

DE LA POTESTAD CONSTITUCIONAL
DISCRECIONAL
DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA
(COMENTARIO CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 1849
DEL 12 DE MAYO DE 2011)

*Nicolás Enteiche Rosales**

1. A propósito de la sentencia rol N° 1849 del TC, la cual declaró la constitucionalidad (de parte) del decreto supremo N° 264 de 2010, nos referiremos al modo en que la Constitución Política dispone que el Presidente de la República puede ejercer la competencia relativa al “gobierno y la administración del Estado” (artículo 24, inciso primero CP) y a la trascendencia de esta facultad en las leyes que la concretasen.

El hecho que motivó el requerimiento de algunos parlamentarios y la sucesiva sentencia fue, en lo pertinente, la emisión por el Presidente de la República de un decreto supremo que contiene el marco para la futura dictación de actos administrativos decisorios y favorables de carácter autorizador, los cuales versarán acerca de la renovación de permisos precarios de radiodifusión televisiva en señal digital.

2. Señala la sentencia, al analizar el origen de la competencia para emitir el decreto supremo cuestionado, que el

“Presidente de la República ha actuado en su carácter de Jefe de Estado y en ejercicio de la autoridad amplia que, en tal calidad, le acuerda directamente la Constitución, para ejercer el gobierno y la administración del Estado”;

para seguidamente definir el concepto de administrar como “ordenar, disponer y organizar la hacienda o los bienes” (considerando décimo).

Aun cuando existen normas legales por las que esta facultad “encuentra expresión” (considerando décimo segundo), como lo son el artículo 15 inciso final de la ley N° 18.168 y el artículo 6° letra f) del decreto ley N° 1.762, el Jefe de Estado en este caso ejerció su autoridad por directa

* Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: nenteicher@udd.cl

habilitación constitucional. Entonces, el principal sostén normativo de la emisión del acto administrativo impugnado es la facultad constitucional de administrar, en este caso “un bien nacional de uso público, cual es el espectro radioeléctrico” (considerando décimo).

3. Por lo antedicho, es necesario delimitar el alcance de que el artículo 24 constitucional conceda al Jefe de Estado “el gobierno y la Administración del Estado”, debiendo su autoridad limitarse a su “acuerdo con la Constitución y las leyes”: creemos que la aludida facultad es de carácter residual, general, y discrecional¹.

Es residual, pues, establece la

“radicación en la Presidencia de la República de las competencias estatales que no están expresamente atribuidas a otro órgano”².

Posee generalidad, ya que no recae respecto de hechos o actos específicos, sino en cuanto a una materia indeterminada, y es discrecional porque el Presidente de la República puede optar por llevar a efecto la mejor medida que estime del caso. Acerca de este último aspecto haremos recaer nuestro comentario.

284

4. La existencia de una competencia discrecional de fuente constitucional redundante en que la ley, salvo expresa excepción de la Carta Fundamental³, debe contemplar opciones o, bien, someter a la ponderación del Presidente la decisión que llevará a la práctica. En otras palabras, la norma legal que faculta al Jefe de Estado para ejercer una competencia debe considerar dos o más opciones entre las que el órgano constitucional puede optar⁴.

¹ En cuanto a este precepto véanse Alejandro SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, pp. 83-93; más sucintamente Emilio PFEFFER URQUIAGA, *Manual de Derecho Constitucional*, pp. 2-5 y 28; Hernán MOLINA GUAITA, *Derecho Constitucional*, pp. 306-307; Carlos CRUZ-COKE OSSA, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, pp. 579-581 y Enrique SILVA CIMMA, *Derecho Administrativo chileno y Comparado: actos, contratos y bienes*, p. 56.

² COMISIÓN ORTÚZAR, *sesión 355*, p. 696.

³ Las excepciones constitucionales se suscitan a partir de las remisiones que la Carta Fundamental hace a “las leyes”, al formular determinadas competencias específicas del Presidente de la República. La ley, como fuente jurídica habilitada de manera expresa por el constituyente, podrá excepcionar la condición de discrecional de las competencias del Jefe de Estado. A modo de ejemplos, tanto el artículo 32 N° 11 al conceder al Presidente la competencia para otorgar jubilaciones, retiros, montepíos y pensiones de gracia, como el artículo 32 N° 14 al encargar al Jefe de Estado la potestad para otorgar indultos particulares, se remiten expresamente a la ley; solo en casos similares a los citados las leyes podrían por excepción constreñir al Presidente de la República a ejercer competencias regladas.

