

Contralor de la discrecionalidad administrativa en la Ley General de Administración Pública de Costa Rica

Eduardo Ortiz Ortiz
*Profesor de Derecho Administrativo
San José. Costa Rica*

SUMARIO

- I. DISCRECIONALIDAD: CONCEPTO, ELEMENTOS Y ESPECIES
- II. LA REGULACION MINIMA
- III. LA REGULACION INSUFICIENTE
 1. *Discrecionalidad en cuanto al fin.* 2. *Discrecionalidad en cuanto al motivo.* 3. *Discrecionalidad en cuanto al contenido. Poderes implícitos, cláusulas generales de competencia y situaciones de urgencia.*
- IV. LA DISCRECIONALIDAD POR ELECCION FACULTATIVA O POTESTATIVA
 1. *La dicotomía legalidad y oportunidad.* 2. *La dicotomía en el contralor jurisdiccional de la Administración.* 3. *La posición discrepante de la Ley General.* 4. *Consecuencias prácticas de la posición de la L.G.: el control jurisdiccional total.* 5. *Vicios de la función y vicios del acto (irracionalidad, iniquidad, inutilidad).* 6. *El reino del Juez.* 7. *El reino de la ciencia. La llamada discrecionalidad técnica.* 8. *La L.G. y los principios generales de Derecho.* 9. *Conclusión.*

I. DISCRECIONALIDAD: CONCEPTO, ELEMENTOS Y ESPECIES

Es bien sabido que la discrecionalidad es concebida como la libertad de la Administración Pública en el ejercicio de sus potestades de imperio, al dictar actos administrativos¹. Se podría definir como la libertad de la Administración para determinar y decidir su conducta imperativa frente a otros sujetos en cuanto a los aspectos de esa conducta no regulados por la ley. En los ideales de la Revolución Francesa, madre del Derecho Administrativo y del Estado de Derecho, la ley es la única auténtica expresión de la Nación, titular último del poder, en cuanto emana de la Asamblea Nacional, su representante por excelencia. Todas las demás funciones no son sólo subordinadas sino auxiliares de la legislación, a modo de mecanismos necesarios para su fiel cumplimiento. El modelo perfecto de éste sería la aplicación de la ley sin actos interpuestos de otros supremos poderes, mediante una previsión total de la conducta administrativa por la Asamblea Legislativa, pero es irrealizable². Inevitable y forzosamente, la Asamblea tiene que abandonar en el Gobierno y en su Administración la regulación de parte de la conducta de éste frente a los demás, que está fuera de su alcance prever o entender, con lo que nace una potestad de estos dos últimos para completar su obra y regular la realidad, con alcance general o indivi-

1. Umberto Fragola, *Gli Atti Amministrativi*, Jovene, Napoli, 1964, pp. 38 y 39; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, 1979, Rio de Janeiro, pp. 471 a 473.
2. Lino Di Qual, *La Competence Liee*, LGDJ, París, 1964, pp. 4 y 5; Carre de Malberg, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948, pp. 310, 315, 317 y 318; Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo 1, pp. 165 y ss., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.

dual. Se trata de una potestad normativa, que apodera a la Administración para determinar aquello dejado en blanco por la ley y por sus reglamentos, en lo que toca a las relaciones de esa misma Administración con otros sujetos, principalmente con el ciudadano, el administrado³. Escapa a la Administración la regulación de otras zonas de la vida social, que quedan reservadas a la ley, como las relaciones entre particulares, materia principal de los códigos privados. De este modo puede decirse que la potestad de la Administración para completar la regulación legal se funda en dos hechos, que obran de consuno, a saber: la ausencia de ley sobre la materia y la supuesta idoneidad de la Administración para suplirla, dado que se aplica siempre sobre sus relaciones con otros. Juega, aunque en menor grado, la necesidad de garantizar la superioridad de la Administración por encima del interés privado, aunque atemperada por la otra de sacrificar éste en un mínimo, sobre todo cuando se trata de derechos humanos o de garantías constitucionales. La norma que otorga la potestad considera también sus relaciones con esos intereses y derechos privados, aun si no lo hace expresamente, y es a partir de la diversa posición que les otorga respecto de ella que nace, precisamente, la distinción entre unos y otros (el derecho subjetivo armado con la potestad de exigir, a la inversa del interés legítimo, que sólo alcanza a anular el ejercicio desfavorable de la potestad, cuando es ilegal)⁴. El interés público que la potestad administrativa de imperio persigue, por otra parte, nunca se da aislado, sino conjuntamente con otros, que pueden tener mayor o menor valor y urgencia, según las circunstancias de cada caso. La discrecionalidad aparece como un regulador de la realización de ese fin público normativo y principal, para coordinarlo con los otros intereses públicos y privados en juego y lograr que su realización se obtenga en la mayor armonía posible con éstos y el menor sacrificio de todos⁵. Es, entonces, una libertad de identificación y jerarquización de los intereses presentes en una determinada circunstancia, con base en una situación de hecho que llama a actuar para satisfacerlos, o que impone no hacerlo si actuar en ese momento resulta nocivo para el logro del fin legal de la potestad o para los otros conexos con éste en esa circunstancia⁶. Si hay acto, el fin legal de la potestad ejercida tiene que predominar, pues lo contrario sería usarla para un fin diverso del legalmente previsto y desviación de poder; pero puede más bien optarse por no actuar, cuando el fin legal sólo puede alcanzarse a costa de un excesivo sacrificio de los demás conexos con el acto. La discrecionalidad es, entonces y en primer lugar, una libertad para decidir si dictar un acto o no dictarlo. Caso de que se decida dictarlo, puede ser una libertad para conformar y dar vida a elementos del acto dejados en blanco por el ordenamiento o determinados por éste en forma vaga e imprecisa, para permitir decisiones intermedias y menos drásticas: entre actuar y no hacerlo, la Administración puede elegir entre varias alternativas posibles, según la configuración que ella misma les dé con vista del caso, más o menos adaptadas al fin legal de la potestad y a los otros intereses —públicos y privados— conexos, siempre con preferencia para ese fin legal⁷. Es

3. Aldo Piras, "Discrezionalità (voz)", *Enciclopedia del Diritto*, pp. 76, 77 y 85; Constantino Mortati, *Sul Potere Discrezionale*, pp. 1.000 a 1.002, "Problemi di Diritto Pubblico Nella Attuale Esperienza Costituzionale Repubblicana", *Raccolta di Scritti II*, Giuffrè, Milano, 1972.

4. Mario Nigro, *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 105 a 109.

5. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Vol. 1, p. 481, Giuffrè, Milano, 1970.

6. Giannini, *op. cit.*, p. 480.

7. Giannini, *op. cit.*, tomo II, p. 908, expone detalladamente el acto de elección que constituye la esencia misma de la discrecionalidad entendida como ponderación de intereses conexos con el fin público de la potestad administrativa para la escogencia de la alternativa que mejor coordine aquél con estos últimos, diciendo: "También el momento de la «escogencia» da lugar a problemas. Normalmente, en efecto, la elección es obra de la autoridad que decide. No hay normas que indiquen los criterios generales de preferencia; rige, sin embargo, el principio de la «subordinación» del interés primario (como se ha dicho cuando se ha hablado de la discrecionalidad). Ello significa que si los intereses secundarios son de hecho prevalentes sobre el

evidente que la ley, en lugar de callar o hablar con conceptos "elásticos", para abrir ese juego de alternativas, puede hacerlo expresa y precisamente y facultar a la Administración para escoger entre varias, cada una bien definida por ella misma. En lugar de decir que la Administración podrá imponer "sanciones disciplinarias" a sus empleados, sin más, podrá agregar que en virtud de "faltas" de ellos y dar la lista de las sanciones aplicables; la ley puede llegar más allá y establecer otra lista de faltas y la correlación entre éstas y las sanciones. En este último caso no habrá discrecionalidad, pues la ley habrá determinado anticipadamente todos los elementos fundamentales del acto, el motivo (la falta típica), el contenido (la sanción correlativa) y el fin (la ejemplaridad del castigo en beneficio de la buena marcha del servicio). La discrecionalidad sólo existirá en los cuatro primeros casos, a saber:

a) cuando se faculta —expresa o implícitamente— a la Administración para escoger entre dictar un acto o no dictarlo;

b) cuando se faculta —expresa o implícitamente— a la Administración para escoger entre varios tipos de actos, a partir de una determinada situación de hecho;

c) cuando implícitamente se faculta a la Administración para escoger y adoptar la configuración de un elemento de fondo del acto, motivo o contenido, no determinado por la ley o determinado en forma vaga e imprecisa, que exija una ulterior determinación —en este caso, administrativa— para que el evento real a que se refiere tal configuración pueda reputarse elemento integrante del acto en la realidad del caso concreto y no sólo en la letra de la norma;

d) cuando se faculta a la Administración —expresa o implícitamente— para escoger el momento del acto debido en virtud de ley. En esta hipótesis no hay libertad para no dictarlo, pero sí la hay para dictarlo después y denegarlo ahora, dada la potestad de escoger libremente el momento de su realización.

De este modo, hay dos formas esenciales de discrecionalidad, según su origen o condicionamiento: la discrecionalidad por ausencia o imprecisión de la regla aplicable en cuanto a elementos materiales del acto administrativo, necesariamente implícita y consistente en la libertad para configurarlos según un criterio personal del funcionario; y la discrecionalidad para escoger entre varias conductas (y, como variante, para despejar la alternativa de si actuar o abstenerse), que puede ser expresa tanto como implícita, especialmente cuando se trata de esto último (si actuar o abstenerse, lo que a menudo es inferible y no literal).

