

## Sobre la revisión judicial de la discrecionalidad administrativa

CARLOS ISENSEE RIMASSA

Licenciado en Cs. Jcas. y Sociales

U. DE CHILE

Magister (c) en Derecho con mención en Derecho Público

U. DE CHILE

**RESUMEN:** En el presente artículo se analiza de qué manera la Excma. Corte Suprema ha entendido el control que le corresponde ejercer, respecto de los actos administrativos. Para lo anterior, analizaremos el razonamiento detrás de los votos de mayoría y minoría del caso “Ciclovías” (rol 2272-2013), ya que ambos expresan dichas perspectivas, que por lo demás resultan opuestas. A raíz de ello, se examinará en qué consiste un control de la motivación versus un control de mérito o conveniencia del acto administrativo, para luego explorar el rol que cumple el procedimiento administrativo para el control judicial que, sobre el acto, se ejerce. Posteriormente, nos detendremos en cuáles serían los límites de conocimiento que los jueces deberían respetar al momento de efectuar un control sobre el acto administrativo en un caso como “Ciclovías”, desde el punto de vista de García de Enterría y Parejo Alfonso, para luego compararlo al caso Nuevo Ciudad Este (Francia). Finalmente, explicaremos el razonamiento del voto de minoría del caso “Ciclovías” desde la evolución del Derecho Administrativo en Chile, para finalizar con el rol que, entendemos, le cabría a la Contraloría General de la República.

\* \* \*

### 1. Introducción

Las lógicas de control de la discrecionalidad administrativa, y que se traducen en cómo son entendidas las acciones de impugnación de los actos administrativos, se pueden explicar por el grado de deferencia que de esta tengan los jueces. Ejemplo de ello lo encontramos en los votos de mayoría<sup>1</sup> y minoría –y así tam-

<sup>1</sup> La redacción del voto de mayoría estuvo a cargo del Ministro Sergio Muñoz, SCS rol 2272-2013. Podría llamar la atención que la Ministro Sandoval haya votado a favor de la acción de protección, esto es, que haya seguido el razonamiento del Ministro Muñoz y no el del Ministro Pierry. Con todo, en opinión del suscrito, y luego de un somero análisis de la jurisprudencia de la Tercera Sala desde que el Ministro Muñoz dejó de integrarla (por asumir como Presidente del Máximo Tribunal), la Ministro Sandoval ha seguido, en gran parte, el razonamiento del Ministro –y hoy ex presidente de la 3ª Sala– Pierry. En efecto, dicho cambio lo podemos advertir desde el Caso Mackenna, SCS 1079-2014, de 30

bién lo decido por la I. Corte de Apelaciones de Rancagua– dados por la Corte Suprema en el caso Ciclovías. Lo anterior, ya que –como se explicará– dichas lógicas de deferencia son disímiles y obedecen a distintos modelos de cómo es entendido el rol del control de la judicatura, respecto de la discrecionalidad contenida en un acto de la Administración.

Al respecto, debemos tener presente que en el caso Ciclovías se impugnó un acto administrativo dictado por la I. Municipalidad de Rancagua<sup>2</sup> a través de la acción de protección, de naturaleza cautelar<sup>3</sup>, lo que, a juicio del suscrito, constituyó un doble error<sup>4</sup>.

Antes de iniciar el análisis de los votos de mayoría y minoría del caso Ciclovías, corresponde detenernos en examinar la diferencia que existe entre la revisión (a) la motivación del acto administrativo, y que corresponde a un control de los motivos o antecedentes de hecho que lo fundamentan, (b) del control de mérito o conveniencia del acto administrativo. Lo anterior nos permitirá abordar con mayor claridad las diferentes lógicas de control del acto administrativo, y que se manifiestan en los razonamientos de los votos de mayoría y minoría del caso Ciclovías.

## **2. Diferencias entre control de motivación y control de mérito o conveniencia del acto administrativo**

En el control de motivación del acto administrativo, el juez deberá revisar si la decisión adoptada se condice con los hechos en virtud de los cuales ésta se dicta (hechos y fundamentos de derecho que la motivan<sup>5</sup>), mientras que el control de mérito u oportunidad el juez revisa si lo decidido por la Administración, dado su carácter técnico y/o político, es la alternativa más adecuada, oportuna o conveniente<sup>6</sup>. En efecto, lo que efectúa la judicatura mediante un control de

---

de octubre de 2014, quien dejó “constancia de su cambio de criterio en relación a lo resuelto en los autos sobre admisibilidad Rol N°1855-2013, fundado en un nuevo estudio de las normas aplicables al caso *sub judice*, que le ha formado convicción en cuanto a que la sanción administrativa no se extingue con la muerte del administrado, según se ha reflexionado en los motivos del fallo de casación que antecede” (último párrafo de lo resolutivo).

<sup>2</sup> En el caso Ciclovías, la decisión de la I. Municipalidad de Rancagua consistió en determinar que el trazado de una ciclovía pasara por el frontis de las casas y no por el bandejón central de una avenida, como se explica en *infra* 3 y 7.

<sup>3</sup> Cordero Vega, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Thomson Reuters La Ley, 2015, p. 623.

<sup>4</sup> Vide *infra* 4 y *ss*.

<sup>5</sup> Bermúdez, Jorge, “El control de la discrecionalidad administrativa” En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 17, 2010, p. 280. on line [<http://www.rderecho.equipo.cl/index.php/rderecho/article/view/343/319>].

<sup>6</sup> Saavedra, Rubén. *Discrecionalidad Administrativa, doctrina y jurisprudencia*. Editorial AbeledoPerrot, p. 154. Como se verá en *infra* 10, la propia Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, en su artículo 21 B advierte que dicho Órgano Contralor, “con motivo

mérito no es sino valorar si la solución implementada por la Administración ante determinado caso o problema es la más conveniente u oportuna, esto es, si la decisión es “meritoria”, cuestión que nada comparte con un control de legalidad. Al respecto, la Tercera Sala de la Corte Suprema señaló recientemente, al resolver el caso MP 10<sup>7</sup> –y citando una publicación del Ministro Pierry de 1984–, que “cuando la norma no le impone una determinada conducta a la Administración, el control de los motivos puede referirse tanto a la verificación de la existencia de los motivos invocados por la autoridad, como a la calificación jurídica de los mismos. Es por ello que según la importancia y la complejidad del acto administrativo, los motivos deben explicitarse mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera de verificar su existencia. El juez puede en ciertos casos además, controlar la discrecionalidad administrativa mediante el control de la apreciación de los hechos, en que el acto sería ilegal por una errada apreciación de los mismos (Pedro Pierry. El Control de la discrecionalidad administrativa en Revista Chilena de Derecho, Vol. II N°s 2 y 3. Mayo-Diciembre 1984. Pág. 479 y ss.)”<sup>8</sup>. Por lo anterior, dicha sentencia concluye que “El control de los motivos es un control de legalidad y por ende no es un control de mérito. Los motivos son los hechos que justifican la adopción del acto administrativo y son anteriores a tal acto y deben ser explicitados por mandato legal, conforme antes ya se ha dicho, por así exigirlos los artículos 11 inciso 2° y 41 inciso 4° de la Ley N° 19.880”<sup>9</sup>.

Así las cosas, es claro que la motivación del acto administrativo puede ser controlado por la judicatura mediante una acción que le permita conocer de su legalidad, sin embargo, no podrá revisarse su mérito u oportunidad como si esta correspondiere a un problema de legalidad. Al respecto, la doctrina es clara en señalar que “El control de la legalidad puede llevar a la anulación de un acto administrativo por ser ilegal, nunca por ser inoportuno. El control de la oportunidad escapa a la labor del juez y hacerlo constituiría una sustitución de la función administrativa”<sup>10</sup>, cuestión que será abordada en infra 4 y ss.

---

del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”.

