

# ACERCA DEL LLAMADO CONTROL DE MERITO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

(Notas para un mejor entendimiento del problema)

EDUARDO SOTO KLOSS

Profesor titular de Derecho Administrativo  
Facultad de Derecho Universidad de Chile

## SUMARIO

I. Introducción. II. El Estado y el principio de juridicidad. III. El ejercicio de las potestades administrativas. IV. El control de juridicidad del ejercicio de las potestades administrativas. V. Nuestra tesis.

“...los que dicen como por común proverbio que el príncipe está por encima de la ley, dicen bien, pero lo entienden mal, porque ellos entienden que está por encima de la ley para poderla anular y abolir a su arbitrio.  
“ Antes bien, está por encima de la ley como el edificio está por encima de su fundamento; éste no puede ser suprimido sin que caiga el edificio entero.”

Innocent Gentillet, *Briève rémonstrance à la noblesse de France sur le fait de la Déclaration de Monseigneur le duc d'Alençon*. 1575.

## I. INTRODUCCION

Hablar de mérito y de control de mérito del acto administrativo —estoy convencido de ello— es hablar desde una perspectiva falsa si se considera nuestro ordenamiento y especialmente tanto el argentino como el chileno.

Valga insistir una vez más —porque nunca es suficiente— en los peligros que conlleva el aceptar terminología, mecanismos o instituciones jurídicas de otros países y que muchísimas veces no responden a nuestra propia institucionalidad; son ellos “injertos

extranjerizantes” que, como cuerpos extraños al organismo jurídico nacional, no encajan, perturban y hasta tornan inentendible el propio sistema nuestro, el cual no obedece al esquema francés de la “separación de poderes”<sup>1</sup> sino al de “división de funciones”, que es el de nuestro ancestro castellano indiano.<sup>2</sup>

Implica, además, aceptar una dicotomía —control de legalidad, control de mérito— que a fuer de su origen de política contingente y de resabio de régimen de monarquía absoluta,<sup>3</sup> enteramente

---

<sup>1</sup> Vid. entre otros. v. gr. G. Vedel, *Droit administratif* (8è. éd.). Puf. Paris. 1982, 115-132, que es quien mejor describe, a mi entender, el principio y sus orígenes; vid. también, F. P. Bénéoit, *Le droit administratif français*. Dalloz. Paris. 1968, 275-324, y recientemente P. Weil, *Le droit administratif* (12è. éd.). Puf. Paris. 1987, 6-19; de interés aún la exposición que hace R. Bonnard, *Précis de droit administratif*. Sirey. 1935, 102-114.

<sup>2</sup> Y no norteamericano como suele insistirse por algunos, olvidando que nuestras repúblicas nunca fueron colonias norteamericanas sino territorios unidos a la corona de Castilla y, por ende, toda nuestra tradición jurídica es castellana indiana. El hecho que nuestros juristas olviden estudiar nuestra historia jurídica y se engolosinen con la de otros países sólo revela su ignorancia o desconocimiento de la perspectiva histórica con que debe estudiarse el Derecho, si quiere llegársele a comprender en su exacta dimensión. Vid. sobre el punto, entre muchos, R. Levene, *Las Indias no eran colonias*. Espasa Calpe. Buenos Aires. 1951; J. Manzano, *La incorporación de las Indias a la corona de Castilla*. Edic. Cultura Hispánica. Madrid. 1948; R. Zorraquín Becú, *La organización política argentina en el periodo hispano*. (3ª ed.). Perrot. Buenos Aires. 1967, 11-67 espec. 38-60 y 150-172; G. Villapalos, *Los recursos contra los actos de gobierno en la baja edad media*. IEA. Madrid. 1976, y *Los recursos en materia administrativa en Indias (siglos XVI-XVII)*, en Anuario de Historia del Derecho Español 46 (1976) 5-76; y M. Salvat, *Las funciones de gobierno de la Audiencia en el reino de Chile*, en Actas y Estudios del III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. INEJ. Madrid. 1973, 597-622.