El examen que sigue tiene como objeto mostrar cómo la Ley General de Administración Pública, al recoger posiciones nuevas y agregar otras de su cosecha, en punto a esencia y contralor de la discrecionalidad, la ha destruido o, en el mejor de los casos para ella, la ha reducido a fenómeno absolutamente marginal y anormal de la vida administrativa. Esas presuntas formas de discrecionalidad, por silencio y por autorización de la ley, como las llamaremos, no existen más en Costa Rica, pese a su enorme solera doctrinal e institucional.

primario, éste se frustra, total o parcialmente. Dicho con más precisión, la ponderación de los intereses puede conducir a juicios valorativos de, al menos, tres tipos: 1) el interés primario es considerado digno de tutela y los secundarios o son neutros a su respecto o, más bien, lo refuerzan: el interés primario resulta así dominante y la escogencia va orientada en el sentido de la adopción de un acto administrativo; 2) los intereses secundarios, todos o algunos, resultan más dignos de tutela que el primario: éste se subordina y la escogencia se orienta en el sentido del acto de denegación o negativo; 3) el interés primario resulta digno de tutela, pero también algunos intereses secundarios; hay una subordinación parcial del interés primario y la escogencia se orienta en el sentido de dar el acto administrativo favorable, pero con cláusulas especiales, limitativas o ampliativas, para tutelar los secundarios; en este evento, que es el más frecuente, se arriba a un compromiso entre los diversos intereses introducidos en el procedimiento administrativo". Véase también al respecto Franco Ledda, *Il Rifiuto di Provvedimento Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1964, p. 181.

II. LA REGULACION MINIMA

Fuera de los elementos de fondo, que son el medio inmediato y directo para la consecución de los fines públicos, el acto administrativo tiene elementos formales, que son: el sujeto, la competencia, la forma y, dentro de la idea amplia de tales elementos, aunque impropia (como veremos), el procedimiento administrativo. Hay una fuerte tendencia hacia el carácter reglado de dichos elementos formales en todos los ordenamientos, como si fueran las condiciones genéricas y mínimas que deben darse para que pueda ejercerse adecuadamente la potestad administrativa. Podría decirse que mientras los elementos materiales y de fondo (fin, motivo y contenido) determinan la realización del fin público en la mejor forma posible, los elementos formales del acto administrativo son las condiciones objetivas sin las cuales es imposible el acto, y que, por ello mismo, han de configurarse independientemente de la voluntad del autor de éste, según una predeterminación legal imperativa. Se trata, en su mayoría, consiguientemente, de elementos reglados del acto administrativo⁸. Pero puede haber excepciones, aunque leves y confinadas.

a) *Sujeto*. Es innecesario insistir en la idea de que todo fin público ha de tener su centro de acción destinado a su cumplimiento y responsable por este último. Ese centro de acción es siempre y necesariamente un sujeto o persona jurídica, que no necesariamente es público. Puede haber entidades de Derecho Privado encargadas de cometidos y de potestades públicas⁹. En todo caso, el sujeto de actos o actividades públicos está dado por ley o norma escrita dictada por otro sujeto y normalmente por el Estado, no mediante autodeterminación del sujeto mismo. No hay normalmente discrecionalidad al respecto.

b) *Competencia*. Si entendemos ésta como la titularidad y la cantidad de situaciones jurídico-subjetivas ordenadas al cumplimiento de un fin público y, más específicamente, de las potestades públicas instrumentales para ese fin público, entonces la competencia tampoco puede ser discrecional. La atribución de potestades y, en general, de situaciones jurídico-subjetivas, implica la titularidad de ellas por un sujeto, en virtud de una distribución legal que todos deben respetar. Normalmente tampoco hay discrecionalidad al respecto. Ello no obstante, puede ocurrir que la distribución legal exija ulteriores reparticiones internas al sujeto favorecido con la competencia, y que éste no encuentre norma a él extraña que las haga. En esta hipótesis, las puede operar a su criterio y ejercer una libertad, aunque limitada, principalmente por razones de afinidad de la competencia a distribuir entre sus órganos con las ya pertenecientes a éstos. La regla es dar esa competencia genérica al órgano de materia más afín dentro de la estructura del ente público. Si no lo hay, podrá crearse con ese exclusivo objeto. Y, salvo que la norma legal de atribución de la competencia diga lo contrario o que la organización sea colegial, el órgano inferior, no jerarca, que resulte así apoderado sólo podrá ejercer su competencia sujeta a plena jerarquía respecto del superior. El jerarca podrá, en lugar de atribuir esa competencia a un órgano distinto y dependiente, entenderla dada a él y ejercerla con exclusividad. Dentro de estos límites, una cierta discrecionalidad para la asignación de cometidos y poderes puede entenderse posible siempre que los mismos vengan dados genéricamente a un sujeto y no a un órgano determinado de éste¹⁰.

8. Jean Claude Venezia. *Le Pouvoir Discretionnaire*, LGDJ, París, 1959, p. 17.

9. Franck Moderne, "Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo de origen privado", *Civitas*, Revista Española de Derecho Administrativo (REDA), N° 4, 1975, Madrid, pp. 10 y 11. Giuseppe Guarino, "Pubblico Ufficiale ed Incaricato de Pubblico Servizio", *Scritti di Diritto Pubblico dell'Economia*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 218.

10. Art. 59.2. "La distribución interna de competencias así como la creación de servicios sin potestades de imperio, se podrá hacer por reglamento autónomo, pero el mismo estará subordinado a cualquier ley futura sobre la materia" (LGAP).

Art. 62. "Cuando una norma atribuya un poder o fin a un ente u órgano compuesto por varias

c) *Forma*. La forma es el método de externación de los elementos del acto administrativo, para los efectos de su formación o de su eficacia. Es decir: por la forma, esos elementos se convierten en conocibles para terceros frente a la Administración, lo cual puede ser reputado por cada ordenamiento como factor de validez o condición de los efectos del acto administrativo. Contra lo que suele decirse, la forma escrita es esencial para la existencia y validez del acto, tanto como para su eficacia e impugnabilidad. No hay libertad ni discrecionalidad al respecto, con las salvedades que indique la ley. La razón es una y muy clara: es el carácter masivo de los actos públicos, que han de ser documentados para guardarse y conservarse, sin lo cual desaparecerían. Y esto es así tanto si el acto otorga derechos subjetivos como si priva de ellos, pues en ambos casos resulta necesario conocer su contenido y alcances imperativos. En cuanto sujeto a contralores administrativos y jurisdiccionales, como rasgo esencial y connatural con el Estado de derecho, el acto administrativo tiene que ser escrito. Las excepciones en favor de lo oral son el acto tácito (implícito en comportamientos); el implícito (contenido en otro u otros actos), y los actos inmediatos respecto de su motivo, como los de policía¹¹. Podría considerarse posible una cierta libertad en punto a la elegibilidad de tales vías de externación, alternativas frente a la escrita. Esta libertad tiene dos graves limitaciones: la necesidad de comunicar por escrito el acto lesivo —cuando lo sea— antes de su ejecución material, que de otro modo se convertiría en una vía de hecho contra el ciudadano¹²; y la necesidad y oportunidad de la excepción a ese imperativo, lo que —como se verá— supone la aplicación de tales conceptos indeterminados (pero de alcance determinable con vista del caso ocurrido), que justifiquen indubitablemente el recurso a esas otras formas de expresión del acto y de sus elementos, dentro de las circunstancias. Habría que demostrar que fue imposible usar la forma escrita, salvo en la

oficinas, sin otra especificación, será competente la oficina de función más similar y, si no la hay, la de grado superior, o la que ésta disponga”.

11. Art. 137. “Los comportamientos y actividades materiales de la Administración que tengan un sentido unívoco y que sean incompatibles con una voluntad diversa, servirán para expresar el acto, salvo que la naturaleza o circunstancia de éste exijan manifestación expresa”.
Art. 138. “El acto podrá expresarse a través de otro que lo implique necesariamente, en cuyo caso tendrá existencia jurídica propia”. (LGAP).
12. Una de las especies de la vía de hecho es la actuación material lesiva de la Administración contra la propiedad o la libertad de las personas sin vinculación con un acto administrativo eficaz, sea porque éste no exista, porque carezca de los requisitos necesarios para ser eficaz o (lo que es una especie de lo último) porque sea nulo de pleno Derecho o absolutamente nulo (y, por ello mismo, intrínseca e irreversiblemente ineficaz, según el articulado de la Ley General de Administración Pública y la mejor doctrina). Ver al respecto Juan José Sobrado, *La vía de hecho y la acción interdictal contra la Administración*, Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, 1981, Imprenta Lehmann, pp. 335 a 339; así como André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, L.G.D.J., París, 1963, vol. 1, pp. 401, 403 y 406. Pero es muy importante hacer tres advertencias, a saber: a) cuando hay un acto administrativo precedente, que tendrá que ser uno gravemente viciado y absolutamente nulo, la vía procesal sumaria para combatir la actuación material constitutiva de la vía de hecho (interdicto, amparo o suspensión incidental) debe servir también para impugnar el acto precedente en sí e impedir el inicio de su ejecución, por una evidente implicación lógico-normativa: si se trata de poner fin perentoriamente a una violación grave del ordenamiento, la misma vía procesal debe servir también para evitarla (véase Sobrado, *op. cit.*, pp. 353 y 354); b) la vía procesal sumaria debe ser acumulable u optativa, y entenderse que, en los casos de acto precedente absolutamente nulo, éste puede ser combatido, a elección o simultáneamente, en la vía declarativa ordinaria, normalmente orientada a proteger los derechos e intereses del administrado, y no sólo su posesión, con autoridad de cosa juzgada; esto se halla expresamente previsto por el art. 357.1 de la Ley General, al disponer ésta que en la hipótesis propuesta se podrá accionar judicialmente “inclusive por la vía interdictal”, con clara alusión a y autorización de las otras existentes; c) hay frecuentes hipótesis de “coacción directa”, en las que la Administración notifica y revela el acto lesivo por medio de su ejecución material, dada la intermediación temporal entre motivo y decisión, lo que es común, por ejemplo, en materia de policía de tránsito, de orden y seguridad, etc. En tales hipótesis el ordenamiento

hipótesis de actos "inmediatos", los cuales, por su carácter de tales y de su masiva ocurrencia, quedan justificados por sí mismos. La forma escrita, en conclusión, es general, imperativa y de principio, por lo que normalmente no hay discrecionalidad al respecto¹³.