<sup>7</sup> Corte Suprema, sentencia rol de ingreso N° 1.119-2015, de fecha 30 de septiembre de 2015, que rechazó un recurso de casación en el fondo interpuesto por el Ministerio del Medio Ambiente, en contra de la sentencia dictada por el 2do Tribunal Ambiental de Santiago que acogió unas reclamaciones mediante las que se impugnaba el Decreto Supremo N° 20 de 2 de septiembre de 2013, del Ministerio del Medio Ambiente, publicado en el D.O. el 16 de diciembre de 2013, que “Establece Norma de Calidad Primaria para Material Particulado Respirable MP10”.

<sup>8</sup> Corte Suprema, sentencia rol de ingreso N° 1.119-2015, de fecha 30 de septiembre de 2015, considerando 16°.

<sup>9</sup> Corte Suprema, sentencia rol de ingreso N° 1.119-2015, de fecha 30 de septiembre de 2015, considerando 23°.

<sup>10</sup> Pierry, Pedro. El control de la discrecionalidad administrativa. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° 8, 1984, p. 179, on line [<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/121/112>].

### 3. La lógica de revisión judicial contenida en el voto de mayoría del caso Ciclovías

El voto de mayoría del caso Ciclovías tuvo dos errores. El primer error consistió en que el voto de mayoría permitió que, mediante una acción cautelar, se impugnaran la motivación del acto administrativo<sup>11</sup>, mientras que el segundo y más grave error fue, que la Corte Suprema analizó el mérito o conveniencia de una decisión de la I. Municipalidad de Rancagua, sustituyéndola en el ejercicio de su discrecionalidad administrativa.

Lo anterior se podría explicar, dada “la ausencia de un sistema contencioso administrativo regular, (...) los jueces (...) [han] terminado utilizando el recurso de protección como medio de impugnación regular de los actos administrativos”<sup>12</sup>, por lo que la acción de protección se ha ido transformado en el sistema contencioso administrativo de *facto* en el sistema chileno. Esta situación produce que “la condición cautelar deja de ser transitoria y se transforma en una decisión de fondo del asunto”<sup>13</sup>, siendo esa lógica la utilizada por el voto de mayoría de la Corte Suprema al resolver el caso Ciclovías.

Así las cosas, el voto de mayoría de la Corte Suprema no solo analizó la motivación del acto recurrido –cuestión que le estaría vedada por ser la acción de protección de naturaleza cautelar–, sino que, dando un paso más allá, no fue deferente con el mérito o conveniencia de la decisión de gobierno local adoptada por la I. Municipalidad de Rancagua, la que en ejercicio de su discrecionalidad político técnica optó por una alternativa de trazado, considerándola arbitraria e irracional. Lo anterior, ya que, según el voto de mayoría de la Corte Suprema, dicho trazado “conlleva el sacrificio de lo que con esfuerzo y dedicación los vecinos recurrentes han consolidado a lo largo de los años, en desmedro de recuperar una franja de terreno abandonada y huérfana de toda preocupación y mejora, siendo una indesmentible muestra de irracionalidad”<sup>14</sup>. Así las cosas, el voto de mayoría de la Corte Suprema resolvió que “mientras no se realicen los estudios de factibilidad técnica necesarios que demuestren fehacientemente que la construcción de la ciclovía en el lugar que los recurrentes recomiendan [, esto es, en el bandejón central,] adolece de inconvenientes graves que la tornen inviable”<sup>15</sup>. De este modo, la Corte Suprema efectuó un análisis de mérito u oportunidad al discernir entre distintas opciones de trazados de ciclovías posibles, reemplazando con ello la discrecionalidad propia de la

<sup>11</sup> Cuestión que podría haber válidamente conocido si se hubiera interpuesto el reclamo de ilegalidad del artículo 151 de la LOC de Municipalidades, le otorga competencia a la Corte de Apelaciones para legalidad del acto administrativo, pudiendo efectuar un control de su motivación.

<sup>12</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 624.

<sup>13</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 624.

<sup>14</sup> SCS, Rol 2272-2013, considerando 9°.

<sup>15</sup> SCS, Rol 2272-2013, parte resolutive.

Administración. Junto con ello, la Corte Suprema le advirtió a la I. Municipalidad de Rancagua que solo podrá ejercer su discrecionalidad administrativa y optar por otro trazado de aquel elegido por el Máximo Tribunal, sólo si acredita que este resulta inviable.

Pues bien, la lógica de impugnación del acto administrativo contenida en el voto de mayoría, no fue otra que ejercer un control jurisdiccional pleno sobre la discrecionalidad administrativa, por cuanto la Corte estimó que era competente para analizar el mérito de la decisión administrativa, esto es, revisar cuáles fueron las razones que fundaron la decisión (opción) de la Administración, pudiendo incluso el propio juez ejercer dicha labor y sustituir<sup>16</sup> a la administración en su discrecionalidad técnica<sup>17</sup> y todo ello en el marco de una acción cautelar, como lo es la protección. Así, esta lógica de control no reconoce ni la más mínima deferencia con lo decidido por la Administración, en ejercicio de su propia discrecionalidad.

Sin embargo, de conformidad con la lógica contenida en el voto de minoría la acción de protección debería ser declarada inadmisibles, toda vez que por su naturaleza cautelar y excepcional no resulta idónea para impugnar el fondo de un acto administrativo, como lo sería un reclamo de ilegalidad<sup>18</sup>.

#### **4. La lógica de revisión judicial contenida en el voto de minoría del caso Ciclovías**

Por su parte, el voto de minoría de la Corte Suprema<sup>19</sup> fue del parecer de rechazar la acción de protección y confirmar la sentencia dictada por la ICA de Rancagua, lo que demuestra que, en atención a la discrecionalidad administrativa, comparten una lógica de impugnación de los actos administrativos distinta al voto de mayoría, siendo deferente con esta. En efecto, la ICA rechazó la acción

<sup>16</sup> Al respecto, vide Pierry, Pedro (1984), pp. 176 y ss. Sobre el particular, Rubén Saavedra advierte, citando a Muñoz Machado y analizando la antigua técnica de control francesa del balance costes-beneficios fue, "en definitiva, abandonada a poco de inaugurada por el Consejo de Estado francés, en medio de una fuerte crítica y polémica doctrinal, por cuanto con estos parámetros los tribunales se posicionaban como verdaderos superiores jerárquicos de la Administración, decidiendo lo que el interés público reclamaba preferentemente, con la gravedad de que en muchos casos el ordenamiento jurídico no determina de un modo específico o preciso qué es el interés público". Vide Saavedra, Rubén. *Discrecionalidad Administrativa, doctrina y jurisprudencia*. Editorial AbeledoPerrot, 2011, p. 155.

<sup>17</sup> Como lo es "adoptar medidas frente a altos índices de saturación de material particulado respirable existentes en la ciudad", tal como expresamente lo advierte el voto de mayoría en su considerando 1°.

<sup>18</sup> En este sentido, y conociendo diversas protecciones presentadas con motivo del procedimiento administrativo iniciado en contra de los Sres. Ponce, Motta, Guzmán y otros dentro de lo que fue denominado por la prensa como el "Caso Cascada", la I. Corte de Apelaciones de Santiago declaró inadmisibles casi todos los recursos de protección. Sobre el particular, vide rol ingreso corte 119201-2013, 146319-2013 y 146403-2013.