<sup>3</sup> Es Hauriou (vid. v. gr. *Précis de droit administratif et du droit public* (8è. éd.). Sirey. Paris. 1914, 22-28 y 106-108, y *Précis de droit constitutionnel* (2è. éd.). Sirey. Paris. 1929 (réimpr. 1965), 166) quien decía que la Administración había heredado todas las prerrogativas reales, a pesar de haber desaparecido la monarquía, lo que constituye una paradoja sólo explicable por la poca congruencia especialmente de los autores que estudian el problema. En el sistema republicano chileno, asentado ya con la Constitución de 1833, ello será inaceptable por cuanto todas las autoridades públicas están sometidas a la Constitución y las leyes, según la regla de

inaceptable en un régimen republicano como el nuestro,<sup>4</sup> no resiste un análisis ni de técnica ni de lógica jurídica.

Completando análisis hechos en otra ocasión,<sup>5</sup> quisiera aquí mostrar cómo no es posible hacer esa distinción si se analiza en profundidad lo que constituye la teoría de las potestades administrativas, es decir esos poderes/deberes jurídicos con que el derecho (Constitución y leyes) atribuye a los titulares de los órganos administrativos para desarrollar sus tareas de bien común, poderes jurídicos finalizados con que van ellos satisfaciendo día a día las necesidades públicas.<sup>6</sup>

## II. EL ESTADO Y EL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

Valga recordar que el Estado es una persona jurídica.<sup>7</sup> Toda persona jurídica está condicionada jurídicamente por su estatuto o ley social, que es su ordenamiento regulador, esto es el ordenamiento

---

oro del art. 160 de dicha Constitución, hoy art. 7° de la vigente (1980).

<sup>4</sup> El régimen republicano supone por esencia la igualdad en el Derecho, es decir que todos los sujetos (naturales o jurídicos y éstos sean públicos o privados) están obligados por la Constitución y las leyes dictadas en su conformidad, que no hay sujetos que puedan estar fuera del Derecho o inmunes a sus mandatos, como asimismo la responsabilidad de todos los sujetos por los daños antijurídicos que cometan (vid. v. gr. arts. 6°, 7°, 19 N° 2, 5° y 1° inc. 4° de la Constitución de Chile).

<sup>5</sup> Nos hemos referido al punto en *El decreto de insistencia ¿es conforme al ordenamiento constitucional?* en Revista de Derecho Público (Chile) N° 15 (1974) 58-80 espec. 77 nota 38, y desarrollado en *La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República*, en La Contraloría General de la República. 50 años de vida institucional (1927-1977). Impr. C. Henríquez. Santiago. 1977, 165-189 espec. 169 y 181-183.

<sup>6</sup> Esto es aquellas que el legislador, en un momento determinado, entiende que deben ser satisfechas —para una mejor promoción del bien común— por un organismo público (sea directamente, sea indirectamente como v. gr. concesionarios públicos u otras formas jurídicas que se creen al efecto como ocurre con las llamadas *Corporaciones privadas de desarrollo social* chilenas (vid. nuestro trabajo en esta Revista, N°s. 31/32 (1982) 133-175) o bien por particulares, pero regidos por un régimen jurídico de derecho público.

<sup>7</sup> Vid., arts. 6° y 7° de la Constitución y 547 inc. 2° del Código Civil.

jurídico que la rige. Para el Estado ese ordenamiento es la Constitución y las leyes dictadas en su conformidad.<sup>8</sup>

Toda persona jurídica está sujeta, por consiguiente, al principio de juridicidad, pues es el derecho quien la estructura, conforma y rige.

Ese principio de juridicidad —como persona jurídica que es el Estado— está configurado como vinculación positiva al derecho, como su condicionamiento, pues es el derecho quien estructura jurídicamente esa persona, crea sus órganos, los dota de atribuciones, regula su actuación y funcionamiento y rige todos y cada uno de sus actos, determinando, incluso, las sanciones jurídicas para el caso en que incurra en vulneración de esos mandatos.<sup>9</sup>

Como vinculación positiva y como condicionamiento<sup>10</sup> el derecho exige para que la persona pueda existir, actuar y moverse en el tráfico jurídico, que su ley social —para el Estado: la Constitución y las leyes dictadas en su conformidad— prevea una habilitación previa y expresa de poder jurídico, no teniendo sus órganos más posibilidad jurídica de actuar que en la medida en que la ley (fundamental u ordinaria) se lo haya atribuido en la referida forma (es decir: previa a la actuación y de manera expresa, esto es explícita y formal).<sup>11</sup>

¿Cómo efectúa el derecho esa atribución de poderes jurídicos a los órganos del Estado que desarrollan su función administrativa?