d) *Procedimiento*. Esta materia está dominada por la distinción fundamental entre formalidades procedimentales de índole sustancial y de índole dispensable. Las primeras son aquellas cuya realización hubiese alterado sustancialmente la posibilidad o el contenido mismo del acto, porque no se habría dictado o se habría dictado con alcance y efectos muy distintos; y son insustanciales, a su vez, las que son dispensables sin cambio importante al respecto, porque el acto se habría realizado igualmente sin ellas. Esto monta a decir que son sustanciales aquellas que influyen o determinan los elementos de fondo del acto y su configuración, y a la inversa¹⁴. Las primeras son casi siempre legalmente obligatorias y su omisión determina la invalidez del acto, pero ésta es normalmente relativa, no absoluta, y, consiguientemente, subsanable mediante la realización tardía de la formalidad omitida¹⁵. Excepcionalmente, como cuando se trata de dictámenes, su omisión es insubsanable y absoluta la nulidad que generan. Pero son importantes y pueden ser sustanciales las formalidades y actos del procedimiento administrativo aun si no son legalmente obligatorios, sino libremente pedidos o realizados. Los informes técnicos, las audiencias concedidas, etc., pueden arrojar elementos de juicio y de ponderación impeditivos o habilitantes del acto. En estas hipótesis, su omisión no tiene repercusiones, pero su presencia y realización

permite el acto oral y el tácito, sin procedimiento que lo prepare ni forma que lo externe antes de su ejecución, lo que no obsta para su existencia como acto tácito, según lo previsto por el art. 137 *ibidem*. La diferencia fundamental entre este tipo de actos tácitos y los demás radica en lo que hemos llamado "la intermediación" entre motivo del acto y emisión del mismo, así como en su carácter masivo y serial, notas ambas que justifican lo que de otro modo sería una vía de hecho típica. Si esas notas y circunstancias justificantes no se dan, la ejecución material de un acto lesivo, sin previa notificación del mismo con todos sus requisitos de eficacia cumplidos, configura una vía de hecho que, fuera la ordinaria, es impugnabile en la vía interdictal, del amparo o de la suspensión incidental del acto impugnado (art. 357.2 *ibidem*). Cuando existan aquellas justificantes de la confusión entre acto y ejecución, entre deliberación y actuación, no habrá vía de hecho y sólo podrán emplearse contra el acto las vías procesales ordinarias disponibles. Ver respecto de la "coacción directa" y las formas de exteriorización e impugnación de los actos de policía de orden y de seguridad los excelentes artículos de Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, "Las Medidas de Policía: Su Exteriorización e Impugnación", *RAP*, Nº 61, Madrid, 1970, pp. 137 a 140, lo mismo que José Luis Carro, "Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público", *REDA*, Nº 15, Madrid, 1977, pp. 605 a 607.

13. Es conocida la posición inversa del C. E. francés, que reputa "insustancial", "no obligatoria" y "prescindible" la forma escrita en el acto administrativo; ver *Auby et Drago, op. cit.*, tomo II, pp. 288 y 289, y Guy Issac, *La Procedure Administrative non Contentieuse*, L.G.D.J., París, 1968, pp. 288 a 291, 293 y 294. La tesis del C.E. tiene por consecuencia habilitar la posibilidad de actos lesivos no escritos o informales, eventualmente implícitos en su ejecución, sin constituir vía de hecho, lo que resulta inadmisibile.
14. Marcel Waline, *Droit Administratif*, Sirey, París, 1963, pp. 459 y 460. La distinción es normal y tratada por todas las obras generales de Derecho Administrativo francés. En apasionada boga por el carácter secundario de las formas y formalidades en el Derecho Administrativo y por la irrelevancia normal de los vicios al respecto, Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, "Curso de Derecho Administrativo", *Civitas*, Madrid, 1980, vol. I, pp. 541 a 548, especialmente 542 y 543.
15. Art. 188. 1. "Cuando el vicio del acto relativamente nulo consista en la ausencia de una formalidad sustancial, como una autorización obligatoria, una propuesta o requerimiento de otro órgano, o una petición o demanda del administrado, éstos podrán darse después del acto, acompañados por una expresa manifestación de conformidad con todos sus términos.
2. Lo anterior no podrá aplicarse a la omisión de dictámenes ni a los casos en que las omisiones arriba indicadas produzcan nulidad absoluta, por impedir la realización del fin del acto final".

La norma ha acogido indudablemente la posición antiformalista asumida por los autores citados en nota anterior.

aporta elementos, principalmente de hecho, que deben tomarse en cuenta como integrantes de los elementos de fondo del acto, en forma tal que su ignorancia, falta total de consideración o tergiversación, representan vicios lógicos del acto, que lo anulan. Todo esto revela que hay en materia de procedimiento administrativo gran libertad de invención, con eventuales graves resultados para vincular la libertad de la Administración al dictar el acto final. Sin embargo, se trata normalmente de actos o comportamientos fundados en o referidos a un juicio, representación o valoración, cuyo límite intrínseco está en sí mismos, pues tienen que darse de acuerdo con la realidad a la que se refieren y según las reglas que la describen y gobiernan. La discrecionalidad al respecto es muy poca o inexistente, en la mayoría de los casos. La hay, entonces, únicamente para escoger el tipo de los actos y formalidades, no para realizarlos ni configurarlos, y aun aquella libertad está reducida por su debida correlación y adecuación a las circunstancias y a la realidad del caso, lo que prácticamente la reduce a nada. Sin embargo, es esta materia la única de la vida formal del acto administrativo en la que se puede crear y ejercer una libertad de elección o escogencia de la Administración, auténtica especie de discrecionalidad administrativa, dentro de los límites y condicionamientos relatados, y sujeta, por ello mismo, a todos los otros principios que se indicarán y analizarán respecto de los elementos de fondo del acto, verdadera sede de aquella discrecionalidad. Las reglas y conclusiones al respecto serán íntegramente aplicables a cada uno de los actos del procedimiento, distintos del principal, que constituyen externación de elecciones o escogencias por parte de la Administración.

Ahora bien: hay una formalidad esencial e inexcusable previa al acto lesivo, exigible por razón de principio general y aunque ninguna ley la imponga, que es la audiencia y la oportunidad de prueba suficientes en favor del administrado sujeto a un procedimiento administrativo eventualmente desfavorable a sus derechos e intereses¹⁶. Cuando se va a dictar un acto que puede lesionarlos gravemente debe

16. El "debido proceso" es de principio y su rango es constitucional. Quiere decirse que no está a disposición de la ley y que ésta debe observar ciertos límites y cumplir con cierta amplitud en su regulación, so pena de inconstitucionalidad. Incluye la posibilidad de saber lo que se propone o eventualmente puede hacer la autoridad en contra del ciudadano y, cuando hay contraparte privada, lo que ésta pide y por qué. Esta oportunidad inicial de oír y conocer las pretensiones opuestas del adversario; para defenderse de ellas, es tan esencial al abrirse el respectivo procedimiento y, más bien, para abrirlo, como la oportunidad para hacerse oír, hacer alegatos y presentar y tramitar pruebas en apoyo de las peticiones propias. Significa, por lo pronto, que la Administración o la contraparte tienen que definir inicial, exacta y precisamente sus pretensiones, los hechos y las pruebas en que las fundan, antes de dar la audiencia o al darla, sin lo cual la sustanciación de los puntos de vista del favorecido con ella sólo puede ser teórica e insuficiente, por falta de conocimiento del agravio que puede causársele; en tales condiciones, la audiencia no es tal y se viola el derecho constitucional correspondiente. La audiencia debida exige, si no un proyecto del acto final, una clara comunicación de sus extremos esenciales, no sólo del por tanto o disposición, sino también de los considerandos y de la motivación del mismo. Obviamente que el derecho de audiencia y defensa comprende el de concurrir al trámite de la prueba del adversario tanto como al de la propia, lo que implica el derecho, por ejemplo, a repreguntar testigos y peritos. Todo lo dicho es claro cuando se trata de procedimientos ablatorios y desfavorables contra el ciudadano desde que se plantean; pero es también aplicable y exigible cuando se trata de procedimientos de autorización, iniciados por el propio administrado en su interés. Si la Administración vislumbra un resultado desfavorable para el promotor o para terceros identificados en el expediente y, en último término, para grupos determinados, la Administración tiene que abrir el trámite de audiencia y comparecencia, para garantizar la defensa del interés del administrado. Esto es debido sobre todo cuando hay disputa sobre hechos; pero también cuando el resultado desfavorable es posible, aun si sólo se trata de diferencias en cuanto a enfoques o cuestiones de Derecho. El tratamiento de los alcances de la audiencia y defensa previas, como expresión del "debido proceso", es especialmente amplio, generoso y preciso en las obras argentinas, impulsadas por la jurisprudencia de su Corte Suprema; ver al respecto Agustín Gordillo, *Procedimiento y Recursos Administrativos*, Ediciones Macchi, Bs. Aires, 1971, pp. 72 y ss., y el extenso desarrollo sobre el contenido del "derecho a vista" en el procedimiento administrativo

hacérselo saber al administrado, con indicación de lo que se prepara, y darle la oportunidad de decir lo que tenga contra el proyecto de acto o contra su posibilidad, y de probar hechos que favorezcan su tesis, con miras a evitar el agravio. Esa oportunidad debe ser razonable y suficientemente amplia en todo concepto: en cuanto a información sobre el acto en preparación y a su alcance lesivo; en cuanto al alcance y fines de la audiencia que se concede en el procedimiento en curso; en cuanto al plazo para evacuarla, para alegatos y para medios de prueba para sustanciarla; en cuanto al acceso a las oficinas administrativas para prepararlas con vista de documentación pertinente, que debe ponerse a disposición del administrado; en cuanto a recursos dentro del procedimiento y en cuanto a las etapas de éste, etc. Reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales ha exigido esta formalidad en punto a despidos o remociones administrativos y ha fundado su existencia, por analogía, en el art. 39 C. Política, que exige juicio penal previo y sentencia firme antes de la ejecución de la pena¹⁷. Hoy en día su fundamento claro está en los arts. 217 y 218, así como en los arts. 308 y 320 de la Ley General de Administración Pública (LGAP)¹⁸. El

