

ÍNDICE

www.librotecnia.cl

ABREVIATURAS	IX
PRÓLOGO.....	XI
PREFACIO.....	1

INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LAS DIFICULTADES PARA UNA COMPRENSIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU CONTROL EN CHILE. DIAGNÓSTICO

I. LA COMPRENSIÓN DEL FENÓMENO DISCRECIONAL Y SU CONTEXTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO. EL CONCEPTO GENERAL DE DISCRECIONALIDAD	10
1. Dificultades para la comprensión del fenómeno dis- crecional. Su contexto en relación a la validez del acto administrativo	10
2. El concepto general de discrecionalidad	13
3. La discrecionalidad en su sentido etimológico y en su sentido general y común.....	13
4. Algunos conceptos de discrecionalidad desde la Teoría del Derecho (tres conceptos de discrecionalidad)	16
a. La discrecionalidad en Kelsen	17
b. La discrecionalidad en Hart	19
c. La discrecionalidad en Dworkin	21
d. Algunas ideas, conclusiones o elementos que pueden extraerse de estos tres conceptos	24

	Página
5. Intentos por encontrar un concepto unitario de discrecionalidad desde el punto de vista jurídico	25
II. DIAGNÓSTICO. LA REALIDAD DEL FENÓMENO DE LA DISCRECIONALIDAD	31
1. El fenómeno discrecional en la actividad administrativa: <i>Factum</i>	31
2. La pérdida de la densidad normativa de la ley. Doctrina de la esencialidad.....	33
3. Algunas consecuencias de esta pérdida de densidad normativa: la denominada discrecionalidad reglamentaria y técnica.....	37
4. El problema que suscita el control tradicional de legalidad del acto administrativo discrecional	39
5. La multiplicidad de contenciosos administrativos especiales en Chile y su dispersión que dificultan el control de la discrecionalidad. Los reclamos de ilegalidad	43
6. Distorsión en el análisis del fenómeno discrecional. El recurso de protección.....	44
7. El problema que plantea la intensidad del control del acto discrecional.....	45
III. TENSIONES NORMATIVAS Y EXTRA NORMATIVAS EN EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.....	47
1. Tensiones normativas	47
a. En relación a la función administrativa	47
b. En relación a la función de control “jurídico” de la Administración	47
c. En relación a la función jurisdiccional	48
2. Tensiones extra normativas	49
a. La crítica del activismo judicial. Entre el activismo judicial y la legitimidad democrática.....	49
b. La crítica contraria: La inmunidad jurisdiccional del Estado frente a un control limitado de discrecionalidad.....	51

	Página
3. Dificultad normativa (diagnóstico legislativo): Ausencia de normativa relativa a la discrecionalidad administrativa y su control	52
IV. DIAGNÓSTICO DOCTRINARIO. INSUFICIENCIA DE TRABAJOS DOCTRINARIOS SOBRE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN CHILE	53
V. DIAGNÓSTICO JURISPRUDENCIAL. CONSTATACIÓN DE FALTA DE CLARIDAD, COHERENCIA Y SISTEMATIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CONTRALORA Y JUDICIAL CHILENA, A PROPÓSITO DEL CONTROL DE LA ACTIVIDAD DISCRECIONAL.....	63

PRIMERA PARTE

CONCEPTO Y CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU CONTROL

I. EN LA BÚSQUEDA DE UN CONCEPTO DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	81
1. En qué consiste la discrecionalidad administrativa	82
2. Cómo se origina la discrecionalidad administrativa. Su relación con los conceptos jurídicos indeterminados	87
3. Localización de la discrecionalidad administrativa en la estructura lógica de la norma jurídica administrativa.....	94
4. Reflexiones y crítica en relación al concepto de discrecionalidad administrativa, cómo ésta se origina y su localización en la estructura lógica de la norma jurídica administrativa	98
a. En relación al concepto mismo de discrecionalidad.....	98
b. No hay diferencia sustancial entre el margen de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados con la discrecionalidad	103

	Página
c. En relación a cómo se origina la discrecionalidad.....	111
d. En relación a dónde se localiza la discrecionalidad en la estructura lógica formal de la norma administrativa	114
5. Recapitulación	117
II. CLASIFICACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	119
1. Según el contenido de la discrecionalidad: Discrecionalidad política, técnica, reglamentaria y de planeamiento	119
2. Según la estructura de la discrecionalidad: Discrecionalidad intencionada y no intencionada, y discrecionalidad en sentido fuerte y discrecionalidad en sentido débil.....	129
a. Discrecionalidad intencionada y no intencionada	129
b. Discrecionalidad en sentido fuerte y en sentido débil	132
III. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. LA DIFERENCIA ENTRE EL CONTROL JURÍDICO Y LA CORRECCIÓN JURÍDICA.....	137
1. El control de la atribución y el control del ejercicio de la discrecionalidad administrativa	140
2. Las técnicas de control de la discrecionalidad	142
3. Los enfoques de la doctrina en el Derecho Comparado. Evolución de las técnicas de control	143
a. Doctrina y jurisprudencia francesa	144
b. Doctrina alemana.....	146
c. Italia y derecho británico	147
d. Derecho norteamericano.....	148
e. España.....	149
f. El debate español acerca de la intensidad del control judicial	151
4. Presupuestos aceptados sobre las técnicas de control en las que se asume consenso.....	152
5. ¿Juega algún rol el concepto de “prudencia” en la determinación de la discrecionalidad administrativa y su control?	154