Es al legislador a quien se le ha encargado, en exclusividad, la tarea de conferir potestades administrativas a los órganos estatales que realizan dicha función.<sup>12</sup> En consecuencia, los únicos actos jurídicos que pueden atribuir potestades administrativas públicas a los órganos estatales son la Constitución y las leyes.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> Arts. 1º, 5º, 6º y 7º de la Constitución (Chile) y art. 547 inciso 2º cit.

<sup>9</sup> Arts. 6º y 7º de la Constitución (Chile).

<sup>10</sup> Para un tratamiento clásico del punto vid. M. Ballbé, *Derecho administrativo*, voz de la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix (Barcelona) vol. 1, 55 ss., y recientemente García de Enterría-T.R. Fernández, *Curso de derecho administrativo* (3ª ed.). Civitas. Madrid. 1979, vol. 1, 361-370.

<sup>11</sup> Vid. v. gr. arts. 6º y 7º de la Constitución (Chile).

<sup>12</sup> En el derecho chileno, según arts. 62 inciso 4º n° 2 y 61.

<sup>13</sup> Entendiéndose por éstos también los actos con fuerza o valor de ley, como los denominados "decretos con fuerza de ley" (art. 61 Constitución) que son dictados en virtud de la previa habilitación legislativa al efecto estatuida en una ley delegatoria, cuyos extremos deben adecuarse a la previsión constitucional respectiva.

Ahora bien, al realizar el legislador la atribución de dichas potestades, determinará tanto la estructura de la potestad pública administrativa como el ámbito de su ejercicio.

En cuanto a la determinación de la estructura de la potestad habrá de precisar: 1) el *quién*, esto es el titular del órgano a quien se le atribuye la potestad, que será, normalmente, el superior jerárquico del ente (jefe superior del servicio) o bien un titular de un órgano inferior en la jerarquía del ente/servicio (lo que originará la desconcentración/potestades desconcentradas). Tanto en uno como en otro caso, el legislador podrá prever el mecanismo de la delegación, facultando al órgano habilitado para delegar su ejercicio;<sup>14</sup> habrá de precisar también: 2) el *cómo*, esto es el procedimiento legal para emitir el acto administrativo o celebrar el contrato administrativo, según los casos; 3) el *cuándo*, esto es el momento o la oportunidad en la cual debe actuar para satisfacer una necesidad pública; 4) el *porqué*, esto es el motivo de actuar, que no es otro que un hecho configurado por el legislador como necesidad pública que satisfacer y que mueve a actuar al órgano habilitado al efecto con la potestad pública, y que constituye el estímulo para que el órgano actúe, sea obrando o bien decidiendo no actuar si esto último aparece como lo más adecuado en ese instante para el bien común; 5) el *para qué*, esto es el fin o la finalidad que persigue la potestad específica atribuida, fin específico que debe, además, perseguir el acto concreto que se dicte o emita para satisfacer la necesidad pública puesta bajo la órbita del órgano habilitado por el legislador; y 6) el *qué*, esto es qué decisión adopta para satisfacer la necesidad pública concreta; el legislador puede aquí configurar o bien un deber de actuar concreto y específico o bien un margen de libre apreciación que permita al órgano habilitado decidir prudencialmente actuar o no actuar. En el supuesto que imponga un deber de actuar, el legislador puede configurar la actuación misma sea de modo preciso indicándole al órgano "la" decisión que ha de adoptar, o bien puede también conferirle un margen de libre apreciación de las circunstancias concretas que le permita a él y sólo a él elegir la decisión más adecuada o idónea para satisfacer efectivamente la necesidad pública de que se trata, e incluso aquí debe escoger dentro de posibilidades tasadas, esto es determinadas previamente por el legislador.