argentino, en pp. 238 y ss. Pero el alcance y contenido de ese "debido proceso" es principalmente ilustrativo y digno de emulación en la jurisprudencia y doctrina de EE.UU., centradas alrededor de la Enmienda 14 de su Carta, que literalmente lo exige para privar a cualquier ciudadano de su vida, propiedad o libertad, con desarrollo jurisprudencial que sobrepasa totalmente el texto constitucional y convierte ésta en la garantía más importante de su sistema jurídico y político. Véase al respecto edición oficial, por la Biblioteca del Congreso, dirigida por Edward Corwin, *U.S.A. Government de la Constitución de EE.UU.*, Printing Office, Washington D.C., 1953, pp. 1085 a 1087; así como Kenneth Culp Davis, *Administrative Law*, West Publishing Co., 1953, pp. 113 a 116 y 119 a 121, lo mismo que Bernard Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law*, New York, Oceana Publications, 1958, pp. 120 121. Para el derecho inglés, véase H. W. R. Wade, "Derecho Administrativo", *Estudios de Administración*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pp. 272 y ss. Pero el "debido proceso", contra lo que se cree, no es una creación anglosajona, sino una de honda raigambre hispánica: la noble figura del "Justicia" aragonés, Juez de causas contra el Rey y los servidores de la Corona aragonesa, apareció ya en 1265 y tuvo su apoyo entre 1436 y 1520, con poderes no sólo para juzgar y reprimir entuertos ya cometidos sino amenazados o por cometer, en decisión del famoso "proceso de firma", bajo sus dos especies significativamente llamadas "firmas de agravios hechos" y "firmas de agravios temidos o facederos", cuyo alcance comenta Víctor Faren Guillén, *Antecedentes Aragoneses de los Juicios de Amparo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, pp. 65 y 66: "Por medio de las primeras se pedía la revocación de los agravios inferidos, con inhibición del juez agravante en tanto la Justicia no resolviera sobre si había lugar o no a ratificar su firma; mediante las segundas, se alegaba que tal oficial o juez intentaba o pretendía obrar desafortadamente y se pedía al Justicia que le ordenase no proceder" (p. 66). Y si bien el extracto transcrito se refiere a jueces y no a autoridades reales o administrativas, el mismo autor expresamente aclara que el recurso o acción de firma se daba y otorgaba contra "jueces, oficiales y aun particulares a fin de que no se perturbasen a las personas y a los bienes contra fuero y derecho, existiendo tanto en materia civil como criminal (como política, hay que añadir)" (p. 65).

17. Art. 39. "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

No constituye violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores". La jurisprudencia que se alude es principalmente la cristalizada en los siguientes fallos de la Corte de Casación.

18. Art. 217. "Las partes tendrán derecho a conocer el expediente con las limitaciones de esta Ley y a alegar sobre lo actuado para hacer valer sus derechos o intereses, antes de la decisión final, de conformidad con la ley".

Art. 218. "Las partes tendrán derecho a una comparecencia oral y privada con la Administración, en que se ofrecerá y recibirá en lo posible toda la prueba, siempre que la decisión final pueda causar daños graves a alguna o a todas aquéllas, de conformidad con la ley".

Art. 308. 1. "El procedimiento que se establece en este Título será de observancia obligatoria en cualquiera de los siguientes casos:

art. 308 —que desarrolla el art. 218— exige una comparecencia oral y privada para efectos de que el administrado se defienda y presente prueba, siempre que “el acto final pueda causar un perjuicio grave al administrado”. Según la misma norma, ello puede ocurrir cuando se intente imponer sanciones u obligaciones, suprimir o limitar derechos o, incluso, lesionar gravemente intereses, lo que hace exigible la oportunidad de defensa en todos los actos de la Administración, excepto en procedimientos de concesión, en los que la lesión normalmente no es grave, aun si se da, por limitarse a mantener el *statu quo* patrimonial preexistente, al no ampliar ni enriquecer los derechos subjetivos del administrado. Pero ello no es así y el “debido proceso” es exigible cuando la concesión requiere un concurso para su otorgamiento, por ser posible el conflicto entre interesados¹⁹ y equivalerse al mal de uno el bien concedido a otro de los competidores o partes en disputa.

Fuera de las hipótesis de concesiones sin concurso, en las que lo exigen y en todos los demás procedimientos, tanto en los de sacrificio como en los de autorización, la insatisfacción del interés en conservar la posición competitiva o el patrimonio (ante el acto que lesiona aquella, o limita y mutila éste), o del interés en ejercer derechos condicionados (ante el acto denegatorio de la autorización solicitada), debe reputarse una forma de lesión grave, que amerita la audiencia y defensa del administrado. Ello es así sin importar la clase del interés o del bien lesionado, tanto si son patrimoniales como personales o personalísimos. Lo que se defiende aquí no es un valor económico determinado sino la esfera de libertad del administrado, entendida como todo aquello que puede hacer o tener, eventual o actualmente, tanto si es libre como si está sujeto a intervenciones opuestas o negativas de la Administración. Libre de tales intervenciones casi no hay derecho subjetivo alguno, pero la sujeción está legalmente regulada y la libertad resultante también. Podrá prescindirse de esta garantía de previa audiencia, escudo de esa libertad expresa o residual, únicamente

a) Si el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos;

b) Si hay contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente.

2. Serán aplicables las reglas de este Título a los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad”.

Art. 320. “Cuando no se esté en los casos previstos por el artículo 308, la Administración seguirá un procedimiento sumario”.

19. La afirmación del texto respecto de actos de concesión con concurso corresponde al espíritu, aunque no a la letra, de los artículos de la Ley General transcritos y, sobre todo, del art. 308 *ibidem*. Es evidente, en efecto, que en procedimientos de concesión puede causarse un perjuicio al patrimonio del interesado, que es el fortalecimiento del competidor dentro del concurso (esté o no legalmente formalizado) para obtener una concesión administrativa (de algún derecho, principalmente contractual). En tales hipótesis, si bien no hay amenaza para derechos preexistentes del interesado, hay peligro para su posición competitiva en el mercado y evidente legitimación para hacerla valer y objetar cualquier ventaja ilegalmente concedida al competidor, dentro del procedimiento de concurso y/o en el acto final del mismo, llámese adjudicación o cualquier otra cosa. De este modo, una correcta interpretación de los artículos 217 y 308 de la Ley General conduce a la exigencia legal de la comparecencia oral o de cualquier otro procedimiento sucedáneo para el desarrollo y decisión del concurso administrativo, al menos de aquel que está legalmente regulado o formalizado, porque están jurídicamente reguladas su apertura y conclusión. En C.R. el art. 182 de la C. Política exige licitación para las obras públicas, las compras de toda clase y las ventas y arrendamientos de bienes del Estado, municipalidades y entes autónomos, mediante procedimiento a regular por la ley. La norma constitucional tiene su desarrollo en los artículos 92 y ss. de la Ley de Administración Financiera de la República, en la que los principios de publicidad del concurso, de trato igual para todos los concursantes y de adjudicación al mejor, previo acceso de cada participante a todas las piezas del expediente, son esenciales. Su violación produce la nulidad absoluta de lo actuado, según mandato del art. 100 de la misma LAF.

por razones de urgencia, entendidas como aquellas que así lo exigen para evitar daños irreparables o de difícil reparación a personas o cosas, pero la existencia de la eximente estará sometida a total contralor jurisdiccional²⁰, sobre todo en lo que toca a los motivos que deberán ser examinados íntegramente. Se trata de la formalidad sustancial y reglada más importante y genérica de nuestro ordenamiento administrativo.

e) *Conclusión:* No hay discrecionalidad administrativa en punto a la elección y configuración de los elementos formales del acto administrativo, que están normalmente determinados por el ordenamiento, expreso y escrito, o por principios generales no escritos. Excepcionalmente, esa libertad pareciera posible, pero, entonces, en estrecha correlación y proporción con las circunstancias del caso, lo que hace controlable su ejercicio y reduce a nada esa discrecionalidad en la mayoría de las hipótesis imaginables.

La verdadera sede de la discrecionalidad administrativa y donde ésta pareciera revestir toda su complejidad e importancia como medio de expresión de potestades normativas y creadoras de la Administración está en los elementos de fondo de sus actos autoritarios, fin, motivo y contenido. Pero se verá, sin embargo, el carácter ilusorio de esas virtudes creativas.

III. LA REGULACION INSUFICIENTE

Es posible que la discrecionalidad se dé, como se dijo, por carencia parcial de regulación de la potestad de fondo, fin, motivo o contenido. La otra forma de regulación insuficiente puede darse mediante el empleo de conceptos vagos o imprecisos, que la doctrina suele llamar indeterminados. En ambos casos se está delegando en la Administración la creación de una regla complementaria y concreta, para el caso determinado, que supla el silencio de la ley y que configure en lugar de ésta el elemento no reglado por ella; o bien, que precise y determine lo indeterminado e indique cómo debe entenderse realizada la categoría conceptual utilizada por la ley. La primera forma de discrecionalidad a examinar, que es la que se da por regulación insuficiente de los elementos del acto se divide, entonces, en dos grandes rubros: ausencia parcial de regulación y empleo de conceptos indeterminados. Examinemos estas diversas especies.

1. *Discrecionalidad en cuanto al fin*

Se da típicamente cuando el fin del acto no está indicado, sino sólo su contenido. Así, una norma autoriza al Concejo Municipal para remover al Ejecutivo Municipal, por mayoría de dos tercios de sus votos, sin decir por qué ni para qué. El Juez censura una remoción y hace ver la posibilidad de una desviación de poder por móviles de tipo político-partidista. Esa censura implica la asignación judicial de un fin a la remoción, pese al silencio de la ley. ¿Cómo es ello posible? Doctrina y Ley General proceden a este respecto por pasos ascendentes, en orden restrictivo, hasta imponer al Juez precisamente la fijación de fines del acto público.

Los artículos 49 de la Carta y 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 12 de marzo de 1966, sancionan la desviación de poder con la invalidez del acto y la definen como "el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por la ley" (art. 1.3 L.R.J.C.A.).

20. Art. 219. 1. "La Administración podrá prescindir excepcionalmente de los trámites de audiencia y comparecencia señalados por los artículos 217 y 218, únicamente cuando lo exija la urgencia para evitar daños graves a las personas o de imposible reparación en las cosas.