<sup>19</sup> Votaron en contra, el Ministro Pierry y el abogado integrante Emilio Pfeffer.

protección considerando que dicho Tribunal “no puede sustituir al municipio en sus facultades de gobierno local, ni en la consiguiente administración de los bienes nacionales de uso público que le competen. El acto del municipio claramente no es ilegal y tampoco es arbitrario, pues lo que la recurrente reclama se refiere en verdad a la evaluación y decisión sobre el mejor sitio para construir la ciclo vía, que es justamente lo que corresponde decidir al municipio, y no a los actores ni a la Corte, habiendo entregado la Corporación, en su informe, razones suficientes para explicar su decisión, las cuales no cabe ponderar aquí, pues no se trata de si compartimos o no tales razones, sino solo si estas son tales o son apenas artilugios que oculten una sinrazón”<sup>20</sup> (el subrayado es nuestro). Así, tal como lo advierte la ICA de Rancagua, al juez no le corresponde controlar el mérito de la decisión administrativa, por cuanto optar por tal o cual trazado de una ciclo vía es decisión político técnica resuelta en ejercicio de la discrecionalidad administrativa. En dicho caso, la I. Municipalidad de Rancagua, en atención a lo informado, buscó la alternativa que le pareció más económicamente y socialmente eficiente<sup>21</sup> dentro de la gama de posibilidades –de trazados–, a través de un procedimiento reglado, para satisfacer el interés público que debe proteger y/o desarrollar –propender a la descontaminación y descongestión vehicular–, no debiendo el juez escoger entre tal o cual alternativa, ya que ello no es otra cosa que desarrollar la discrecionalidad propia y exclusiva de la Administración. De ese modo, de conformidad con una lógica de la impugnación del acto administrativo que es deferente con discrecionalidad, a los jueces les corresponderá examinar “si existe o no contradicción entre la decisión previa administrativa y el ordenamiento jurídico”<sup>22</sup>, si lo concluido es la consecuencia racional y lógica de los supuestos de hecho que motivan el acto<sup>23</sup>, esto es, si el ejercicio de la discrecionalidad fue racional, pero no si la decisión misma es, en opinión de los jueces, la “mejor” o la “más eficiente”. Además, se debe tener presente que la sanción por una decisión “no eficiente” es la responsabilidad administrativa<sup>24</sup> del funcionario administrativo respectivo por incurrir en falta de probidad<sup>25</sup>, pero en ningún caso la nulidad de dicha decisión, ni tampoco la suspensión de esta bajo la condición de optarse por

<sup>20</sup> ICA de Rancagua, Rol 306-2013, considerando 4°.

<sup>21</sup> La Administración, debe ejercer su discrecionalidad en lógica de eficiencia y eficacia, tal como se lo exigen dichos principios que la propia Ley N° 19.880 establece en sus artículos los principios de eficiencia y eficacia se encuentran regulados en los artículos 9 y 13 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de Procedimientos Administrativos (en adelante la “LBPA”); y en los artículos 3 inciso final, 52 inciso final y 62 N° 8 de la Ley N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante la “LOCBGAE”).

<sup>22</sup> Parejo Alfonso. *Administrar y Juzgar, dos funciones constitucionales distintas y complementarias: un estudio del alcance y la intensidad del control judicial, a la luz de la discrecionalidad administrativa*. Tecnos, 1993, p. 58

<sup>23</sup> Nos referimos a que el acto no presente inconsistencias de razonabilidad de su justificación interna. En un sentido similar, vide Cordero Vega, Luis (2015), p. 634.

<sup>24</sup> Artículo 52 inciso final de la LOCBGAE.

<sup>25</sup> Artículo 62 N° 8 de la LOCBGAE. En la especie, el propio estatuto administrativo de los funcionarios municipales dispone que se incurre en falta de probidad en caso de no respetar el principio de probidad administrativa, tal como lo advierten los artículos 58 letra g) y 123 de la Ley 18.883.

otra que resulte “mejor” (o más eficaz), como lo entiende el voto de mayoría de la Corte Suprema.

Esta lógica de impugnación deferente entiende que no corresponde analizar el mérito del acto administrativo, esto es, las consideraciones o criterios político-técnicos en virtud de los cuales la Administración optó por tal alternativa. Y la razón de ello no es otra que comprender y aceptar que “la Administración está mejor equipada, en comparación con el Poder Legislativo o Judicial, para enfrentarse con complejos problemas, debido a su diseño institucional: su personal especializado, la experiencia derivada de su actividad, así como, en lo que nos interesa, la flexibilidad y adecuación específica de sus procedimientos de toma de decisiones”<sup>26</sup>.

En la especie, lo cuestionado en el caso Ciclovías corresponde a una decisión político técnica de la I. Municipalidad de Rancagua, por lo que estimamos que la lógica idónea es la del voto de minoría, debiendo ser los jueces deferentes con la decisión. No obstante, “esa deferencia no existe (...) en los casos de contenciosos de plena jurisdicción, cuando el juez deba determinar, en base a un procedimiento jurisdiccional sujeto a contradicción, si una decisión estatal es o no constitutiva de indemnización”<sup>27</sup>.

## **5. El rol que cumple el procedimiento administrativo para el control judicial**

Estimamos que el principal rol que cumple el procedimiento administrativo es permitir un control pragmático del acto administrativo, ya que la existencia de un procedimiento permite que la Administración le muestre al juez los antecedentes que motivan el acto y la racionalidad de la decisión. En caso contrario, esto es, de no existir un procedimiento administrativo, el control judicial del acto llegaría a ser incluso de mérito, lo que permitía a que sea el juez quien evalúe las consideraciones en virtud de las cuales se dictó una política pública o una decisión de carácter técnico.

De este modo, el hecho de que exista un procedimiento administrativo le permite al juez a **efectuar un control de la legalidad del acto**, cuestión que le permitiría analizar si hubo o no exceso de poder al ser dictado; a controlar si concurren los hechos determinantes o supuestos fácticos en virtud de los cuales se dicta (control de los motivos o motivación del acto); como también que el juez pueda controlar su razonabilidad al revisarse los motivos que lo sustentan. De este modo, en caso de no haber procedimiento administrativo,

<sup>26</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 632.

<sup>27</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 636.

ni menos expediente, será imposible que el juez pueda efectuar un control de "legalidad", quedando obligado a no ser deferente con la discrecionalidad administrativa, y efectuar un control judicial pleno sobre el acto (lo que genera que incluso el juez actúe como co-regulador), vulnerando su propia competencia otorgada por la Constitución, como también la competencia que le es propia a la Administración.

La "otra cara" del rol que cumple un procedimiento administrativo lo encontramos en la propia Constitución, en cuanto "exigencia constitucional (...) frente a la Administración"<sup>28</sup>. Específicamente, el artículo 63 advierte en su numeral 18 que son materia de ley aquellas que "fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración". Así, nos encontramos ante una remisión normativa desde la Constitución al Legislador para que este defina, a través de una ley, las bases de los procedimientos administrativos, cuestión que cumplió la dictar la Ley N° 19.880. Y no es casualidad que dicha norma disponga "bases", toda vez que "el procedimiento administrativo de 'bases' tiene por finalidad establecer y regular las garantías mínimas que deben ser comunes a todos los órganos administrativos, para asegurar la igualdad sustancial de todos los ciudadanos en sus relaciones con ellas, lo que vincula al procedimiento administrativo 'común' a la igualdad 'básica' en el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales, que el propio Estado tiene que garantizar"<sup>29</sup>. De este modo, en caso que la Administración no respete las garantías mínimas del procedimiento administrativo, esta incurriría en una ilegalidad que deberá ser controlada por el juez. En ese caso el juez efectuaría un control interno del acto y desafiará su legalidad.

## **6. Límites de conocimiento de los jueces en los casos de contenido político-técnico, o qué tan deferentes deben ser con la autoridad técnica**

Tal como fue señalado en supra 4, si bien estimamos que en aquellos casos de contenido técnico los jueces sí deben ser deferentes con lo decidido por la autoridad técnica competente, ello no quiere decir que la discrecional esté exenta de control por parte de la judicatura. En efecto, para que el poder discrecional de la Administración se efectúe de conformidad con la ley, los jueces deben controlarla<sup>30</sup>, pudiendo dicho control ser más o menos deferente, dependiendo de cuán técnica sea la decisión. A menor contenido técnico de la decisión, será menor deferencia hacia la discrecionalidad y mayor el ámbito de control por parte de los jueces; mientras que a mayor contenido técnico, mayor deberá ser la deferencia, por lo que los jueces estarán más limitados para analizar la

<sup>28</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 327.

<sup>29</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 327. En este punto, el autor sigue a Méndez Rexach-Rodríguez-Chaves-Chinchilla Peinado.