En cuanto al ámbito de ejercicio de la potestad, el legislador

---

<sup>14</sup> V. gr. art. 43 de la ley N° 18.575, de 1986, orgánica constitucional de Bases de la Administración del Estado (Chile).

habrá de determinar, para una correcta delimitación de la potestad que está atribuyendo a un determinado órgano, tanto 1) el ámbito de *materias*, esto es el círculo de intereses puesto bajo su cuidado para satisfacer las necesidades que allí se presenten; se trata de una atribución sectorial de potestades (cada Ministerio un sector, o incluso grupo de sectores afines); 2) el ámbito *espacial*, esto es atribución territorial dónde podrán ser ejercidas esas potestades atribuidas (nacional, regional, provincial, comunal); 3) el ámbito *temporal*, esto es atribución en el tiempo (cronológica) de las potestades, que puede ser de tipo indefinida (*sine die*), o a plazo (por un lapso preciso, v. gr. un año), o bien bajo condición (v. gr. hasta que se dé término a una determinada situación, que se precisa al efecto); como 4) un ámbito *jerárquico*, esto es atribución de la potestad al titular del órgano superior del ente/servicio (jefe superior del servicio) o bien al titular de un órgano situado en un grado inferior dentro de la jerarquía del servicio (y que originará la llamada desconcentración administrativa, ya referida).

### III. EL EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

Si analizamos cuanto dice referencia al ejercicio mismo de la potestad atribuida veremos lo siguiente.

Hay unos *supuestos* de tal ejercicio, como son v. gr. una necesidad pública, siempre un hecho, que constituye el motivo; un órgano investido regularmente de la función administrativa; unas atribuciones/potestades conferidas previa y expresamente, y, en fin, un procedimiento legal preestablecido a través del cual —al modo de un camino o riel— discurra el ejercicio de esas potestades jurídicas.

Pues bien, ante un hecho dado —necesidad pública que el legislador configura como tal para ser satisfecha por un órgano dado— la ley puede construir de dos modos la potestad, en lo referente, primariamente, a si actúa o no: a) de modo reglado, v. gr. debe actuar, imponiéndole, por ende, la actuación, o b) confiriendo un margen de libre apreciación de las circunstancias que concurren en el caso concreto, otorgándole la posibilidad de actuar o bien adoptar inactividad (sin perjuicio, en este caso, de la responsabilidad consecuencial si esa inactividad produce daños a terceros).

Però si actúa, la ley también puede configurar la potestad de dos modos respecto al *qué*, vale decir respecto a la decisión misma que adopte. En efecto, a) o bien precisa y detalla "la" decisión que ha de adoptarse en tal caso, o b) confiere un margen de libre apre-

ciación de las circunstancias que concurren y rodeando al factum/motivo/necesidad pública que satisfacer, a fin de que pueda el órgano habilitado escoger una entre varias posibilidades; pero, adviértase que no todas son *en el caso concreto* equivalentes; el legislador hace una previsión genérica, pero será el administrador quien al concretar la potestad (para satisfacer una determinada necesidad pública) ha de escoger "la" más idónea, la que "propriadamente" satisfaga de modo efectivo, real y adecuado a las específicas circunstancias del caso concreto, dicha necesidad pública.

Pero, jamás podrá olvidarse que el legislador atribuye poderes públicos, esto es "potestades", es decir poderes jurídicos de imposición, *para satisfacer* las necesidades públicas, y obviamente éstas se satisfacen únicamente en cuanto se adopten las medidas, actos o decisiones más idóneas y pertinentes, más adecuadas y convenientes a ese fin, vale decir conducentes y precisas para ello.

#### IV. EL CONTROL DE JURIDICIDAD DEL EJERCICIO DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

¿Dónde queda aquí, con esta presentación que hemos hecho de las potestades administrativas, esta dicotomía legalidad/oportunidad, legalidad/mérito o conveniencia?

Ha de recordarse que tal distinción ha sido desarrollada por los franceses y los italianos, por razones propias de sus sistemas (políticas/Francia, procesales/Italia<sup>15</sup> y que emanan de sus propios or-

---

<sup>15</sup> Para Francia vid. entre otros, M. Waline, *Droit administratif* (9è. éd.). Sirey. Paris. 1963, 268-271, 477-479; Auby-Drago, *Traité de contentieux administratif* (3vol.). LGDJ. Paris. 1962, vol. 3, 81-83; Vedel *cit.* 436-444 presenta, sin embargo, matices; M. Dubisson, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*. LGDJ. Paris. 1958, si se atiende al prólogo de Eisenmann tal distinción sería netamente falsa (p. 3); si se remonta uno al gran Hauriou, se advierte que este maestro enfocaba el asunto de manera bien distinta, no aceptando tal tajante dicotomía (vid. v. gr. su *Précis de droit administratif et de droit public* (11è. éd.). Sirey. Paris. 1927, 382-435 espec. 382-387); G. Rivero, *Droit administratif*. Dalloz. Paris, en su 10è. éd. (1983) señala que a pesar de la distinción "la legalidad se une con la oportunidad en la jurisprudencia denominada del equilibrio costo/beneficio" (p. 264). Con todo, tal distinción legalidad/oportunidad permanece clásica aún en el derecho administrativo francés.