2. La omisión injustificada de dichos trámites causará indefensión y la nulidad de todo lo actuado posteriormente".

La primera consecuencia de tales normas es la prohibición que pesa sobre el servidor y funcionario público de actuar para fines distintos del señalado por la ley, cuando lo está. Pero van más allá, pues implican la prohibición de actuar para fines personales —propios o de terceros— aun cuando no lo esté. Es decir, ambas normas significan que la fijación de fines del acto administrativo es materia legal, reservada a la ley o a su reglamento ejecutivo o delegado, que no puede nunca ser libremente regulada por el propio funcionario; y que esos fines no pueden coincidir nunca con los personales de éste ni de nadie, porque, en tanto que reservados a la ley, tienen que ser de interés público, extraños a aquéllos. Puede, a lo sumo, caber el reglamento delegado o autorizado, que habilite la regulación administrativa sobre la materia dentro del marco de sus indicaciones y directrices, sin las cuales la ley claudicaría de su reserva, implícitamente incorporada al art. 49 C. Política, para abandonar la fijación de fines de la conducta administrativa en la misma Administración.

Ahora bien: el genérico del interés público tampoco es suficiente para configurar la potestad administrativa y el acto que autoriza. El giro en cuestión —el interés público— como, en general, cualquier otro vago e impreciso que es susceptible de múltiples sentidos en abstracto, sólo puede tener uno en el caso concreto y obliga al Juez a determinarlo, con exclusión de otras posibilidades. Pero la determinación de lo indeterminado se da enmarcada en varios preceptos, que guían al Juez.

El art. 131 (L.G.) dispone:

Art. 131.1: “Todo acto administrativo tendrá uno o varios fines particulares a los cuales se subordinarán los demás”.

La norma significa que todo acto tiene un fin preferente, no obstante darse en conexión con varios, en la norma misma o en la circunstancia de su aplicación. Nunca un interés (fin) se presenta aislado, sino en conjunto con otros, dentro de una circunstancia y, según sea el número y el valor de los otros, así será la satisfacción, que recibe el fin principal y el grado de esa satisfacción, que eventualmente puede hacerse mínimo o inexistente. En efecto, la autoridad, después de sopesar los hechos y los fines afectados por ellos, puede decidir no actuar y dejar las cosas como están. De este modo, el ejercicio de la potestad discrecional conlleva siempre dos operaciones importantes, a saber: la ponderación de los intereses públicos en juego frente a una situación de hecho, para determinar cuál es, en la circunstancia, el más importante y apremiante, por comparación con el señalado por la ley; la determinación de si actuar o no, según que ese fin más importante en la circunstancia sea o no el preferido por la ley. Si no lo es, la abstención es debida, pues todo acto destinado a fin diverso del legal, sería, por todo lo dicho, una desviación de poder. Dispone el inciso 3 del art. 131 *ibidem*:

Art. 131.3: “La persecución de un fin distinto del principal, con detrimento de éste, será desviación de poder”.

¿Qué ocurre cuando la ley no fija expresamente el fin del acto?

Dispone el art. 131.2 (L.G.):

Art. 131.2: “Los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento; sin embargo, la ausencia de ley que indique los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto y el juez deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento”.

La regla sienta el principio fundamental de que el Juez puede y debe suplir las lagunas de la ley en punto a fin del acto, con vista de sus otros elementos (principalmente del motivo, como se verá) y del resto del ordenamiento, que puede contener indicaciones indirectas sobre ese fin, por analogía con actos semejantes y del mismo

ramo, que sí lo tienen expresamente señalado. Hay una íntima relación, sobre todo, entre fin y motivo y será éste, la mayoría de las veces, el factor determinante del fin, cuando no ocurre lo inverso²¹.

Es decir: el fin siempre será reglado, por la ley o por el Juez. La norma consagra el principio, dominante en doctrina, en favor del carácter reglado y vinculado del fin del acto²². Quiere ello decir que el Juez deberá buscar siempre el fin del acto sin límites ni cortapisas fundados en una presunta libertad de la Administración al respecto, pues ésta no puede existir ahí donde debe ser siempre el ordenamiento —y no la Administración— la única fuente posible de regulación. No debe haber esfera de libertad para la Administración en la definición de los fines de su conducta, al menos de la imperativa, ni, de consiguiente, podrá la Administración nunca invocar una reserva a su favor sobre tal materia, frente al Juez o a la ley, para determinar ese fin por sí misma, como si pudiera escogerlo. Ello equivale prácticamente a autorizar al Juez, en ausencia de ley, para que, con vista de las otras normas y de los otros elementos regulados, él descubra y, en último término, escoja el fin del acto que la Administración debe perseguir. Se busca impedir que ésta fije su propia esfera de competencia y los límites de su acción frente al particular, al delimitar los intereses públicos a su cargo y, por exclusión, los que están a cargo de este último, disponiendo de la libertad y de la propiedad privadas. El Juez, en otras palabras, debe proteger estas últimas mediante la eliminación de la discrecionalidad en materia de fines de los actos administrativos, sin poder abandonar su determinación a la Administración ni hacerla en forma tal que reste siempre a ésta, por la imprecisión o la insuficiencia del acotamiento judicial, un margen de escogencia al respecto.

¿Cuál es la principal técnica utilizada por el Juez para suplir la laguna legal en punto a fines del acto administrativo? Dijimos ya de la íntima vinculación entre éstos y el motivo del acto. Hay, en general, una estrecha vinculación entre los elementos materiales del acto, fin, motivo y contenido, que son el medio inmediato de realización del fin público que corresponde a cada uno. Esa relación es más firme todavía cuando se trata del fin y del motivo. Podría decirse que o bien el fin es lo inverso del motivo; o bien que éste es el evento que provoca la necesidad cuya satisfacción es el fin. De este modo, establecido uno de los dos elementos, queda automáticamente determinado y definido el otro, por negación o relación de antítesis, aunque esta determinación por exclusión sea incompleta y exija —como se verá— de complementación. Así, si se prevé la potestad de dar permisos de construcción para garantizar la salubridad, seguridad, funcionalidad y belleza urbanísticas, se entenderá que el motivo ha de ser una solicitud de esa misma licencia que impone examinar su admisibilidad desde aquellos puntos de vista; y, a la inversa, si se dispone que se concederán licencias de construcción por solicitud del interesado, habrá que establecer primero los peligros que éstas presentan, de ser indiscriminadamente otorgadas, y determinar

21. Venezia, *op. cit.*, pp. 21, 22, 40, 42 y 43. Un distinguido autor argentino, Juan Francisco Linares, *Poder Discrecional Administrativo*. Abeledo Perrot, Bs. Aires, 1958, p. 105, ha puesto nítidamente de relieve esta conexión, entre motivo y fin, en su magnífica, pero poco leída, obra citada. Sacaremos ulterior provecho de sus enseñanzas. Véase, además, Jaime Sánchez Issac, *La Desviación de Poder en los Derechos Francés, Italiano y Español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1973, p. 73.

22. Julio Prat, *Derecho Administrativo*, tomo 3, Acali Editor, Montevideo, 1978, p. 104; Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1971, pp. 401 y 402; Marcelo Caetano, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Editorial Sucesores de Gali, Santiago de Compostela, sin año, pp. 283 a 288, esp. 283, 286 y 288; Giuseppe Guarino, *Scritti di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. II. Giuffrè, Milano, 197, pp. 85 y 86; Marcel Waline, "Le Pouvoir discretionnaire de l'Administration et sa limitation par le controle juridictionnel", *Revue du Droit Public*, 1930, París, p. 205; Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, Uruguay, 1953, tomo 1, pp. 408 y 409; Consuelo Sarria, *Acto Administrativo*, Ediciones UNSTA, Tucumán, Argentina, 1982, pp. 111 y 117. Elio Lasetta, "Attività e Atto Amministrativo", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1957.

así, por negación, el fin del otorgamiento de la licencia, que sólo puede ser la eliminación de esos riesgos y, concretamente, lo contrario de éstos, es decir: la construcción de viviendas saludables, seguras, funcionales y estéticas. Todo esto demuestra cómo, sin el motivo debido, la persecución del fin es imposible y el acto objetivamente desadaptado a este último, pues sólo puede servir para satisfacer necesidad distinta de la que el fin es supresión o eliminación. Un distinguido autor ha llegado a formular esa relación genérica y necesaria entre motivo y fin en la siguiente forma:

“Dadas las circunstancias no-A, debe ser: hacer H con el fin A”²³.

En ese sencillo esquema el motivo es determinado como la negación del fin y si éste es A, aquel será-no A, es decir: lo que autoriza para realizar el acto con ese fin, consistente, a su vez, en la remoción o eliminación de los resultados del motivo.

Puede decirse, de este modo, que el motivo es la inversión del fin, y a la inversa, y que establecido uno queda necesaria y lógicamente definido el otro, al menos preliminarmente. Si, entonces, nunca hay discrecionalidad en cuanto al fin, porque o bien lo determina expresamente la norma escrita con rango de ley formal o su reglamento ejecutivo; o bien lo determina el Juez con vista del resto del ordenamiento, tampoco hay discrecionalidad en cuanto al motivo, que sólo será, en consecuencia, la negación del fin, una vez esté determinado.

Se ha opuesto a la anterior doctrina otra —aguda pero aislada— según la cual los límites de la discrecionalidad están exclusivamente en la actividad conexas al acto, no en éste ni en sus elementos, ni tampoco, consiguientemente, en el fin legal, que nunca es el fin real del acto, dada la complejidad de los intereses públicos en juego por virtud de los hechos y de las relaciones sociales que son el motivo inmediato de ese mismo acto. Quiere decir esta doctrina que el fin del acto está dado por la Administración, no por la ley ni por el Juez, y que, aun si éstos los dan, sus reglas al respecto han de entenderse como normas flexibles y sujetas a desaplicación sin infracción del ordenamiento, siempre y cuando la circunstancia justifique el fin o el interés escogidos para su acto por la Administración. Lo importante no es que el fin sea el legal sino que la escogencia de éste sea razonable y útil de acuerdo con la circunstancia. Si los hechos que son el motivo así lo justifican, el fin puede ser cualquiera y la ley administrativa no lo prohíbe, en tanto se satisfaga un fin también público, aunque sea distinto del asignado al acto por la ley. Esta, en punto a fines, sería una directriz, obligatoria sólo si la circunstancia no aconseja o impone su desaplicación, a exclusivo juicio discrecional del funcionario actuante. La infracción de tal regla no sería vicio de legalidad ni anularía el acto consiguiente²⁴.

