la materia de la discrecionalidad; ni sólo de una revisión exhaustiva de las más notables sentencias de la Corte Suprema y de los más destacables dictámenes de la Contraloría General de la República (jurisprudencia judicial y administrativa, respectivamente, en nuestra jerga usual); ni solo de un esfuerzo por situar dogmáticamente la materia en medio de la lagunosidad de los enunciados normativos vigentes (en especial, de la Constitución y de las leyes de naturaleza administrativa más relevantes). Está a la vista que en este notable libro el autor realiza esas tres tareas con brillantez, pues primero describe el *factum* de la discrecionalidad y en seguida realiza una búsqueda completa de todos los datos doctrinarios, jurisprudenciales y normativos sobre la materia. Pero aun cuando este texto solo se hubiese dedicado a esas tareas, bien rutinarias y necesarias en la ciencia jurídica, habría pasado a engrosar el cúmulo de páginas que ofrece hoy la doctrina nacional y comparada sobre el tema, muchas veces sin novedad alguna, cumpliendo así la pausada y pesada carga de un mero repetidor de páginas ajenas, adornadas de datos jurisprudenciales y legales del caso.

Lo que se ofrece en este libro es mucho más que eso y es lo que le distin-

gue de toda otra aportación reciente de nuestra literatura jurídica, por mucho que esa literatura haya cumplido un estándar básico como para merecer tal denominación. El autor construye una verdadera y completa teoría de la discrecionalidad administrativa. Y esto es algo que cabe celebrar como un hito en nuestra disciplina. Para ello, el autor, como en toda teoría dogmática ofrece un desarrollo estrictamente apegado a un derecho vigente (compuesto de datos normativos y principios: valores), y no como una mera especulación filosófica; enseguida, la dota de un nombre (la llama "teoría del control jurídico pleno de la discrecionalidad administrativa"), de unos fundamentos valóricos de fondo que describe en coherencia con sus contornos constitucionales y legales, todo lo cual le sirve de base suficiente para ponerse con prestancia dogmática de frente a toda otra aportación doctrinaria y de todo el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, el que revisa con exhaustividad.

Diagnóstico y denuncia. En efecto, el autor aclara desde un inicio la escena actual o el *factum* de la discrecionalidad administrativa mediante diversos ejemplos jurisprudenciales. Su diagnóstico es certero en cuanto a observar lo que podría llamarse una especie de perplejidad doctrinaria y jurisprudencial en la materia; su desarrollo de la jurisprudencia es, más bien, una verdadera *denuncia* de la dispersión y anarquía que impera al respecto. Todo ello, observa con ojo avizor, es el reflejo no solo de la inexistencia de unos tribunales del contencioso administrativo con competencia general y supletoria de lo administrativo en nuestro país; es también el reflejo de una *anomia* legislativa, pues en nuestro ordenamiento constitucional y legal no está configurada de manera concreta y asertiva la prohibición de la arbitrariedad como un canon de la actuación administrativa, sino que la figura elegida es otra: una más genérica e hiperpositivista: la de la "ilegalidad", que puebla nuestra normativa

como sinónimo de antijuridicidad. Como si todos los valores sociales y jurídicos estuviesen en la pura ley; como si toda fuente de antijuridicidad estuviese en la pura ley y no hubiese otra fuente del derecho (como si no existiesen en nuestra democracia los principios generales del derecho, que son vehículo de valores y fuentes del derecho). En otras palabras, en nuestro sistema legislativo pareciera que fuese la ley (la "legalidad") la única fuente que sirve para contrastar la juridicidad de una actuación discrecional. Pero eso es cerrar los ojos.

Ello ha obligado durante décadas a los intérpretes a intentar diversos caminos colaterales, ya sea argumentando mediante la reunión de diversas partículas legislativas, de aquí, allá y acullá (así lo hace el autor) para lograr configurar un cúmulo de valores antitéticos con toda arbitrariedad, los que deben ser respetados por la Administración y así ser presentados ante el juez para que, en virtud de ellos y no de un enunciado categórico, declare la invalidez de esa actuación. No existe en nuestro país el camino directo para recurrir a un solo enunciado constitucional o legal que declare a todos los vientos de manera clara y específica que "la interdicción de la arbitrariedad es un canon y prohibición para toda actuación de la Administración" y que nos permita separar claramente los conceptos de arbitrariedad y discrecionalidad. Un enunciado así habría impedido e impediría para el futuro que se pueda seguir sosteniendo, impunemente, a veces por doctrina o jurisprudencia, que las potestades de la Administración, dado que son discrecionales, quedan inmunes a todo control, y negarse nuestros tribunales, como se han negado en muchas

más oportunidades de las que soporta un Estado de Derecho sano, a realizar un control de todas esas actuaciones.

Por cierto que entre nosotros se abre camino, poco a poco, en la jurisprudencia (pero con cierta lentitud y escepticismo en la doctrina) el recurso a los principios generales del Derecho, como sustituto democrático de la pura legalidad para el control de la discrecionalidad, como lo deja en evidencia este libro.

Distinguir discrecionalidad de arbitrariedad. Toda potestad y actuación administrativa es *per se* discrecional; pero, como señala con entera razón el autor, si bien la existencia de potestades discrecionales es de total naturalidad en nuestro sistema, ello no implica la ausencia de control de dichas actuaciones para revisar su completa razonabilidad o proporcionalidad, ni cabe confundir la discrecionalidad con el mérito o conveniencia de la actuación administrativa.

Como se ve, por su tema y por su contenido este es un libro importante. Sin dudas, ha abierto el camino con renovado impulso, y quizás nos permita surcar en el Derecho Administrativo chileno, en esa comunión de legislación, jurisprudencia doctrina y Derecho vivo, nuevos senderos para la médula de la actuación de la Administración y de su control: la discrecionalidad; y así poder desarrollar con paso seguro, en un futuro próximo, la teoría que nos propone el autor. Es un buen apronte la notoria conexión de la teoría que propone y desarrolla el autor "del control jurídico pleno de la discrecionalidad administrativa" con los valores democráticos.

Alejandro Vergara Blanco
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica de Chile.