Para Italia, vid. entre otros, F. Benvenuti, *Diritto amministrati-*

denamientos o de la interpretación que de él han hecho sus doctrinas o sus jurisprudencias.<sup>16</sup>

Si se sigue el análisis desde la perspectiva propiamente jurídica de las potestades administrativas —como hemos venido haciéndolo, aunque muy brevemente— el problema de su control deviene claro, lógico y, sobre todo, consecuente.

¿Sobre qué recae, entonces, dicho control? o si se quiere, desde otro ángulo ¿cómo se ejerce? Para ello ha de llevarse el análisis precisamente hacia las categorías con que hemos explicado la estructura de la potestad administrativa tal como el legislador (constituyente o legislador ordinario, según sea el caso) la ha configurado en el caso concreto.

El control versará, entonces, sobre el *quién*, esto es sobre el órgano que ha sido atribuido de la potestad actualizada, y si no se adecua a la previsión normativa —por darse cualquiera de las disfunciones o vicios que pueden concurrir— habrá una violación, una vulneración del mandato habilitante, originando cualquiera de los tipos de incompetencia *ratione auctor*.

Versará el control sobre el *cómo*, vale decir sobre el procedimiento, si se ha seguido el procedimiento legalmente preestablecido respetándolo en cada una de sus etapas, trámites y actuaciones, y si se le ha utilizado con la finalidad específica que la ley le ha atribuido; si vulnera aquél o ésta (desviación de procedimiento) tal

---

vo (4ª ed.). Cedam. Padova. 1959, 109-115; A. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo* (10ª ed.). Jovene. Napoli. 1969, 412-422, 745-850; R. Alessi, *Principi di diritto amministrativo* (2 vol.). Giuffré. Milano. 1966, vol. 1, 209-212, 280, 386 s. y vol. 2, 774-820; G. Miele, *Principi di diritto amministrativo* (2ª ed.). Cedam. Padova. 1966, 29-30 y 167-177; y en especial M.S. Giannini, *Diritto amministrativo* (2 vol.). Giuffré. Milano. 1970, vol. 1, 475-486 y 610-639, esp. 622-639 (con bibl.) y su *La giustizia amministrativa*. Jandi Sapi Ed. Roma. 1969, 125-172.

<sup>16</sup> Valga precisar que en el derecho inglés —si estamos a lo que señala la doctrina más conspicua— no se encuentra tal dicotomía; y es que difícilmente podría encontrarse ella si se considera el régimen político, la primacía del Derecho (*rule of law*) y el papel preponderante del juez en el sistema, quien se impone a cualquier sujeto, incluida la propia Administración y sus agentes (Vid. H.W.R. Wade, *Administrative Law* (5th. ed.). Clarendon Press. Oxford. 1982, 347-409; más reciente D.C.M. Yardley, *Principles of administrative law* (2nd. ed.). Butterworths. London. 1986, 43-91; y el sabroso Lord Denning, *The discipline of law*. Butterworths. London. 1979, esp. parte 2ª 61-109).



violación originará v. gr. la nulidad del acto terminal, que no se ha adecuado, así, al íter de su formación según la prescripción normativa habilitante.

También versará sobre el *porqué*, es decir el motivo, ese supuesto indispensable que ha de existir para que sea dictado un acto administrativo, pues ese motivo, que es un hecho que la ley configura como "necesidad pública", es lo que induce, lleva, mueve, al órgano administrativo a actuar para satisfacerla, en este caso a través de la dictación de un preciso acto administrativo.<sup>17</sup> Y habrá de controlarse v. gr. si existe el referido hecho (que la ley prefigura como necesidad pública que satisfacer), si es el mismo que la ley ha configurado, y si ha sido calificado o apreciado correctamente desde el punto de vista jurídico por el autor del acto.