Es precisamente contra tal tipo de doctrina que ha reaccionado la L.G., al disponer la posible intervención judicial para suplir el silencio de la ley en punto a fines, innecesaria cuando éstos se hallan señalados. Mediante esta técnica se distingue el acto administrativo del acto privado de autonomía negocial, e, incluso, del acto político o de gobierno, si es que éste puede conceptuarse como el de rango constitucional con efecto reglado pero fin indeterminado, o determinable sólo con vistas de los actos de alta política y de dirección gubernamentales, caso por caso. El acto administrativo, a diferencia de aquéllos, tiene su fin determinado por ley o por el Juez, con independencia de la Administración y aun del Gobierno. Esta determinación inicial define —como se dijo— el motivo del acto, que es la negación de su fin. Así, el acto administrativo es aquel regulado por ley o con base en ella, que tiene determinados el fin y el motivo, en antitética implicación o correlación. La polémica doctrinal antes esbozada, que parte de opuesta base, es minoritaria, incluso en su país de origen²⁵. Lo

23. Linares, *op. cit.*, p. 108.

24. Piras, *op. cit.*, pp. 74 y 77.

25. Renato Alessi, *Principi di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1966, vol. 1, pp. 208 a 210; Dario Foligno, *L'Attività Amministrativa*, Giuffrè, 1966, p. 158. Véase, además, la lite-

que es cierto es que el ejercicio discrecional supone, en primer término, una identificación del fin principal normativamente preestablecido del acto y la ponderación de rango e importancia a su respecto de los otros intereses en juego cuando se realiza un hecho que afecta aquel fin principal, para determinar si se actúa, o no, y, caso afirmativo, la graduación en que los fines secundarios concurrentes han de realizarse, siempre con prevalencia del principal en la intención o en la letra de la ley, o, en su caso, de la norma jurisprudencial. Esa graduación se da normalmente mediante la conformación o configuración de los elementos de fondo, motivo y contenido, para adaptarlos entre sí y al fin, tomando en cuenta los hechos del caso, la "circunstancia" en que se actúa. Ello requiere o supone la fijación previa del fin por el ordenamiento, mediante norma escrita o jurisprudencia. La anterior doctrina, por otra parte, es la única que parece compatible con el ordenamiento costarricense, pues el art. 49 de la Carta y 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa reputan imperativa la existencia de un fin normativo y objetivo del acto administrativo, al estimar la actuación para fin diverso —ahí llamada desviación de poder— como vicio de legalidad y, en consecuencia, como "motivo de impugnación de los actos administrativos". Ello supone que siempre hay una regla sobre el fin y que su infracción genera la nulidad del acto, con entera independencia de la voluntad de la Administración.

2. *Discrecionalidad en cuanto al motivo*

No hay libertad administrativa de escogencia del motivo del acto, según lo dicho. Conviene, sin embargo, alguna consideración adicional sobre la naturaleza y consistencia de los motivos del acto, dada su importancia para la realización del fin, así como sobre sus relaciones con el ejercicio de las potestades administrativas. La génesis del acto administrativo está siempre en una necesidad social o pública, provocada por una realidad externa al funcionario. Este no actúa caprichosamente, sino habilitado u obligado por un evento exterior, que puede ser de múltiple naturaleza: un hecho natural o humano (conducta), un conjunto de hechos en relación, una situación jurídica subjetiva, una condición o cualidad determinadas. Así, una solicitud de pensión y los hechos que la justifican, un deterioro del área urbana o una escasez de vivienda barata, la condición de extranjero o de pensionado, la calificación de tradicional o lo contrario en una exportación, la urgencia de una obra pública y la necesidad de una finca para esa obra, etc. Y, en inmediata vinculación con el evento en cuestión, un acto de la Administración se hace posible o necesario, un único acto legalmente posible o uno entre varios, fijados, o no, por el ordenamiento. Aquellos eventos de diversa naturaleza son los motivos del acto. El funcionario enfrentado a la realidad social tiene que compararla con el ordenamiento y establecer si los hechos ocurridos crean una necesidad social que entra en su esfera de competencia y, más propiamente, si esa necesidad puede o debe satisfacerse a través del ejercicio de las potestades que componen esta última. La relación entre la necesidad así creada y el fin a lograr puede hallarse expresamente establecida por el ordenamiento, tanto como ser únicamente determinable por el funcionario. En el primer caso habrá un motivo reglado y, aparentemente, habrá uno discrecional y de libre escogencia y configuración en el segundo. Pero, como ya vimos, aun en este último caso esa libertad será sólo aparente, pues la previa determinación del fin a cumplir, concebido como la negación o satisfacción de la necesidad pública a satisfacer, implica ya una primera determinación objetiva —y, en todo caso, no administrativa— de ese motivo, correlativamente en-

ratura italiana citada en nota 19, que expresa la opinión doctrinaria y jurisprudencial ampliamente dominante en su país al respecto; el fin del acto administrativo está determinado objetivamente por la ley o por el juez, nunca por la Administración.

tendido como el hecho generador de esa necesidad y, en último término, como la antítesis del fin en cuestión. Ello, sin embargo, no basta para eliminar toda libertad, por ser una determinación puramente negativa del motivo. El campo de lo que es contrario al fin, en cuanto crea la necesidad pública suficiente para justificar el acto administrativo (en lugar de satisfacerla), puede abarcar muchas posibilidades, que exigen o bien precisión mayor, o bien un margen de libertad en su elección. Si ese margen se diera, habría verdaderamente discrecionalidad. Así, lo que es una morada aceptable urbanísticamente, en cuanto satisfacción de la necesidad habitacional, puede corresponder a carencias y circunstancias de muy diverso tipo, como motivo de la licencia respectiva. La precisión de este tipo de necesidad y de los hechos que la generan en el caso concreto, para saber si se puede, o no, conceder esa licencia, requiere saber mucho más de lo que permite su conocimiento genérico, como aquella cuya satisfacción es el fin del acto: todo depende de la zona, de la existencia de servicios públicos, de los planos a ejecutar, etc. Fuera de saber que el motivo es lo opuesto al fin y éste la satisfacción de la necesidad pública que aquél genera, se requiere conocer más para justificar la conducta administrativa adoptable.

La primera opción a despejar será, según todo lo dicho, la de actuar o abstenerse. Como tal, esa decisión es una especie de la consistente en escoger entre varias conductas a seguir y será examinada cuando enfoquemos este género de decisión administrativa, desde el ángulo de la discrecionalidad. Nos interesa determinar ahora cómo se da la decisión cuando ésta es de actuar y de emitir un acto administrativo. La doctrina y la jurisprudencia francesa han desglosado varias etapas y posibilidades al respecto, cada una de las cuales supone una forma de intervención contralora del Juez sobre la decisión adoptada, más o menos intensa, según la naturaleza de la operación lógico-volitiva de que se trata. Tales etapas, en otras palabras, corresponden a otros tantos grados de contralor jurisdiccional sobre el acto administrativo, favorable o desfavorable al administrado. El Conseil d'Etat ha elencado tres principales etapas al respecto, a saber²⁶:

a) *Control de primer grado (mínimo): Existencia y exactitud materiales de los hechos.* Aún si el motivo es discrecional y elegible, por no estar previsto legalmente, alguno tiene que haber y darse en la realidad tal y como ha sido invocado para dictar el acto, porque la Administración carece de privilegio para mentir o actuar por puro capricho. Es la hipótesis del acto nulo, por aceptación de una renuncia que no se había presentado (arret Camino, C.E., 14 de enero de 1916). El Consejo de Estado es generoso en favor del actor agraviado en punto a prueba de la inexistencia total o de la inexactitud grave de los hechos afirmados por la Administración y en su apreciación como causa de anulación del acto cuando la comprobación se dé. El art. 133, inciso 1, L.G., confirma el principio para C.R., cuando dispone:

Art. 133.1: "El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto".

b) *Control de segundo grado (normal).* La ley puede definir el motivo del acto y calificarlo para lograr la definición, en lugar de omitir la regulación al respecto. La ley puede decir que cuando haya una *epidemia* podrá decretarse una cuarentena o una vacunación general, o que cuando haya una *amenaza grave contra la estabilidad de la moneda* se podrá fijar tasa múltiple de cambio a las divisas, según el fin a que se destinen. Es evidente la profunda diferencia que media entre ambas calificaciones, la de epidemia (como motivo de la cuarentena) y la de amenaza contra la estabilidad de la moneda (como motivo de un régimen cambiario múltiple). La primera es una condición técnica de fácil comprobación, sin lugar a apreciaciones personales; la se-

26. Auby et Drago, *Traité de Contentieux Administratif*, L.G.D.J., París, 1975, pp. 386 y ss. Di Qual, *op. cit.*, pp. 384-87.

gunda es un hecho social complejo, más futuro que actual, cuya existencia depende de su gravedad y cuya gravedad depende de la opinión personal del técnico economista sobre el complejo juego de la oferta y demanda de divisas en el país. Durante mucho tiempo, el C.E. se negó a entrar en la fiscalización de los motivos legalmente calificados de los actos administrativos, para establecer si la Administración había actuado bien o mal, al tenerlos por establecidos. En un famoso arret Gomel, C.E. 4 de abril de 1914, el Conseil d'Etat anula la denegación de un permiso de construir que se fundaba en una ley que prohibía darlo con perjuicio de las "perspectivas monumentales", y expresamente declara no sólo que no lo es la plaza fronteriza cuya existencia motivó el acto anulado, sino, además, que también entraría en su competencia, de haber resuelto lo contrario, establecer si, siendo monumental la plaza, habría sido perjudicial a ella la construcción proyectada. Esto sentó la regla de que la "calificación jurídica" de los motivos legales puede entrar en la competencia del contralor jurisdiccional de la Administración, aunque, según la naturaleza del acto y de los intereses en juego, pueda también quedar fuera de ella. Es evidente que en casos como el de la epidemia, el Juez se atenderá a reglas médicas y de laboratorio que le permitan juzgar la conducta de la Administración, casos habrá, como el de la crisis monetaria o como el de la perspectiva monumental, en los que los criterios aplicables podrán ser subjetivos y podrán permitir teóricamente un último reducto de opinión o preferencia personales, no mensurables ni valorables objetivamente. El C.E., realista como siempre, no ha extendido el control de la calificación jurídica de los motivos legales a todas las zonas de la acción administrativa y ha dejado muchas sin otra fiscalización que la de la existencia y exactitud materiales de los hechos correspondientes, por ejemplo, en lo que toca a medidas de policía general sobre extranjeros, en materias altamente técnicas (de ciencias naturales), en algunos casos aislados del contencioso de la función pública, etc.²⁷. Pese a ello, un hecho es evidente: la jurisprudencia así creada ha definido la naturaleza de la operación lógica y valorativa en que consiste la llamada "calificación jurídica" de los hechos como una forma de aplicación de la ley, que siempre puede entrar en el control de la legalidad, sea cual sea la dificultad técnica o valorativa que esa operación envuelva. Esa operación puede describirse, en otra forma, como la concreción y aplicación al caso de los conceptos vagos, imprecisos o indeterminados empleados por la ley²⁸. La más nueva doctrina española (pero fundada más bien en la alemana, que, a su vez, tiene que haber tomado en cuenta la jurisprudencia francesa) propugna la univocidad, el sentido simple y único del concepto indeterminado frente a los hechos del caso, en razón de una su congénita posibilidad de determinación y de aplicación exactos dentro de la circunstancia²⁹. Paradójicamente, parte importante de la doctrina francesa³⁰ y, por ella, de la