<sup>30</sup> Parejo Alfonso (1993), pp. 48 y ss; pp. 58 y ss.

discrecionalidad. Dicha mayor deferencia –por parte de los jueces– se justifica en atención a que los organismos técnicos de la Administración están diseñados y cuentan con “personal especializado, la experiencia derivada de su actividad, (...) [de] la flexibilidad y adecuación específica de sus procedimientos de toma de decisiones”<sup>31</sup>. Pero el hecho que los jueces tengan una mayor deferencia, no significa que la discrecionalidad técnica sea absoluta e incontrolable, por cuánto esta también tiene límites. Así las cosas, la jurisprudencia y doctrina francesa (y en ese sentido también la española) han definidos límites al control de discrecionalidad, los que son llamados “**técnicas de control**”<sup>32</sup>. De este modo, **ante una decisión esencialmente técnica** –como lo fue la ubicación del trazado de la ciclovía– **los jueces deberán ser más deferentes, pudiendo valerse de los siguientes controles**<sup>33</sup>: (i) “control de los elementos reglados del acto o también recurso por **exceso de poder**”<sup>34</sup>, sea por incompetencia o vicios de forma<sup>35</sup> –controlar que el acto haya sido dictado dentro un procedimiento administrativo legalmente tramitado<sup>36</sup>–; (ii) “recurso de desviación de poder (**control por el fin**)”<sup>37</sup>, que opera cuando “la Administración, en desconocimiento de las reglas, persigue un fin distinto del que el derecho le ha asignado, desviándose por consiguiente el fin legal”<sup>38</sup>, pudiendo ser estos otros fines de carácter públicos o privados<sup>39</sup>; (iii) “**control de los hechos determinantes**”, y que corresponde a “la verificación de los supuestos fácticos de la norma aplicada”<sup>40</sup>, vale decir, la “existencia y realidad del supuesto de hecho que habilita para el empleo de la potestad”<sup>41</sup>; (iv) “**control de razonabilidad de la decisión**”<sup>42</sup>, vale decir, que el acto de término se encuentre suficientemente motivado<sup>43</sup>, esto es, que el acto sea producto de un ejercicio racional<sup>44</sup>. Por consiguiente, para anularse un acto

<sup>31</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 632.

<sup>32</sup> Saavedra, Rubén (2011), pp. 99-163.

<sup>33</sup> Al respecto, García de Enterría explica el sistema de control de los actos dictados por la *Federal Administrative Procedure*, vide García de Enterría, Eduardo. *Democracia Jueces y Control de la Administración* (1997), pp. 179-180.

<sup>34</sup> Saavedra, Rubén (2011), p. 105 y ss.

<sup>35</sup> Artículos 6 y 7 de la Constitución.

<sup>36</sup> Artículos 1, 17, 18, 28, 34, 35, 36 y 40 de la LBPA. Dichas normas son la especificación del debido proceso consagrado en el N° 3 del artículo 19 de la Constitución.

<sup>37</sup> Saavedra, Rubén (2011), p. 109.

<sup>38</sup> Saavedra, Rubén (2011), p. 110.

<sup>39</sup> Grados Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa, p. 479, punto III. a).

<sup>40</sup> Saavedra, Rubén (2011), p. 114.

<sup>41</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 86.

<sup>42</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 88.

<sup>43</sup> Artículo 41 LBPA.

<sup>44</sup> Artículo 53 LOCBGAE: “El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico (...). Se expresa (...) lo razonable e imparcial de sus decisiones (...)”. Además, en caso que el acto de término carezca de razonabilidad, resultaría infundado (artículo 41 LBPA). Por su parte, y en la medida que este amenace, perturbe o lesione uno de los derechos fundamentales identificados en el artículo 20 de la Constitución, podría impugnarse mediante la acción de protección. Con todo, este control es cautelar y no de fondo, por lo que, como se ha venido diciendo, no debería instrumentalizarse para atacar la nulidad del acto.

esencialmente técnico bastará acreditar alguno de los puntos anteriores, como lo sería demostrar, mediante evidencia suficiente, que la Administración incurrió en errores al analizar los supuestos de hechos que motivan el acto<sup>45</sup> (control por hechos determinantes). Con todo, para el caso Ciclovías, un juez podría anular el acto dictado por la Municipalidad en la medida que se acredite que los informes técnicos que evalúan los costos y la influencia en el tráfico, y que desde luego motivan el acto, posean graves errores o inconsistencias. Ahí nos encontraríamos ante un control por razonabilidad, que limita la competencia de actuación del juez, permitiéndole declarar ilegal el acto por el hecho de acreditarse que su motivación descansa en informes erróneos.

## 7. Coincidencias entre el caso Nueva Ciudad Este y el caso Ciclovías

Lo anteriormente analizado respecto del caso Ciclovías puede ser complementado con las enseñanzas que el caso "Nueva Ciudad Este" (NCE) dejó en la jurisprudencia y doctrina francesa. Al respecto, debemos considerar que el caso NCE dio origen a una técnica de control de la discrecionalidad administrativa conocida como de "**balance costes-beneficios**"<sup>46</sup> –hoy abandonada como se señaló anterior– que a diferencia de los tipos de controles señalados en la parte final de supra 6, no guarda deferencia con la referida discrecionalidad. En efecto, de conformidad con esta técnica de control –y que el caso NCE inicia– "el juez ya no se limita a una simple revisión de la legalidad formal del acto, sino que (...) [se concentra] en la verificación y ponderación de las ventajas e inconvenientes de la decisión administrativa, en vista del interés general"<sup>47</sup>. En el caso NCE se aplicó el test de costos beneficios, rechazándose la petición de nulidad del acto administrativo que declaraba afectas a utilidad pública 98 viviendas que debían ser demolidas para dar lugar a la construcción de un complejo urbano para más de "30.000 estudiantes y de una ciudad nueva de 20 a 25 mil habitantes"<sup>48</sup>. Resolviendo el fondo de dicha acción, el Consejo de Estado Francés declaró "que una operación puede ser legalmente declarada de utilidad pública solamente si los ataques a la propiedad privada, **el costo financiero y eventualmente los inconvenientes de orden social que comporta no son excesivos con respecto al interés que presenta**"<sup>49</sup> (el destacado es nuestro), y desecha la petición de nulidad "tomando en cuenta la importancia del conjunto del proyecto, la circunstancia que... desaparecen unas cien casas de habitación no es de naturaleza a quitarle su carácter de utilidad pública"<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 86.

<sup>46</sup> Saavedra, Rubén (2011), p. 153.

<sup>47</sup> Saavedra, Rubén (2011), p. 153.

<sup>48</sup> Grados Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa, p. 475.

<sup>49</sup> Grados Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa, p. 479.

<sup>50</sup> Grados Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa, p. 479.

Ahora bien, y en relación con el caso Ciclovías, podemos concluir que el voto de mayoría efectuó en los hechos<sup>51</sup> el test de balance entre (i) los costos que sufrirían los vecinos reclamantes por el trazado de la ciclovía –definido por la I. Municipalidad de Rancagua–; (ii) los costos de efectuar el trazado en el bandejón central; y los beneficios que cada trazado traería. Al respecto, es importante tener presente que dicho análisis no fue deferente con la discrecionalidad administrativa de la I. Municipalidad de Rancagua, ya que su objeto no fue la legalidad del acto administrativo, sino sopesar los costos y beneficios involucrados entre los trazados. Pues bien, el voto de mayoría resuelve en atención a este criterio, reemplazando con ello a la Administración, vistiéndose el voto de mayoría del Dpto. de Tránsito de la I. Municipalidad de Rancagua, decidiendo cambiar el trazado inicial por otro, en atención a que el costo social de mantener el trazado original de la ciclovía sería mucho más elevado que el costo económico de trasladarlo al bandejón central. Al respecto, llama la atención que el voto de mayoría no motiva su decisión en antecedentes cuantificables, sino en su opinión de cuál sería el costo más alto, optando por la alternativa que reporte más beneficios. En efecto, la Corte considera como un costo relevante el “sacrificio de lo que con esfuerzo y dedicación los vecinos recurrentes han consolidado a lo largo de los años”<sup>52</sup>, siendo que las aceras corresponden a bienes nacionales de uso público (bienes públicos) y no bienes privados de los vecinos, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 589 del Código Civil.