Y sobre el *para qué*, o sea la finalidad o fin previsto por la ley (y que va inserto en la potestad misma, pues que ella es atribuida por el legislador precisamente con un fin preciso, que no es otro que satisfacer concretamente una determinada necesidad pública). Y su vulneración se dará v. gr. sea porque el fin del acto administrativo sujeto a control si bien es público no es el específico previsto por la ley, o bien derechamente su finalidad no es pública sino privada, ya sea del propio autor del acto o de un tercero.<sup>18</sup>

Versará el control también sobre el *cuándo*, esto es el momento, tiempo o instante en que ha de actuar la autoridad para satisfacer concreta y efectivamente la necesidad pública específica puesta bajo el ámbito de su cuidado y resolución, y se verá, entonces, si la actuación/acto realizada por el órgano competente aparece oportuna o bien con retardo o tardanza, hecho este último que no es jurídicamente baladí ni irrelevante porque una actuación tardía o inoportuna significa, en definitiva, no satisfacer efectivamente la necesidad pública y, por tanto, no cumplir con la finalidad de la potestad misma atribuida al órgano por el legislador, y de consiguien-

---

<sup>17</sup> No debe olvidarse que no todas las necesidades públicas se satisfacen por medio de actos administrativos, sino también por medio de actos materiales, v. gr. en materia de prestaciones de salud, de educación, de orden y seguridad públicos, de aseo y ornato de la ciudad, etc. En verdad, desde el punto de vista cuantitativo, es mucho mayor en la satisfacción de las necesidades públicas, la actividad material que desarrollan los organismos administrativos del Estado que la jurídica.

<sup>18</sup> Sea que medie soborno, concusión, nepotismo, intereses partidistas, o cualquiera otra causa igualmente espuria.

te comporta una actuación/acto ilegal, antijurídica y contraria a derecho.<sup>19</sup>

Y versará, finalmente, sobre el *qué*, es decir sobre la decisión misma adoptada por la autoridad administrativa. Es aquí donde muchos —en una perspectiva más de monarquistas absolutos que de republicanos, de legistas al servicio del poder político más que de juristas comprometidos con la justicia y, por ende, con la paz— tiemblan su voz y su pluma se torna obsecuente y piensan que cómo puede el juez entrar a controlar la decisión misma e incluso rasgan vestiduras diciendo que habría una sustitución del juez al administrador. Argumentos —que si se analizan— son todos políticos que no jurídicos y enteramente inconsistentes racionalmente.

Si se trata de una república, todos los sujetos se encuentran sometidos, sujetos, bajo el Derecho, esto es la Constitución y las leyes dictadas en su conformidad. No hay clase, sujeto o grupo de personas privilegiadas que estén fuera, al margen o exentos de sujetarse a Derecho, cualquiera sea la naturaleza del asunto o la calidad o carácter de las personas de que se trate, sean naturales o jurídicas y éstas públicas o privadas, sea el mismísimo Estado o cualquiera de sus organismos o entidades.

Y en un régimen republicano son los tribunales —creados por la ley— los únicos habilitados para decir el derecho de modo definitivo e irrevocable (cosa juzgada), resolviendo contiendas entre partes, incluso si una de estas partes es el Estado o cualquiera de sus organismos o entidades que lo integran o conforman.

Por ello, los tribunales al conocer un asunto en que se debate la adecuación o no a derecho de un acto administrativo, han de revisar su juridicidad en toda su plenitud e integridad, único modo de cumplir de manera cabal la función que la propia Constitución les

---

<sup>19</sup> Vid. nuestra *La toma de razón* cit. (nota 5 precedente).

Es útil precisar que la *oportunidad* difiere conceptualmente —es obvio— de la *conveniencia* de la decisión, a pesar que suele usarse en el lenguaje corriente mérito/oportunidad/conveniencia como términos sinónimos; la *conveniencia* dice referencia no al cuándo sino al *qué*, es decir con la adecuación de medio a fin que ha de tener la decisión adoptada por la autoridad en relación con la plena, eficiente y concreta satisfacción de la necesidad pública específica puesta bajo su competencia por la ley para resolverla; esa decisión adoptada ha de ser el medio idóneo, adecuado, proporcionado, preciso, que satisfaga *hic et nunc* la específica necesidad pública de que se trata en un caso dado.

ha encargado, esto es conocer contiendas entre partes, resolverlas conforme a Derecho y hacer ejecutar lo juzgado.