27. Todos los tratados y monografías francesas dan cuenta de cómo el C.E. se reserva el fiscalizar o no la calificación jurídica de los hechos, según que quiera, o no, concederle a la Administración discrecionalidad al respecto; en el campo de la policía ello es tan curioso como grave, para lo cual véase Jean Castaigne, *Le Controle Juridictionnel de la Legalité des Actes de la Police Administrative*, pp. 154 a 157, L.G.D.J., París, 1964; véase también Di Qual, *op. cit.*, pp. 118 y 121.

28. Di Qual, *op. cit.*, pp. 85, 86 y 127-129; Waline, "Le Pouvoir discretionnaire...", *op. cit.*, pp. 216 y 217.

29. Véase al respecto la ya clásica y hermosa monografía de Eduardo García de Enterría, "La Lucha contra las Inmunidades del Poder", *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1974, pp. 34-38, seguido en esto por su discípulo Fernando Sainz Moreno, "Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa", *Civitas*, Madrid, 1976, pp. 224 y ss., con erudita y penetrante reseña del Derecho Comparado sobre el tema, y conclusión favorable a la incompatibilidad entre discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado; en todo caso véase el notable artículo discrepante de Ml. Martín González, "El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos", *RAP*, 1967, Nº 54, pp. 104-112.

30. Michel Dubisson, *La Distinction entre la Legalité et l'Opportunité dans la Theorie du Recours pour Exces de Pouvoir*, L.G.D.J., París, 1958, pp. 59-62; Daniele Loschak, *Le Role Politique*

latinoamericana³¹, sigue fincando la esencia de la discrecionalidad en la elección marginal sobre motivo y contenido, nacida de una presunta subjetividad irreductible de los conceptos vagos, elásticos o indeterminados que los califican y que no necesariamente corresponden —como los que expresan valores o realidades sociales muy complejas— a parámetros objetivos de sentido y de interpretación. La discusión se halla todavía sobre ascuas entre quienes sostienen factible la reducción del concepto indeterminado a un solo sentido concreto y quienes lo reputan imposible. Como se verá de inmediato, el asidero más importante de la doctrina favorable a la limitación de la discrecionalidad por los conceptos indeterminados, en tanto que excluyentes de ella, es la realidad de la función jurisdiccional, fuente de Derecho y, por ahí, de precisión de esos conceptos, como si se tratara de la misma ley³². El Juez, en otras palabras, crea una interpretación del concepto legalmente indeterminado que se impone a la Administración, eliminando toda posibilidad de elección al respecto. Y, todavía más, el Juez suplente el silencio de la ley, que no ha fijado motivo legal alguno, para insertar uno de su elección y anular todo acto que invoque o tenga otro, como si violara la ley³³. En último término no hay discrecionalidad administrativa frente al motivo definido por la ley en forma vaga o imprecisa, dado el arbitrio del Juez, que determina lo indeterminado, con base en criterios de oportunidad propios, como ocurre en el contralor máximo o de tercer grado que pasamos a explicar.

c) *Control de tercer grado (máximo)*. El Juez controla las elecciones o escogencias hechas por la Administración dentro del marco de libertad que le ha dado la ley y juzga si el motivo escogido se adapta al contenido dictado, o a la inversa, con lo que suplanta, en realidad, a la Administración. En el ejemplo de la potestad disciplinaria, el Juez controla no sólo la existencia del hecho imputado y no sólo si se trata, o no, de una falta disciplinaria capaz para motivar una sanción, sino también la proporción entre la gravedad de la falta cometida y la de la sanción impuesta, el ajuste del motivo con el contenido del acto. Esto ocurre, sobre todo, en materia de policía municipal, esfera dentro de la cual el C.E. se convierte en defensor de los derechos humanos y constitucionales, frecuentemente violados en poblados rurales, para lo cual entra a apreciar si las medidas de conservación o restablecimiento del orden público son estrictamente necesarias y proporcionales al motivo. Así en el arret Benjamin, C.E. 19 de mayo de 1933, anula una decisión de un alcalde prohibiendo una conferencia pública por la invocación de posibles desórdenes con ese motivo, después de analizar la situación de hecho en su conjunto y concluir en que otras medidas de prevención, menos drásticas, habrían bastado para lograr el fin buscado. La doctrina francesa, en búsqueda de una explicación, formula la regla de que la lesión administrativa de derechos humanos y constitucionales, o debidamente otorgados y nominados por ley, se da siempre sujeta al principio de vinculación total, expresa o implícita, de la potestad pública, que resulta ejercitable únicamente cuando ello sea estrictamente “necesario”,

du Juge Administratif Français, L.G.D.J., París, 1972, pp. 48-50 y 140-143; Michel Stassinopoulos, *op. cit.*, pp. 147 y ss., 150, 151, 156 y 161-164. Fuera de Francia la “discrecionalidad intelectual”, fundada en los “conceptos indeterminados”, tiene apoyo en Forsthoft, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pp. 125, 126, 128 y 129; y en Italia, sobre todo, en Alessi, Renato, *Principi di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1966, vol. 1, pp. 204, 205, 212 y 213.

31. Celso Antonio Bandeira de Mello, “Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial”, separata *Revista de Derecho Público, Anuario de Derecho Administrativo*, 1975-1976, Universidad Católica de Chile, pp. 451 y 452; Linares, Juan Fco., *op. cit.*, pp. 18, 36, 66, 179 y esp. 209-230; Germán Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, EDIAR, Bs. Aires, tomo 1, 1964, pp. 756 y 757; Manuel María Díez, *El Acto Administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, 1956, Bs. Aires, p. 114; Sarria Consuelo, *op. cit.*, p. 107, pero con neta contradicción en pp. 118 y 119, donde niega que “el concepto indeterminado” pueda ser fuente de discrecionalidad.
32. Yves Gaudemet, *Les Methodes du Juge Administratif*, L.G.D.J., París, 1972, pp. 211 y 249 y ss.
33. Loschak, *op. cit.*, p. 49.

apreciación que exige aplicar criterios de oportunidad, que así quedan incorporados a la legalidad de la acción administrativa; cuando, a la inversa, los derechos amenazados o violados no son constitucionales, nominados ni expresamente regulados, el contralor encuentra firme la distinción tradicional entre legalidad y oportunidad como dominios exclusivos y excluyentes del Juez contencioso y de la Administración, respectivamente³⁴. Aquí, como en todos los otros dominios de su jurisprudencia, el C.E. se muestra cauto y amigo de distinciones, por lo que contrasta con la profunda penetración del control jurisdiccional en favor de los derechos constitucionales o legalmente garantizados, su laxitud en defensa de los que no lo están (como el derecho a las procesiones sobre vías públicas), relajamiento que llega hasta la abstención total de fiscalización sobre los motivos, por ejemplo, de los "actos de alta administración", respecto de los cuales le basta intervenir sobre la legalidad externa (procedimiento, competencia y forma), sin verificación ni aun de la existencia y exactitud materiales de los hechos de base. Sin embargo, la imbricación de oportunidad y legalidad como regla jurídica, en cuanto sólo resulta legítima la conducta administrativa oportuna y necesaria, ha cobrado ya otros campos de la acción administrativa distintos de la policía local, en la jurisprudencia del C.E., sobre todo en materia de expropiaciones y de urbanismo. En tres fallos recientes que significan un vuelco histórico, el C.E. ha dejado sentado el principio general de que las expropiaciones y los permisos "derogatorios" (de normas y planes) en materia de urbanismo deben juzgarse legítimos únicamente si sus ventajas sobrepasan su costo financiero y social, esto último entendido ya no sólo en relación con su fin inmediato sino por referencia del mismo a toda clase de intereses públicos en juego³⁵. Por arret Ville Nouvelle-Est, 28 de mayo de 1971, el C.E. anula un decreto de expropiación considerando que el costo financiero y los problemas sociales directamente provocados por el respectivo proyecto de obra pública exceden sobradamente las ventajas y beneficios de ésta. "El Juez, ha dicho Marcel Waline, se otorga aquí el derecho de apreciar todas las ventajas y los inconvenientes de todo tipo de la operación proyectada, establece un balance entre ellos, como si hiciera una suma algebraica de unos y otros, y no da su luz verde sino cuando el resultado del balance le parece francamente favorable". En un segundo caso, C.E., Société Civile Sainte Marie d l'Assomption, 20 de octubre de 1972, se anula otro decreto de expropiación para construir un anillo vial, en razón de perjudicar el ambiente de un hospital psiquiátrico vecino, con audaz ampliación del campo de apreciación de los intereses en juego, al decir el Conseil d'Etat:

"Una operación no puede legalmente declararse de utilidad pública, sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo financiero, y los eventuales inconvenientes de orden social, así como la amenaza a otros intereses públicos, no son excesivos en relación con el interés que la operación presenta"³⁶.

Han sobrevenido ya otros fallos sobre la base del mismo principio general, de la "ecuación entre presupuesto, costo y beneficio"³⁷.