Finalmente, advertimos que en el sistema francés también existe un caso de “ciclovías”, donde el Consejo de Estado francés aplicó el test coste-beneficio y anuló un acto que declaró afecto a utilidad pública unos terrenos privados que serían destinados a construir “una ciclovía que divide en dos una importante zona de huertas” (CE 27 de mayo de 1987, Ciudad de Villeneuve-Tolosante, Rec, 770)<sup>53</sup>.

## **8. Las perspectivas de Parejo Alfonso y García de Enterría en relación con el control de la discrecionalidad administrativa**

Para explicar cómo abordaríamos el caso Ciclovías en atención a los trabajos de Parejo Alfonso y García Enterría, cabe tener presente que la discrecionalidad administrativa tiene su fuente en la Constitución, siendo aquella una de las manifestaciones de la separación de poderes y competencias entre estos. Pues bien, Capítulo IV de la Constitución regula al Gobierno y su artículo 24 establece que el “gobierno y la administración del Estado corresponderán al Presidente de la República”, mientras que el inciso primero del artículo 38 de

<sup>51</sup> Por cuanto no se advierte en ninguno de sus considerandos.

<sup>52</sup> SCS rol 2272-2013, considerando 8°.

<sup>53</sup> Grados Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa, p. 482.

la Constitución dispone que una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración, siendo dicho cuerpo legal la LOCBGAE. Al respecto, y en cumplimiento de la remisión efectuada por el artículo 38 inciso primero de la Constitución al Legislador, la LOCBGAE definió en su artículo 1 que el Presidente de la República administra “con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes”, pudiendo ser estos centralizados, descentralizados<sup>54</sup>, o bien desconcentrados territorial o funcionalmente<sup>55</sup>. Así, estos órganos administrativos, para cumplir con su rol de administrar, cuentan con un margen abierto pero acotado, dentro del que deberán adoptar las alternativas más eficientes y eficaces<sup>56</sup>, para abordar una política pública o implementar una decisión técnica, todo ello a través de un procedimiento reglado<sup>57</sup>, y para satisfacer el interés público respectivo. Es a esa posibilidad de escoger entre tal o cual alternativa lo que la doctrina llama **discrecionalidad administrativa**<sup>58</sup>, la que es propia y exclusiva de la Administración.

Por su parte, el artículo 38 inciso segundo dispone que “cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”, por lo que es el Poder Judicial el llamado a **controlar** el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

En consecuencia, la Administración es la entidad constitucional y legalmente competente para ejercer la discrecionalidad y, como se ha dicho, son los jueces los llamados a controlarla. Y dicho “control supone una neta diferenciación, asimismo constitucional, entre la función jurisdiccional y la propia del poder administrativo”<sup>59</sup>. En atención a dicha diferenciación constitucional, se explica que la labor de “supervisar, censurar y corregir la actuación de otro (...) [, no puede] llegar en ningún caso a comprender en la correspondiente actividad, sin más, la sustitución de la controlada”<sup>60</sup>. Es en atención a ello que “la función de control adquiere específica relevancia competencial”<sup>61</sup>, siendo esta la razón por la que Parejo Alfonso plantea “la necesidad de la **delimitación de las competencias** para la adopción de una y otra decisión”<sup>62</sup>, pues la división de poderes únicamente tiene sentido si supone que dos órganos de poderes constitucionales diferentes (en este caso, poder ejecutivo y poder judicial) no pueden desarrollar, legítimamente, una misma función” (el destacado es nuestro). En

<sup>54</sup> LOCBGAE, artículo 29.

<sup>55</sup> LOCBGAE, artículo 33.

<sup>56</sup> Artículos 9 y 13 de la LBPA y artículos 3 inciso final, 52 inciso final y 62 N° 8 de LOCBGAE.

<sup>57</sup> LBPA, artículos 1, 3 y 18.

<sup>58</sup> Cordero Vega, Luis (2015), pp. 82 y ss.

<sup>59</sup> Parejo Alfonso (1993), p. 49.

<sup>60</sup> Parejo Alfonso (1993), p. 49.

<sup>61</sup> Parejo Alfonso (1993), p. 49.

<sup>62</sup> El autor se refiere al ejercicio de la discrecionalidad administrativa y a su control por parte de los jueces.

otras palabras, Parejo Alfonso plantea que existiendo competencias diferentes, asignadas por la propia Constitución, el control que los jueces efectúan sobre los actos dictados en ejercicio de la discrecionalidad administrativa, se encuentra sujeto a límites<sup>63</sup>. En atención a dichos límites, los jueces no pueden sustituir las decisiones de la Administración, por cuanto “no tiene asignado un papel directo de intervención activa y permanente en la satisfacción de las necesidades sociales”<sup>64</sup>. De este modo, los jueces solo podrán conocer aquellos reclamos deducidos en contra de una decisión técnica, “en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, [que verse] sobre las cuestiones de legalidad”<sup>65</sup>.

Por lo anterior, si analizamos el caso Ciclovías desde la doctrina de Parejo Alfonso, la I. Municipalidad de Rancagua es el organismo constitucionalmente competente para definir el trazado de la ciclovía, lo que deberá efectuar en ejercicio de su potestad discrecional. Con todo, este acto administrativo está sujeto al control de los jueces, pero su margen de control se encuentra limitado a evaluar la legalidad del acto<sup>66</sup>, por cuanto la discrecionalidad es un asunto que la Constitución le asignó a la Administración<sup>67</sup>. De este modo, lo señalado por Parejo Alfonso se condice con la deferencia que plantea el voto de mayoría, toda vez que lo reclamado “no es una cuestión de legalidad, sino una cuestión técnica, y escapa, por tanto, al control jurisdiccional”<sup>68</sup>; en otras palabras, el juez no tiene competencia para controlar el mérito técnico del trazado de la ciclovía.

Ahora bien, García Enterría arriba a la misma conclusión que Parejo Alfonso, pero no mediante un análisis de competencias asignadas por la Constitución, sino por el razonamiento de la jurisprudencia norteamericana generado a raíz del caso Chevron<sup>69</sup>, “según la cual los Tribunales deben otorgar una especial <<deferencia>> a las estimaciones jurídicas hechas por la Administración en los actos que aquellos enjuician, lo que disminuye notablemente el alcance del control”<sup>70</sup> (las comillas en punta son del original). Para comprender la importancia del precedente del caso Chevron, debemos tener presente que la “esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones”<sup>71</sup> es conocida como *stare decisis*, latinismo que puede definirse como “estarse a lo que se ha decidido

<sup>63</sup> Parejo Alfonso (1993), pp. 62 a 66.

<sup>64</sup> Parejo Alfonso (1993), pp. 62.

<sup>65</sup> Parejo Alfonso (1993), pp. 66.

<sup>66</sup> Parejo Alfonso (1993), pp. 50 y 66.

<sup>67</sup> Por los ya citados artículos 24 y 38 inciso primero de la Constitución.

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español, STC 39/1983, citada por Parejo Alfonso (1993), p. 65.

<sup>69</sup> Caso *Chevron U.S.A., Inc. v. NRDC* [1984] 467 U.S. 837, on line [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/837/#annotation>].

<sup>70</sup> García de Enterría, Eduardo (1997) p. 183.

