



Universidad de Concepción
Departamento de Derecho Público



**“De la discrecionalidad en el permiso municipal del artículo 36 de la ley
18695 Orgánica Constitucional de Municipalidades”**



Proyecto ramo Memoria de Prueba

Marzo 2011

Autor: James Argo Chávez

Profesor guía: Marcelo San Martín Ceruti

Introducción

“Para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder detenga al poder”. Con esta frase Montesquieu ya nos advertía en el siglo XVIII la relevancia de que el poder (particularmente, el estatal) se encuentre sujeto a un límite, pues *“todo hombre que tiene poder se ve inclinado a abusar de él”*. Así es como el autor en cuestión fundamenta -entre otras cosas- su teoría de la separación de poderes o de funciones, de vital importancia para comprender buena parte de la cátedra de Derecho Público.

Y es que pese a que la Revolución Francesa, inspirada bajo la consigna *“liberté, égalité, fraternité”*, traiciona sus principales postulados al devenir en la dictadura de Napoleón Bonaparte, el Derecho no volvería a ser el mismo. Queda así atrás el Estado policial y monárquico, y surge la necesidad de un Estado de Derecho, de un marco regulatorio que asegure determinadas garantías y regule el obrar jurídico, necesidad que perdura hasta nuestros días. A este respecto, nos indica el Profesor Del Vecchio *“la soberanía de la ley, el derecho de todos los ciudadanos de participar en su formación y su igualdad ante ella, siguen siendo los ejes del estado moderno, el cual es y quiere ser, por esto, un Estado de Derecho”*.

Lo expuesto marca el surgimiento de la Administración. Pero esta, a su vez, hace necesaria la existencia de un Derecho que la regule, con principios y características propias -distintas del Derecho Privado y su autonomía de la voluntad- que le de un contexto. Es así como se configura el Derecho Administrativo, que es, siguiendo a Hugo Caldera: *“un sistema jurídico autónomo integrado por principios, normas positivas, jurisprudencia y prácticas administrativas, que se ocupan del ejercicio de las prerrogativas del poder público por la administración, y de los medios de control de dichas prerrogativas, especialmente de los medios o recursos jurisdiccionales y de la realización concreta de la misión de servicio público, a objeto de velar por un equilibrio efectivo entre prerrogativa y derecho, y de promover el desarrollo económico, social y cultural de la comunidad”*.

El Derecho Administrativo se perfila así como un sistema autónomo orientado por el interés general, que delimita el obrar de la Administración con los medios de control de las denominadas “prerrogativas de poder público”. De esto trata precisamente esta tesis.

Dentro de este esquema de Estado de Derecho, existe una figura que históricamente ha suscitado una serie de problemáticas, al escapar (aparentemente) de esta lógica de funciones delimitadas y contrapesos. Me refiero por cierto al acto administrativo discrecional. Concebido inicialmente como un acto al margen de la legalidad, y prácticamente un resabio del absolutismo, hoy se concibe -en general- como un acto administrativo más, que se diferencia del acto administrativo reglado única y exclusivamente por corresponderle a la Administración la facultad de determinar el motivo del acto discrecional y no a la ley.

Pero dentro de este actuar discrecional existe-en los hechos- un amplio espacio para lo arbitrario, lo ilegítimo, lo injusto. En efecto, por ser este motivo prerrogativa de la Administración, bien podría pensarse que el acto administrativo discrecional depende de la sola voluntad de la Administración y que desde ese punto de vista ella -por sí y ante sí- podría emitirlo con independencia de sus efectos en los administrados y en la sociedad, pues es la Administración quién en definitiva pondera los motivos del acto en cuestión. Muy por el contrario, la existencia de un ordenamiento jurídico, de una Constitución Política y determinados principios obstan a ello. En definitiva, lo que autoriza la ley en determinados casos es la potestad discrecional de la Administración y no la arbitrariedad, conducta o actuar fuera de la ley, reñida con el bien común y el interés público que justifica -precisamente- la existencia del Derecho Administrativo.

El acto discrecional se perfila entonces como un actuar dentro de lo legal, dentro de este sistema