⁴ Ahora bien, dado el análisis en abstracto de la potestad concedida, el TC podría concluir que ella se presta para abuso de la autoridad habilitada a ejercerla. Ocurría lo

Diverso es el análisis del ejercicio de la competencia discrecional por el Presidente. El Jefe de Estado en un caso concreto, al considerar la conveniencia entre dos opciones que sean iguales (ya que si fueran distintas necesariamente tendrá que optar por aquella que es más conveniente), podrá elegir una por sobre otra. La discrecionalidad de las decisiones del Presidente apareja un margen de apreciación respecto de la decisión que se adoptará^{5, 6}.

5. En afinidad con lo anterior, las leyes que expresen las competencias constitucionales del Jefe de Estado, por principio deberán estructurarse al modo de las potestades discrecionales, en otras palabras y como regla general las leyes no debieran limitar las decisiones del Presidente de la República, al imponerle potestades regladas.

El fundamento de lo anterior es constitucional, ya que si la Carta Fundamental obliga directa e inmediatamente (artículo 6° inciso segundo) y uno de sus preceptos confiere a un órgano una competencia sin ligazón con las decisiones que en su virtud puede adoptar (artículo 7° inciso primero), mal podría una ley someterse a ella si excepciona la estructura de la competencia presidencial (artículo 6° inciso primero).

6. Lo anterior también tiene como sustento la autonomía y el consecuente control del que han de ser objeto los organismos constitucionales. La división entre los poderes implica que ellos poseen un compartimento estanco de competencias constitucionales en la determinación de estas atribuciones, el legislador no puede inmiscuirse en la holgura propia que conlleva su ejercicio.

Así, por ejemplo, sería inconstitucional que el legislador pudiera coartar el ejercicio *discrecional* propio de la jurisdicción, otorgado por el

285

antedicho en caso que los parámetros contemplados para su eventual ejercicio revelaran que su praxis será inconstitucional (por ejemplo, en caso que la ley permita al Presidente otorgar indultos a una persona por su sola raza, sexo, estirpe o condición).

⁵ Así lo señala Eduardo García de Enterría: “la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, indiferentes jurídicos”, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, p. 483.

⁶ Véase Tomás Ramón Fernández, quien aborda la motivación entre varias opciones posibles y la obligación de su justificación razonada “una razón de la elección, la que sea, esa razón debe ser plausible, congruente con los hechos de los que necesariamente ha de partirse, sostenible en la realidad de las cosas”. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, p. 586. Véase en Chile a Iván ARÓSTICA MALDONADO, *Cómo y con quién contrata la Administración, la Contraloría General de la República y el Estado de Derecho (conmemoración para su 75° Aniversario de vida institucional)*, p. 309 e Iván ARÓSTICA MALDONADO, “De la adjudicación en los contratos administrativos”, pp. 172-175.

artículo 76 de la Constitución a los tribunales de justicia⁷; también sería anticonstitucional que se acotara una atribución *discrecional* constitucional otorgada por la Constitución a las municipalidades en cuanto a la libertad de asociación conferida por el artículo 118 inciso cuarto de la CP⁸.

7. De igual forma a como destacamos la mayor flexibilidad decisoria en el ejercicio de competencias discrecionales, debemos remarcar que éste debe estar sujeto a revisión por uno o varios organismos imparciales e independientes en cuanto a sus supuestos y elementos. Las potestades, en especial aquéllas que implican una elección por un órgano administrativo, deben ser sometidas a un control que aborde la inexistencia del abuso de la discrecionalidad y la consecuente aparición de la arbitrariedad⁹.

Y es que en Chile existe un principio por el cual todo acto administrativo puede ser controlado por un tercero ajeno a su emisión¹⁰, incluso de oficio, como alguna vez planteamos¹¹. En virtud al anterior axioma, y de acuerdo con el principio de juridicidad, hasta las decisiones discrecionales

286

⁷ Una minoría del TC estimó que el deber de aplicar una indemnización, con parámetros mínimos y máximos, a una hipótesis de hecho específica “constriñe severamente las facultades jurisdiccionales de los tribunales de justicia de conocer de las causas civiles, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, en los términos que tutela el artículo 76 de la Constitución Política de la República. Ello en atención a que el legislador asume el rol propio de un órgano jurisdiccional al determinar a priori y desde ya, sin consideración a los antecedentes fácticos ni gravedad de la conducta, una sanción en términos tales que el juez debe verse obligado a aplicar la misma automáticamente en tanto se den los presupuestos que ha previsto la norma en cuestión (...)”, TC, 2009, disidencia a sentencia rol N° 1564 (punto 7°).