<sup>71</sup> Legarre, Santiago y Rivera, Julio César. Naturaleza y dimensiones del “*stare decisis*”. En *Rev. chil. Derecho* [online]. 2006, vol. 33, n. 1, pp. 109-124. ISSN 0718-3437, p. 109.

previamente<sup>72</sup> o “*to stand by things decided*”<sup>73</sup>. Con todo, no todo el fallo debe ser considerado como precedente, sino solo su *ratio decidendi*, es decir, aquella “razón (o las razones) de un tribunal para decidir un caso de una determinada manera”<sup>74</sup>. Pues bien, en relación al caso Chevron, García de Enterría da cuenta que, “la deferencia es obligada, dada la calidad de los expertos técnicos en materias complicadas con que cuenta la Administración (...) la idea de que ha habido una voluntad del Legislativo de delegar esas arduas cuestiones en el Ejecutivo, y, en fin, siempre, el principio de división de los poderes, de modo que, como ha dicho Thomas W. Merrill, <<todo caso de interpretación de Ley se convierte en un caso de separación de poderes>> (los paréntesis en punta son del original)”<sup>75</sup>. En lo particular, García Enterría explica que “según la Sentencia anulatoria, cuando un Tribunal establece que el Congreso al hacer la Ley no ha precisado directamente la cuestión que se está enjuiciando, el Tribunal no puede imponer simplemente su propia interpretación de la Ley. <<Más bien –y ésta es la almendra de la Sentencia– **si la Ley guarda silencio o es ambigua con respecto a la materia específica de que se trata, la cuestión para el Tribunal es si la determinación de la Agencia administrativa está basada en una interpretación permisible de la Ley**>>” (el destacado es nuestro, pero los paréntesis en punta son del original)<sup>76</sup>.

Así las cosas, la *ratio decidendi* del fallo Chevron no hace sino definir cuál es la competencia que el Tribunal tendrá al momento de controlar una decisión de la Administración, limitándola a analizar si ésta efectuó una interpretación permitida por la ley. De este modo, no le está permitido al Tribunal evaluar el mérito de dicha interpretación, por lo que no podrá optar por alguna otra que estime conveniente –en caso de estimar inapropiada la interpretación de la Administración–, sino únicamente resolver “si la idea de la Agencia de que tal concepto era apropiado para aplicar la Ley es o no **razonable**. Si el concepto utilizado por la Agencia es una elección política razonable, esa elección debe imponerse al Tribunal: este debe, pues, otorgar <<deferencia>> a la interpretación de las Leyes que hace la Administración **salvo que pueda demostrarse que es irrazonable** (el destacado es nuestro)”.

Por consiguiente, y al igual que lo resulto por el voto de minoría y así también por la ICA de Rancagua en el caso Ciclovías, García Enterría plantea una deferencia para con la Administración, limitando la facultad de control de los tribunales sobre esta, pudiendo estos solo analizar si existe irracionalidad en lo decidido (inconsistencias en su motivación), mas no evaluar el mérito o con-

<sup>72</sup> Cross, Rupert & Harris, J.W. “El precedente en el Derecho Inglés”. Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, Argentina, 2012. Título Original: “Precedent in English Law, 4ª Edición, Oxford University Press. p. 23.

<sup>73</sup> Vide Diccionario de la Universidad de Cornell, on line [[http://www.law.cornell.edu/wex/stare\\_decisis](http://www.law.cornell.edu/wex/stare_decisis)].

<sup>74</sup> Legarre, Santiago y Rivera, Julio César (2006), p. 119.

<sup>75</sup> García de Enterría, Eduardo (1997), p. 185.

<sup>76</sup> García de Enterría, Eduardo (1997), p. 189.

veniencia de la decisión, vale decir, no reemplazar a la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad o conveniencia, todo ello con el fin de mantener una separación de funciones.

## **9. Explicando el razonamiento del voto de mayoría del caso Ciclovías en la evolución del Derecho Administrativo: las tensiones presentes en el modelo de solución de controversias chileno**

Los razonamientos de los votos de mayoría y minoría del caso Ciclovías demuestran una serie de tensiones en el modelo de solución de controversias chileno. Tal como se mencionó en supra 4, una de las tensiones que da cuenta el caso Ciclovías es que ante “la ausencia de un sistema contencioso administrativo regular, (...) fueron los jueces (...) [quienes han] terminado utilizando el recurso de protección como medio de impugnación regular de los actos administrativos”<sup>77</sup>. En atención a ello, la acción de protección ha ido transformándose en el sistema contencioso administrativo *de facto*<sup>78</sup> en el sistema chileno. Esta situación produce, además, otra tensión: que “la condición cautelar deja de ser transitoria y se transforma en una decisión de fondo del asunto”<sup>79</sup>, siendo dicho razonamiento el utilizado por el voto de mayoría de la Corte Suprema al resolver el caso Ciclovías.

Por su parte, este caso demuestra las razones de porqué, durante muchos años, la nulidad de derecho público fue utilizada como un mecanismo de nulidad de los actos administrativos, hoy en desuso por existir medios de impugnación especiales y de tramitación más rápida<sup>80</sup> y, además, esta ha sido declarada improcedente en caso de existir un mecanismo de impugnación especial, como ha ocurrido en aquellos casos en que se ha demandado la nulidad de la Resolución del Ministerio de Bienes Nacionales, en virtud de las cuales se regularizaron una serie de predios agrícolas (caso “Agrícola La Reserva”, entre otros)<sup>81</sup>.

Con todo, también podemos observar una tensión entre las dos formas de controlar la decisión de la Administración, es decir, desde la “indiferencia” del voto de mayoría hasta la deferencia a la decisión técnica de la I. Municipalidad

<sup>77</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 624.

<sup>78</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 624.

<sup>79</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 624.

<sup>80</sup> Debemos recordar que la nulidad de derecho público se tramita como juicio civil ordinario de mayor cuantía.

<sup>81</sup> En este sentido, de manera uniforme la Corte Suprema, entre otras sentencias, vide el caso Agrícola La Reserva SCS 1916-2014 de fecha 25 de agosto de 2014, donde los recurrentes demandaron la nulidad de derecho público respecto de una serie de resoluciones dictadas por Ministerio de Bienes Nacionales, en cuya virtud se ordenaron inscribir una serie de predios mediante el procedimiento contemplado en el DL 2695 sobre regularización de la pequeña propiedad raíz, en la localidad de Freirina, III Región de Atacama.

de Rancagua, como fue explicado en supra 3 y 4, lo que llega a modelos de control disímiles y con resultados opuestos. En efecto, la tensión se encuentra entre un mecanismo de protección de los derechos fundamentales en la Constitución, con un mecanismo de control que sea deferente con el especialista técnico y que no esté pensando en los efectos en los derechos.

Al respecto, el profesor Juan Carlos Ferrada da cuenta que la acción de protección fue creada para cautelar determinados derechos fundamentales, pudiéndose incluso recurrir en contra de un acto de la Administración<sup>82</sup>, estableciendo “una competencia residual de los tribunales ordinarios de justicia en los asuntos contenciosos administrativos”<sup>83</sup>, alejándose –y reaccionando– del modelo de la Constitución de 1925 que le entregaba el contencioso administrativo a Tribunales Administrativos que jamás se crearon<sup>84</sup>. Respecto de los Tribunales Administrativos jamás creados, Eduardo Soto Kloss arrojó fuerte una crítica<sup>85</sup> que, en definitiva, es la justificación del modelo de justicia administrativa creado bajo la Constitución de 1980, por cuanto –a su juicio– “significó una inmunidad y consecuencial impunidad para el Estado/ Administración inconcebible en un Estado en que rija el Derecho, y lo que es más triste y deleznable, un avasallamiento brutal de los derechos de las personas durante décadas fruto de esta inepticia, que potenció el Estado y el poder de los gobernantes a extremos que llegaron, entre 1968 y 1973, hasta los despojos de la Reforma Agraria y de las requisiciones de industrias”<sup>86</sup>.

Lo anterior es explicado por Juan Carlos Ferrada, quien advierte que por “la influencia de una nueva ideología política –la escuela neoliberal– se produce un cambio radical en la forma de entender la actividad administrativa, derivado de la nueva concepción de la acción del Estado”<sup>87</sup>, toda vez que se sigue el modelo del “Estado subsidiario, en el que la actividad administrativa solo opera en defecto de la iniciativa privada”<sup>88</sup>. De este modo, el foco de la Constitución de 1980 está en “la primacía de los derechos e intereses privados”<sup>89</sup>, donde “la propia organización administrativa estatal es vista como un aparato puesto al servicio de los agentes privados, por lo que en el ejercicio de sus actividades no puede afectar los derechos de estos, especialmente los de contenido económico”. En este orden de ideas, Juan Carlos Ferrada, advierte –citado a Eduardo Soto Kloss– que la Constitución de 1980 entiende al Derecho Administrativo

<sup>82</sup> Ferrada, Juan Carlos. Formación del Derecho Administrativo Chileno. Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 217-218, 2005, pp. 18 y 19. Al respecto, vide Soto, Eduardo. Adversus Haereses, Revista de derecho, 2012, vol. 11, N° 21, 71-75. p. 4.