CAPÍTULO II
FUNDAMENTOS Y LÍMITES AL EJERCICIO Y AL CONTROL
DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

I. LOS FUNDAMENTOS DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA	155
1. La necesaria distinción entre los fundamentos que justifican el ejercicio de la actividad administrativa y los fundamentos que justifican el control de la misma	156
a. Fundamentos que justifican el ejercicio de la discrecionalidad administrativa.....	159
b. Fundamentos que justifican el control de la discrecionalidad administrativa.....	163
2. La separación orgánica de funciones como garantía y límite para el ejercicio y para el control de la discrecionalidad administrativa	168
a. El principio de separación orgánica de funciones como garantía para el ejercicio de la discrecionalidad administrativa	174
b. El principio de separación orgánica de funciones como límite para el control de la discrecionalidad administrativa	175
II. LÍMITES AL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA. SU CONEXIÓN CON LA PRUDENCIA Y RAZONABILIDAD	177
1. El ejercicio de la discrecionalidad administrativa y sus límites. Análisis del concepto de prudencia y su introducción dentro del concepto jurídico de discrecionalidad	177
2. Análisis del concepto de prudencia en la discrecionalidad judicial. Los casos del Código Civil.....	181
3. Análisis del concepto de prudencia en relación con la discrecionalidad administrativa. Su conexión con la razonabilidad	183
4. La razonabilidad en el Derecho y su conexión con la discrecionalidad administrativa. El aporte de la teoría de la argumentación jurídica	186

	Página
5. Origen y delimitación del concepto de razonabilidad en la discrecionalidad administrativa	190
a. Origen de la razonabilidad.....	190
b. Su relación con la racionalidad.....	199
c. Su relación con la proporcionalidad	209
d. Su relación con la arbitrariedad	211
e. La razonabilidad ¿principio, regla o test?.....	216
6. La razonabilidad es un elemento inseparable de la discrecionalidad administrativa	225
7. Recapitulación. Los límites al ejercicio de la discrecionalidad administrativa. El ejercicio de la discrecionalidad dentro de los límites de la razonabilidad (prudencialidad) además de los de la legalidad estricta.....	232
8. Reformulación del concepto de discrecionalidad administrativa. Margen de libertad condicionada dentro de los límites de la prudencialidad o razonabilidad	237
III. LÍMITES AL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y SU CONEXIÓN CON LA RAZONABILIDAD.	249
1. El sofisma de la discrecionalidad “incontrolable per se”. El rechazo de los argumentos “a priori”	252
2. Lo que se controla de un acto administrativo discrecional: Los elementos de todo acto administrativo y el correcto ejercicio de la discrecionalidad	256
3. Cómo se ejerce el control de razonabilidad. ¿Control negativo o positivo?.....	261
4. ¿Control anulatorio o también sustitutivo?	273
5. Corolario y conclusión del capítulo. El ejercicio de la discrecionalidad administrativa y su control (negativo) dentro de los límites de la razonabilidad y legalidad estricta	280

SEGUNDA PARTE
BASES NORMATIVAS Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL
DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO III
BASES NORMATIVAS PARA EL EJERCICIO
DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

I.	LAS BASES NORMATIVAS	287
	1. Los artículos 6º y 7º de la Constitución Política	288
	2. El artículo 19 Nº 2 inciso final de la CPR	290
	3. El artículo 2º de la Ley Nº 18.575 LOCBGAE	292
	4. Los artículos 3º y 53 de la Ley Nº 18.575 LOCBGAE	296
	5. Los artículos 11 y 41 inciso 4º de la Ley Nº 19.880.....	298
II.	APLICACIÓN DE LAS BASES NORMATIVAS COMO MÉTODO PRÁCTICO PARA RESOLVER PROBLEMAS DE DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	303
	1. Aplicación de las bases normativas	303
	2. Superación del binomio ilegalidad-arbitrariedad para los actos administrativos	308
	3. El rechazo de los argumentos jurídicos “a priori”	315
	4. El control jurídico de la discrecionalidad administrativa en Chile es un control “jurídico” pleno	382

CAPÍTULO IV
DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA
DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

I.	LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RAZONABILIDAD.....	389
	1. La razonabilidad utilizada como principio jurídico en la jurisprudencia administrativa y judicial chilena.....	389
	a. Jurisprudencia judicial	389
	b. Jurisprudencia administrativa	398
	2. La razonabilidad utilizada como criterio, test o parámetro en la jurisprudencia administrativa y judicial chilena	402

	Página
a. Jurisprudencia judicial	402
b. Jurisprudencia administrativa	436
II. LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RACIONALIDAD	440
1. La racionalidad utilizada como principio jurídico en la jurisprudencia administrativa y judicial chilena.....	441
a. Jurisprudencia judicial	441
b. Jurisprudencia administrativa	445
2. La razonabilidad utilizada como criterio, test o parámetro en la jurisprudencia administrativa y judicial chilena	453
a. Jurisprudencia judicial	454
b. Jurisprudencia administrativa	460
III. LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PROPORCIONALIDAD	461
1. La proporcionalidad utilizada como principio jurídico en la jurisprudencia administrativa y judicial chilena.....	462
a. Jurisprudencia judicial	462
b. Jurisprudencia administrativa	472
2. La proporcionalidad utilizada como criterio, test o paráme- tro en la jurisprudencia administrativa y judicial chilena.....	482
a. Jurisprudencia judicial	482
b. Jurisprudencia administrativa	484
CONCLUSIONES	487
BIBLIOGRAFÍA	491
Jurisprudencia judicial citada	515
Dictámenes citados.....	521
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	527
	www.librotecnia.cl