⁸ En sede de control preventivo, el TC declaró inconstitucional una ley que prescribía que un órgano administrativo sancionaría con la sola exclusión de un registro de asociación de municipalidades, a las municipalidades cuando ellas incumplieran con sus estatutos o, bien, si omitían su comunicación al organismo sancionador, señaló el tribunal que esta norma infringía “la autonomía de las Municipalidades y su facultad esencial de poder asociarse entre ellas, obteniendo personalidad jurídica, conculcando con ello el artículo 118, incisos cuarto y sexto, de la Constitución Política, por lo cual dicha disposición del proyecto será declarada inconstitucional”, TC, 2011, sentencia rol N° 2027, considerando decimocuarto.

⁹ Es en este punto que los autores españoles Tomás Ramón Fernández, Luciano Parejo Alfonso y Miguel Sánchez Morón han debatido la procedencia e intensidad del control de las “decisiones discrecionales administrativas”, por todos véase la ordenada y útil recensión y opinión de Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ, “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, pp. 5-22 y en Chile, de Rubén SAAVEDRA FERNÁNDEZ, *Discrecionalidad administrativa: doctrina y jurisprudencia*, pp. 62-73.

¹⁰ Reconocido expresamente por el TC, 2011, sentencia rol N° 2009 (considerandos trigésimo primero y trigésimo segundo).

¹¹ Nicolás ENTEICHE ROSALES, “Autorización judicial previa e impugnación supuesta de la actuación administrativa: nuevos elementos del debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

del Presidente pueden ser controladas en todo cuanto puedan infringir el artículo 7° constitucional y a los supuestos del acto administrativo (motivación de hecho y derecho, objeto y finalidad)^{12, 13}.

8. Por lo señalado, la Constitución ha preferido respetar el ámbito decisorio de algunos órganos que ella creó, separándolos de la intervención de otros; sólo con posterioridad al ejercicio de la competencia, y a modo de contrapeso natural, la Carta los somete al escrutinio de un tercero imparcial para que sea éste quien vele por la sujeción a Derecho del primero.

A modo de corolario: ya olvidado el tiempo en que la actuación de la Administración del Estado chilena no estuvo sujeta a control y dejada en el olvido la época en que los decretos del Presidente de la República no se vieron sujetos a reales resguardos jurídicos, podemos afirmar sin reparos extrajurídicos, que las facultades de gobernar y administrar del Jefe de Estado son y deben expresarse en potestades discrecionales, pero a la vez siempre deben ser controladas.

Bibliografía

- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, *Cómo y con quién contrata la Administración, la Contraloría General de la República y el Estado de Derecho (conmemoración para su 75° Aniversario de vida institucional)*, Santiago, Contraloría General de la República, 2002.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, "De la adjudicación en los contratos administrativos", en *Actualidad Jurídica*, N° 15, Santiago, 2007.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 5, Madrid, 1995.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, "El control de la discrecionalidad administrativa", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVII, Valparaíso, 1996.
- CALDERA DELGADO, Hugo, "Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, N° 2, Santiago, 1989.
- CEA EGAÑA, José, "Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, Santiago, 1984.

287

¹² Es esto lo que impide "que al amparo de la discrecionalidad surja la arbitrariedad". Cfr. SILVA CIMMA, *op. cit.*, p. 70.

¹³ En cuanto a qué se controla en Chile, véanse SAAVEDRA, *op. cit.*, pp. 75-89; Jorge BERMÚDEZ SOTO, "El control de la discrecionalidad administrativa", pp. 278-281, Hugo CALDERA DELGADO, "Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa", p. 424; José CEA EGAÑA, "Hermenéutica constitucional, soberanía legal y discrecionalidad administrativa", p. 15; Pedro PIERRY ARRAU, "El control de la discrecionalidad administrativa", pp. 165-183.

- COMISIÓN ORTÚZAR, *sesión N° 355*, disponible en: www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_X_Comision_Ortuzar.pdf, consultada el 26 de julio de 2012.
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos, *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*, Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2009.
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás, “Autorización judicial previa e impugnación supuesta de la actuación administrativa: nuevos elementos del debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en revista *Ius et Praxis*, vol. 18, N° 1, Talca, 2012.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 80, ciudad, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 15ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 2011, t. I.
- MOLINA GUAITA, Hernán, *Derecho Constitucional*, 6ª ed., Santiago, Editorial LexisNexis, 2006.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Manual de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Ediar ConoSur Ltda., 1990, t. 2.
- PIERRY ARRAU, Pedro, “El control de la discrecionalidad administrativa”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, N° VIII, Valparaíso, 1984.
- 288 SAAVEDRA FERNÁNDEZ, Rubén, *Discrecionalidad administrativa: doctrina y jurisprudencia*, Santiago Abeledo Perrot, 2011.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, t. v.
- SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y Comparado: actos, contratos y bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.
- TC, 2009, rol 1564, 7 de diciembre de 2010.
- TC, 2011, rol 2009, 4 de agosto de 2011.
- TC, 2011, rol 2027, 26 de julio de 2011.