<sup>83</sup> Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 18.

<sup>84</sup> Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 18.

<sup>85</sup> Cordero Vega, Luis (2015), p. 31.

<sup>86</sup> Soto, Eduardo. Derecho Administrativo, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 31.

<sup>87</sup> Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 7.

<sup>88</sup> Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 7.

<sup>89</sup> Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 7.

“desde ‘una visión neta y claramente personalista’, como un derecho ‘centrado en la persona’<sup>90</sup>, y que asigna a los jueces el rol de ángeles tutelares “de los derechos de las personas”<sup>91</sup>. Este sistema –que tuvo a Eduardo Soto Kloss como referente<sup>92</sup>–, corresponde a un intento por reducir la discrecionalidad y potenciar el rol de la legalidad<sup>93</sup> (reserva legal estricta), considerando el rol de la Administración como la boca de la ley. En efecto, dicha visión “ochentera” ha sido llamada por los profesores Carol Harlow & Richard Rawlings como el Derecho Administrativo de la “luz roja”<sup>94</sup>, donde la discrecionalidad de la Administración tiene un semáforo con una luz roja gigante que le impide actuar, debiendo apegarse a la legalidad y tipicidad absolutas, quedando lo más reducida posible. Sin embargo, en la sociedad del riesgo y necesaria regulación técnica, el Derecho Administrativo debe ser visto desde la perspectiva de la luz verde y, como explica Santiago Montt, el Órgano de la Administración posee una mayor discrecionalidad para dar cumplimiento y desarrollar interés público por el cual fue creado por el Legislador (servicialidad), actuando eficiente y eficazmente<sup>95</sup>, como “vehículo para el progreso político”<sup>96</sup>.

Ejemplo de la visión personalista y centrada en la persona<sup>97</sup> –de la “luz roja”– lo encontramos en el voto de mayoría del Caso Ciclovía, donde la Corte Suprema subordinó el rol que la Administración a servir a los particulares, por cuanto su objeto principal es “la servicialidad del Estado”<sup>98</sup> para con estos, obviando y negando toda deferencia hacia la discrecionalidad técnica de la Administración. Lo anterior, por cuanto se ha venido señalando en el presente artículo, en el voto de mayoría del caso Ciclovías el análisis se centró en la afectación a los derechos de los recurrentes, y no de qué manera efectuar un control de la discrecionalidad administrativa, de un modo deferente y que respete la competencia que la propia. En esta misma línea, el Ministro Muñoz<sup>99</sup> concurrió en un voto de minoría en el año 2012 en el caso “María Inés de Pucón”<sup>100</sup>, en donde

<sup>90</sup> Ferrada, Juan Carlos, (2005), ob. cit., p. 7.

<sup>91</sup> Soto, Eduardo. Urbanismo, Contraloría General de la República y tribunales de justicia. A propósito de la acción de protección deducida por la Fundación Club Deportivo de la Universidad Católica de Chile, Sentencias Destacadas, 2006, p. 137.

<sup>92</sup> Montt, Santiago. Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales, RegCom, 2010, p. 6.

<sup>93</sup> Montt, Santiago (2010), p. 7.

<sup>94</sup> Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, 3rd ed., Cambridge University Press, New York, 2009.

<sup>95</sup> Montt, Santiago, (2010), p. 14 y 18.

<sup>96</sup> Carol Harlow & Richard Rawlings, (2009), p. 31. Traducción libre. “*But while red light theory looks to the model of the balanced constitution and favours strong judicial control of executive power, green light theory sees in administrative law a vehicle for political progress and welcomes the ‘administrative state’*”.

<sup>97</sup> Al respecto, el Eduardo Soto señala que “Frente a los excesos de esa visión estatista del Derecho Público, estatismo que supone e implica un desprecio por el ser humano y sus libertades”. En Soto, Eduardo, (1996), p. 27.

<sup>98</sup> Soto, Eduardo, (1996), p. 28. Fundamenta ello en el artículo 1 inciso 4° de la Constitución.

<sup>99</sup> Que fue el Ministro a cargo de la redacción del fallo del Caso Ciclovía.

<sup>100</sup> SCS 1785-2012.

fue del parecer de acoger la acción de protección, omitiendo un control de legalidad del acto administrativo y centrándose, únicamente, en si la decisión técnica (remodelación de la plaza de armas de Pucón) afecta a una persona en particular, siendo del parecer de anular el acto administrativo en cuestión.

Siendo caso Ciclovías data de septiembre de 2013, alguien podría concluir que la Corte Suprema se encuentra, en la actualidad, comprendiendo el Derecho Administrativo lo como lo ideó Eduardo Soto en los años 80, propio del enfoque de la "luz roja". Sin embargo, estimamos que dicho fallo es una excepción en la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, toda vez que en los últimos años, el Derecho Administrativo chileno ha experimentado un cambio, abandonando una serie de ideas y/o doctrinas que fueron instauradas al momento de dictarse la Constitución de 1980, tales como la nulidad de derecho público, la imprescriptibilidad de la responsabilidad del Estado<sup>101</sup>, "confirmando así el carácter estatutario, sistemático e integral que ostenta nuestro Derecho Administrativo"<sup>102</sup>. Lo anterior es explicado por el profesor Luis Cordero<sup>103</sup>, quien advierte que dicho cambio se gestó en la Corte Suprema con la llegada del Ministro Urbano Marín a comienzos del año 2000<sup>104</sup>, pudiendo citarse al efecto los fallos Aedo con Fisco (SCS 852-2000)<sup>105</sup> y Lolic con I.M. de Viña (SCS 3455-99)<sup>106</sup>. A juicio de Luis Cordero, dicho cambio respondería a la implementación de un Estado diseñado como Regulador<sup>107</sup>, donde la "Administración no solo tiene más conocimiento técnico que los jueces, sino también mayor legitimidad democrática, especialmente en un país presidencialista como el nuestro"<sup>108</sup>. Este cambio, estimamos, corresponde a lo que es llamado como el enfoque de la "luz verde", según el cual un Órgano de la Administración posee una mayor discrecionalidad para dar cumplimiento y desarrollar interés público por el cual fue creado por el Legislador, actuando eficiente y eficazmente<sup>109</sup>. De conformidad con dicho enfoque, y tal como se señaló en supra 4, el voto de minoría en el caso Ciclovías –y así también el

<sup>101</sup> Soto, Eduardo, (2012), pp. 4-5.

<sup>102</sup> Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 13.

<sup>103</sup> Cordero, Luis (2013). "Corte Suprema y Derecho Público", en Mercurio Legal, marzo de 2013, on line [<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/03/26/Corte-Suprema-y-Derecho-Publico.aspx>].

<sup>104</sup> Cordero Vega, (2004). "Bases de comprensión para la jurisprudencia judicial de responsabilidad extracontractual de la administración". En: Revista Derecho Público, N° 66.

<sup>105</sup> Soto, Eduardo, (2012), p. 5.

<sup>106</sup> Ferrada, Juan Carlos, (2005), p. 9.

<sup>107</sup> Wahl, Rainer. Los últimos 50 años de Derecho administrativo alemán, Editorial Marcial Pons, Madrid, (2013), p. 132 y 133. Wahl señala que el Estado deberá garantizar el cumplimiento de los servicios privatizados, tales como ferrocarriles, correos y telefonía (pp. 122 a 136). El autor advierte en la cita N° 248 que "este modelo regulativo pone de manifiesto de forma intuitiva que el Estado renuncia a controles preventivos y los sustituye por el autocontrol y la actuación del sector privado bajo su propia responsabilidad, flanqueados estos, a su vez, por garantías institucionales, la fijación de criterios cualitativos especializados y opciones de intervención represiva en la línea de un control público del control".