Si se pretende una inmunidad para la Administración se infringe palmariamente la igualdad ante y en el derecho que la Constitución reconoce, ampara y garantiza y, además, implica ello un cercenamiento antijurídico de las potestades jurisdiccionales atribuidas expresamente por la Constitución a los tribunales, tanto más que la propia Constitución ha prohibido expresamente que el Presidente de la República y su Administración pueda ejercer funciones jurisdiccionales, es decir ser él o ella quien decide en último término una situación controvertida; esto último atenta, por otra parte, de modo flagrante en contra de un principio ya de justicia natural, cual es el *nemo iudex in causa sui*, pues nadie puede ser juez y parte en asunto propio, hecho que es el culmen de la máxima arbitrariedad.

Y ¿sobre qué recaerá el control o revisión de juridicidad en este aspecto del *qué?*

Pues si la medida adoptada es la prevista por la ley en el caso de tratarse del ejercicio de una potestad reglada por el legislador (quien ha prefigurado normativamente la decisión que adoptar por la Administración para satisfacer una determinada necesidad pública específica); o bien, si es *una* de las varias que ha prefigurado la ley en el caso en que así hubiera ésta concebido el ejercicio de tal potestad (por habersele dado al órgano habilitado la posibilidad jurídica de elegir, esto es un margen de libre apreciación, libre dentro de los límites y condicionado por la ley que lo ha, así, preestablecido). Pero no sólo esto. En el supuesto de haberse atribuido ese margen de libre apreciación, habrá de controlarse igualmente si la decisión adoptada es *proporcionada*, esto es si es el medio idóneo al fin perseguido por la ley: estamos ya aquí en el denominado control de *razonabilidad* del acto, que utiliza mecanismos diversos pero todos ellos dirigidos a comprobar si la decisión adoptada es la adecuada, conveniente, precisa, para satisfacer la necesidad pública concreta de que se trata; y para ello existirá el principio de proporcionalidad, de la correcta apreciación de los hechos (que originará el error manifiesto de apreciación), los estándares jurídicos, etc. Y es que el acto administrativo —como también la ley y la sentencia— es una “ordenación de la razón” destinada al bien común; de allí su necesaria e intrínseca “razonabilidad”, y esto no es sino su “proporcionalidad”, vale decir su adecuación de medio a fin, y de medio idóneo, adecuado, pertinente al fin perseguido (satisfacer una específica necesidad pública, de modo efectivo, real y concreto). Y es que no cabe ni un instante olvidar que se trata de “actos jurídicos”, ac-

tos de "derecho", y el derecho mismo es precisamente esa adecuación, ese igualarse, ese ajustarse, esa armónica relación de igualdad (ajuste, adecuación) en el intercambio o reparto de bienes y servicios entre los hombres que viven en comunidad.

Y esa armónica relación de igualdad, de adecuación, de ajuste, de proporción, también impera —es obvio— respecto de los actos jurídicos que la autoridad emite para la consecución del bien común y, por tanto, si el acto administrativo es un acto jurídico también está sujeto, por su intrínseca legalidad interna, a esos imperativos. Y la única manera de saber si se ha respetado ello, es controlándolo, y para esto están, precisamente, los Tribunales de Justicia en una sociedad civilizada, si queremos —obviamente— que impere en ella el derecho y no la *voluntas/potestas* del *dictator*, llámese este Presidente de la República, partido, burocracia o parlamento.

## V. NUESTRA TESIS

Si la configuración de la potestad administrativa que hace el legislador se realiza sobre la base de detetrminar toda su estructura, a fin de que pueda el administrador con su ejercicio obtener la más acertada y efectiva satisfacción de una necesidad pública dada —misión que le ha sido encomendada por la propia Constitución y las leyes dictadas en su conformidad— no se divisa razón jurídica alguna por qué ha de ser excluido de las potestades jurisdiccionales de los tribunales de justicia el control de alguno de los elementos que la configuran, y no pueden ellos pronunciarse sobre la adecuación o no a derecho de un determinado acto administrativo en plenitud e integridad.

Si la potestad administrativa ha sido creada, estructurada y precisada por el legislador para una dada finalidad (satisfacer una determinada necesidad pública) es imprescindible, en un Estado de Derecho (donde impera el derecho y nó la voluntad de un hombre, grupo o casta) que se adecue en su plenitud el ejercicio de ella y su producto (el acto jurídico que dicta un órgano, acto administrativo en este caso) al derecho, y esa conformidad o disconformidad cuando es controvertida por un tercero a quien le agravia u ofende dicho acto, ha de ser conocida, resuelta y declarada por un tercero independiente e imparcial, cual un tribunal de la República, el único habilitado por la Constitución para ejercer funciones jurisdiccionales, es decir resolver contiendas entre partes y con fuerza de cosa juzgada, amén de hacer ejecutar lo juzgado, cualquiera sea la na-

turalidad del asunto o la calidad de las personas que en él intervengan.<sup>20</sup>

O se desea que impere el derecho en una sociedad y, entonces, a los tribunales de la República se les erige en supremos guardianes de su imperio, o se admite que hayan sujetos, v. gr. la Administración del Estado, o alguno de sus organismos integrantes, que sean inmunes al derecho y, por tanto, sus actos no puedan ser controlados o revisados en su conformidad o disconformidad a él y, en definitiva, sean ellos quienes digan lo que es derecho, siendo supremo árbitro de la juridicidad; esto último es el caso típico de las monarquías absolutas (v. gr. Francia, siglos XVI a XVIII), lo primero es lo intrínseco de una república, y constituida como Estado de Derecho.

Pues bien, "lo que distingue la civilización del salvajismo es la supremacía del derecho sobre la fuerza; si no queremos adoptar ésta tendremos que escoger aquél. ¿Deseamos, acaso, suprimir las violencias? Es, pues, necesario que prevalezca el derecho, es decir en los tribunales, que es donde se practica todo el derecho. Si los tribunales son desdeñados o son ellos minimizados, terminará necesariamente dominando la violencia".<sup>21</sup>

Los legistas siempre potencian el poder olvidando que éste está al servicio de la persona. ¿Se contribuye, acaso, a la causa de la persona, de la justicia en las relaciones sociales y, por ende, de la paz de la comunidad política, configurando inmunidades jurisdiccionales que hagan imposible revisar la juridicidad de los actos de quien ejerce el poder público, poder que es intrínsecamente vicario, finalizado y enteramente destinado y condicionado al bien común, es decir al bien de la persona que vive en sociedad, congregada en la multitud?

---

<sup>20</sup> Es el art. 5º de la ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Justicia, de 1875, hoy art. 5º del Código Orgánico de Tribunales.

Me parece preciso señalar que cuanto venimos planteando no son meditaciones líricas creadas en una torre de marfil, sino es el fruto madurado del estudio profundizado de la realidad jurisprudencial que ofrece nuestra Corte Suprema (Chile) con motivo de ya más de diez años de aplicación constante, frecuente y reiterada del *recurso de protección* en estas materias. (Sobre esta acción constitucional cautelar (art. 20) vid. nuestro *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Edit. Jurídica de Chile. Santiago. 1982).

<sup>21</sup> Cicerón, *Pro Cluentio* 42, 92.

¿No es hora ya de despertar y ver la realidad y no asilarse todavía en vanas ideologías?

¿Cuándo se reconocerá —y especialmente por los juristas, tan frecuentemente ayunos de sana filosofía— que la persona, el hombre o mujer de carne y hueso, el ciudadano, no es un objeto ni del poder ni de la vida social, sino muy por el contrario es el sujeto, fundamento y fin de toda sociedad, de todo Estado y de todo derecho y, por ende, no es sólo sujeto de deberes sino también de derechos y de derechos frente al poder y al poder del mismísimo Estado?

¿Sociedad libre o camino de servidumbre?

No seremos nosotros, precisamente, adalides de esto último, sino todo lo contrario: portaestandartes de aquélla, la única que se merece el hombre cuando éste asume en plenitud la suprema dignidad de ser nada menos que imagen del Creador y resplandor —aunque pálido— de Su gloria. *Si scires donum Dei!*

\* Este es el texto revisado y anotado de una conferencia dictada por el autor en la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina), en agosto de 1987.