<sup>108</sup> Montt, Santiago, (2010), p. 8.

<sup>109</sup> Montt, Santiago, (2010), pp. 14 y 18.

razonamiento de la ICA de Rancagua al resolverlo– se condicen con esta evolución del Derecho Administrativo.

## **10. El rol que le cabría a la Contraloría General de la República en un caso como Ciclovías**

Finalmente, y en un esfuerzo de ficción, nos pondremos en el supuesto que el caso Ciclovías hubiera sido sometido al conocimiento de la Contraloría General de la República. Para ello, debemos tener presente que el artículo 98 de la Constitución dispone que la Contraloría General de la República es autónomo constitucionalmente y le encomienda ejercer, entre otros, “el control de la legalidad de los actos de la Administración”. Luego, según lo señalado en el artículo 50 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.685 (“LOCM”), estas se rigen por las normas de administración financiera del Estado, y su artículo 51 dispone que “serán fiscalizadas por la Contraloría General de la República, de acuerdo con su ley orgánica constitucional, sin perjuicio de las facultades generales de fiscalización interna que correspondan al alcalde, al concejo y a las unidades municipales dentro del ámbito de su competencia. Si en el ejercicio de tales facultades la Contraloría General de la República determina la existencia de actos u omisiones de carácter ilegal podrá instruir el correspondiente procedimiento disciplinario, según lo dispuesto en el artículo 133 bis y ss. de la Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República [“LOC CGR”]”. Sin embargo, dicha norma debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 21 B<sup>110</sup> de su Ley Orgánica y que advierte que dicho Órgano Contralor, “con motivo del control de legalidad o de las auditorías, **no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas**” (el destacado es nuestro). De este modo, y en atención a lo dispuesto en el artículo 21 B de la LOC CGR, dicha Entidad solo tiene el control de legalidad de los actos dictados por la Administración, no pudiendo analizar y/o discutir el mérito o conveniencia de estos, vale decir, no puede controlar la discrecionalidad contenida en estos. Con todo, en atención a la facultad otorgada en los artículos 52 y 53

<sup>110</sup> Dicha norma fue incluida por medio de la reforma legal introducida por la Ley N° 19.817, publicada el 26 de julio de 2002. Al respecto, *vide* Cordero Vega, Luis. La jurisprudencia administrativa en perspectiva: Entre legislador positivo y juez activista. Comentario desde el dictamen sobre la píldora del día después, Anuario UDP, 2010, p. 17. Dicho autor advierte en la continuación de la nota 40 de dicho trabajo, que “Como consta de la historia fidedigna de la norma, en especial su discusión en el Senado, lo que se encontraba detrás era el tratar de acotar los ámbitos del control jurídico de la Contraloría, porque para algunos la Contraloría estaba ocupando un peligroso camino a través del control de legalidad material para llegar al control del mérito, oportunidad o conveniencia de la decisión administrativa. El contexto del debate, en donde se vuelve a citar la situación de 1977, se puede ver ampliamente en el Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la actual ley orgánica de la Contraloría General de la República. Boletín N° 2.610- 07”.

del Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado N° 1263, la Contraloría General de la República tiene el control financiero del Estado.

Ahora bien, en caso de haber presentado los vecinos de Rancagua una denuncia ante la Contraloría General de la República<sup>111</sup>, dicho organismo tenía la obligación legal de darle curso y resolverla **dentro de su competencia**, por lo que en atención a lo dispuesto en el artículo 21 B de la LOC CGR, solo podría haber analizado la legalidad de la medida de la I. Municipalidad Rancagua, pidiendo a dicho Alcaldía que informe. Así, y siendo el acto controvertido una modificación a la Ordenanza Local del Plan Regular Comunal de Rancagua, la Contraloría General de la República debería haber analizado si esta se efectuó conforme a la ley. Para ello, debería revisar el procedimiento llevado a cabo por la I. Municipalidad de Rancagua, regulado en los artículo 41 y ss. de la Ley General de Urbanismo y Construcciones DFL 458 de 1975, en relación a la LOCM. De haber cumplido con el procedimiento de modificación del plan regulador comunal, la Contraloría General de la República necesariamente debería rechazar la denuncia de los vecinos, ya que como se ha venido señalando, su control es solo de legalidad y no de mérito (u oportunidad o conveniencia), a diferencia del criterio contenido en el voto de mayoría de la Corte Suprema, en que sí controló el mérito del acto administrativo.

## 11. Conclusiones

1. El caso Ciclovías nos permite analizar la diferencia que existe entre efectuar un control de la motivación del acto administrativo, de revisar su mérito, oportunidad o conveniencia.
2. El control de motivación, como lo advierte la Corte Suprema en el caso MP 10, consiste en un control de la legalidad de la decisión administrativa, por cuanto el juez debe revisar los motivos o antecedentes de hecho que la fundamentan, de manera de verificar su existencia, con el objeto de comprobar si la Administración dio cumplimiento con el mandato motivar el acto administrativo, en atención a lo dispuesto en los artículos 11 inciso 2 y 41 inciso 4 de la Ley N° 19.880. En este caso, el juez efectúa un control bajo de la discrecionalidad administrativa, por cuanto únicamente revisa la legalidad de la misma.
3. En un control de mérito el juez termina por sustituir el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, por cuanto pasa a evaluar si la decisión adoptada por la Administración es la mejor, la más adecuada o la más conveniente.

<sup>111</sup> En ejercicio del derecho de petición del artículo 19 N° 14 de la Constitución.

4. Dentro de una economía de escasez, la Administración, en su calidad de experto en “administrar”, deberá adoptar la elección e implementación de políticas públicas, en base a criterios político-técnicos, debiendo siempre cumplir con el mandado de eficiencia y eficacia en la gestión de los mismos, que la propia la Ley N° 19.880 le impone. Dado lo anterior, resulta lógico que un juez sea deferente con el experto que adoptó una decisión político-técnica y no entre a cuestionarla, *so pretexto* de proteger derechos de particulares, como ocurrió en el caso Ciclovías.
5. Considerando que los jueces son expertos en derecho (y no en urbanismo ni en tránsito), el diseño del control sobre acto administrativo les permite a los jueces únicamente revisar aquella materia en la que son expertos: la legalidad del acto administrativo (lo que, como se dijo, incluye la revisión de la motivación del acto).
6. Si bien la acción de protección es de naturaleza cautelar, se ha venido convertido en el contencioso administrativo *de facto*. Con todo, la acción de protección no le permite a los jueces controlar la conveniencia de la decisión administrativa, como lo efectuó, equivocadamente, el voto de mayoría del caso Ciclovía.
7. Parejo Alfonso coincide con la deferencia que plantea el voto de mayoría del caso Ciclovías, por cuanto las decisiones técnicas no deben ser objeto de control jurisdiccional.
8. Como se señaló en supra 8, García Enterría da cuenta que debe existir una deferencia para con la Administración, debiendo limitarse el control de los jueces sobre esta, pudiendo estos solo analizar si existe irracionalidad en la decisión adoptada (inconsistencias en su motivación), pero jamás evaluar el mérito o conveniencia de la decisión, no pudiendo reemplazar a la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad, todo ello con el fin de mantener la separación de funciones.
9. Si los vecinos, que se encontraban molestos con la ubicación del trazado de la ciclovía, hubieran recurrido ante la Contraloría General de la República, dicho órgano tendría que haber rechazado la petición de invalidez del acto, por cuanto su propia ley orgánica le prohíbe revisar cuestiones de mérito de los actos administrativos.
10. La 3ª Sala de la Corte Suprema (que es la Sala Constitucional o más propiamente, la Sala de lo contencioso administrativo) tuvo un fallo dividido en el caso Ciclovías, en el que se confrontaron dos maneras totalmente opuestas de cuál es la competencia que tiene un juez al momento de revisar la discrecionalidad administrativa. Una deferente

con la decisión político-técnica y otra que no lo fue. En lo sucesivo, esperemos, los jueces jueguen en su cancha (la de la legalidad) y no sustituyan a la Administración en lo que mejor sabe hacer: administrar.