Es evidente que el juicio sobre ese balance comprensivo de utilidad económico-social del proyecto es el que la Administración ha tenido que hacer antes de iniciar

34. Castaigne, *op. cit.*, p. 160; Marcel Waline, *Etendue et Limite du Controle du Juge Administratif, Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, 1956, pp. 27 y 28. Este último autor ha dicho muy gráficamente: "es necesario renunciar a explicarlo todo diciendo: el Juez controla la legalidad, lo que puede obligarlo en ciertos casos a controlar la oportunidad".

35. Ver el comentario de Jeanne Lemasurier, "Vers un Nouveau Principe General du Droit? Le Principe «Bilan-Cout-Avantages»", en *Melanges Offerts a Marcel Waline*, París, L.G.D.J., 1974, pp. 551 y ss., esp. pp. 560-562; así como, en la misma obra colectiva, André de Laubadère, "Le Controle Juridictionnel du Pouvoir Discretionnaire dans la Jurisprudence Recente du Conseil d'Etat", pp. 531 y ss., esp. pp. 541, 543 y 547; y Jean Waline, "Le Role du Juge Administratif dans la Determination de l'Utilité Publique", esp. pp. 815 y 821-825.

36. Tomado del artículo de Lemasurier, citado en nota anterior, *op. cit.*, p. 555.

37. Lemasurier, *op. cit.*, p. 556.

la obra, como parte de su programa de gobierno; el Juez, al repetirlo, la suplanta. Los comentarios doctrinales han sido mixtos, encomiosos unos, críticos otros.

d) *La posición de la Ley General.* Esta se ha hecho eco de la tendencia favorable a la eliminación de la discrecionalidad en punto a apreciación y configuración del motivo, hasta hacer imposible una verdadera elección del mismo fuera de criterios estrictos que, a modo de coordenadas, convergen hacia su identificación única e insustituible. Son más bien esos criterios, que no la libre elección del funcionario, los que determinan la identidad y consistencia del motivo así revelado o descubierto. Disponen expresivamente el párrafo 2) del art. 133 *ibidem*:

“Art. 133.2: Cuando no esté regulado (el motivo) deberá ser proporcionado al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento”. Después de exigir en su párrafo primero el contralor total de la existencia y exactitud materiales del motivo (contralor de 1er grado o mínimo), el art. 133.2 impone el de los conceptos indeterminados que lo definen y de su aplicación (contralor de 2do grado o medio), tanto como el de su proporcionalidad al contenido y, por ahí, al mismo fin, que sólo a través del juego entre motivo y contenido puede lograrse. Esto último implica el contralor máximo posible o de 3er grado. El art. 133.2 hace general en C.R. lo que en Francia es el contralor máximo del Juez sobre la conducta administrativa, hasta hacerla incompatible con la discrecionalidad. En Francia tal contralor, sobre la proporcionalidad del motivo con el contenido, es potestativo para el C.E. y aplicado con grandes cautelas y reservas, que dejan por fuera del mismo grandes e importantes porciones de la conducta autoritaria de la Administración. El art. 133.2, como se dijo, impone su generalización, haciendo de principio la inexistencia de discrecionalidad y de libertad administrativas para adaptar el motivo al contenido, y excepcional la discrecionalidad, más en atención a la circunstancia de cada caso que como delimitación de un campo reservado exclusivamente al arbitrio administrativo. Tal reserva general de libertad en favor de la Administración viene negada por el art. 133.2, que faculta automáticamente al Juez para juzgar sobre la relación de proporcionalidad y, por ende, de eficiencia y de oportunidad, del motivo respecto del contenido, como medios para alcanzar el fin público del acto; y que autoriza al Juez, eventualmente, para anularlo cuando esa relación sea negativa, por carencia o por exceso (del acto) respecto de ese fin, o del motivo respecto del contenido, según su exclusivo criterio. Se crea, en otras palabras, la posibilidad de que el Juez se sustituya a la Administración en punto a la oportunidad de sus resoluciones y actos, en lo que mira a la adaptación y proporción del motivo respecto del fin público.

En el fondo ambos métodos de eliminación de la discrecionalidad —el legislativo y el jurisprudencial— son equivalentes, aunque pueda ser más flexible el jurisprudencial que el legislativo: si bien en éste media una aparente obligación rígida de controlar aquella proporcionalidad entre el motivo no regulado o regulado insuficientemente y el contenido previsto, que en aquel método jurisprudencial no se da, hay en ambos por igual una libertad del Juez para actuar siguiendo su exclusivo criterio y, consecuentemente, para disfrazar la abstención de contralor con uno de alcance expresamente positivo y favorable al acto. El Juez deviene el árbitro de la oportunidad de los actos administrativos en relación con sus motivos no expresos o indeterminados, con la opción de abstenerse de todo control al respecto si encuentra el acto razonable y justo a primera vista y, a la inversa, de anularlo, cuando —también a primera vista— lo halle grosera o reiteradamente violatorio de la ley y del Derecho, incluyendo de reglas no jurídicas y de principios generales, tan importantes como esta última. Como ha dicho Guy Braibant, Comisario de Gobierno ponente de la tesis aceptada por el Conseil d'Etat en la jurisprudencia Ville Nouvelle Est, antes citada, “se trata de censurar las decisiones arbitrarias, irrazonables o mal estudiadas de la

Administración, más que de una regla general aplicable al contralor de todos sus actos". El exceso en que puedan haber incurrido la jurisprudencia francesa o la ley costarricense, viene compensado sobradamente con la imposibilidad en que el Juez se halla de ejercer ese penetrante poder en todos los casos y por la utilidad social e institucional que puede procurar, en cambio, un precedente ejemplar, que ponga coto a la irresponsabilidad, maldad o empirismo de la Administración moderna, hoy más frecuentes que nunca.

Todo lo dicho anticipa un progreso fundamental que la Ley General ha introducido en C.R., a saber: la integración de la oportunidad y de sus reglas al bloque de la legalidad administrativa, como un conjunto más de normas jurídicas condicionantes de la validez del acto o, al menos, como reglas implicadas y supuestas por el Derecho Administrativo de la conducta imperativa de la Administración. Esto ocurre, por lo pronto y según todo lo dicho, también en Francia, en aquellas zonas de la conducta administrativa —como la policía municipal y rural, sobre todo en protección de derechos humanos y constitucionales— en los que el C.E. ejerce su contralor máximo o de tercer grado sobre el acto administrativo. Ocurre, también en Italia, en la llamada jurisdicción de mérito, pero también en forma limitada a casos legalmente tasados, fuera de los cuales tal contralor es imposible, por ilegítimo³⁸. En su jurisdicción normal, fundada en cláusula general de atribución, el Consiglio di Stato —y ahora los tribunales regionales italianos— anula invocando la violación de normas jurídicas escritas, sin dar órdenes a la Administración, ni sustituirla. Las reglas jurídicas aplicadas son normalmente generales y decretadas, como las leyes o los reglamentos, aunque ocasionalmente puedan también ser principios generales de Derecho o reglas jurisprudenciales. Son siempre normas jurídicas por naturaleza, *ab origine* o por incorporación, no provenientes de otros órdenes. Se mantiene siempre, tanto en Italia como en Francia, la neta distinción entre legalidad (como materia propia de la jurisdicción) y oportunidad (como materia propia de la administración), con la prohibición al Juez de invadir el campo de esta última, salvo excepciones taxativas de ley.

La situación es ahora radicalmente diversa en C.R. Al concebirse aquí la proporcionalidad entre motivo y contenido y su conjunta adecuación al fin del acto, como parte de la materia controlable por el Juez en virtud de regla general (art. 133.1 y 2), las disposiciones que regulan ese juego de recíprocas adaptaciones entre los elementos materiales, bajo la guía del fin legal, se convierten en verdaderas normas jurídicas obligatorias para la Administración, o en parte implícita del supuesto o hipótesis normativa de estas últimas (según la tesis que se adopte al respecto), cuya infracción genera la nulidad del acto. De este modo, la oportunidad pasa a formar parte de la legalidad y el control de ésta se amplía hasta abarcar también el de aquélla, todo con las limitaciones que se verán.

La Ley General ha completado el círculo de contralor jurisdiccional alrededor de la potestad administrativa y de su aparente discrecionalidad, estrangulándola, al regular, correlativamente con el motivo no expreso o indeterminado, la hipótesis del contenido en iguales circunstancias.

38. Ver Ottorino Tentolini, *La Giurisdizione di Merito del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1942, pp. 184 y ss.; y Pier Giorgio Ponticelli, *La Giurisdizione di Merito del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 125 y ss.; Pietro Virga, *La Tutela Giurisdizionale Nei Confronti della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, pp. 176 y ss., donde el autor hace ver que la jurisdicción de mérito o exclusiva —como suele llamarse en Italia— es, a diferencia de la ordinaria de legitimidad, de tipo excepcional y por atribución tasada de materias, aunque el autor niegue expresamente que el Juez pueda conocer de la oportunidad o conveniencia del acto en tal sede (ver p. 177).

3. *Discrecionalidad en cuanto al contenido. Poderes implícitos, cláusulas generales de competencia y situaciones de urgencia*

Entendemos por el contenido simplemente el efecto jurídico del acto, el cambio que introduce en el ordenamiento jurídico o, todavía mejor, la representación de ese efecto y de esa innovación en el proceso lógico-volitivo conducente a su adopción. El contenido, así entendido, es la expresión normal de la potestad de base necesaria para la validez del acto o, en otras palabras, el elemento del acto indicado por la potestad, de base puede definirse como la autorización de un acto mediante la de su contenido, entendido, según lo dicho, como el efecto típico a producir por el ejercicio de esa potestad. En virtud del principio de legalidad, todo acto debe ser ejercicio de una potestad para dictarlo, normalmente expresa y específica: expresa, porque esté dada por una norma escrita, y específica, porque tenga un contenido determinado o determinable con un nivel suficiente de exactitud como para saber, desde que se conoce o cuando se aplica la norma que otorga la potestad, qué es o en qué consiste el acto jurídico que ésta autoriza. Aquello que se puede hacer en virtud de la potestad es justamente el contenido del acto y, de consiguiente, éste es el elemento del mismo comúnmente regulado al crear la potestad que lo legitima.

El principio de legalidad no es otra cosa que una exigencia general de especificidad normativa del contenido del acto administrativo, como condición de su legitimidad.

Dispone al respecto el art. 11 de nuestra Constitución:

Art. 11. "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública".

La norma constitucional prohíbe la acción sin o más allá de potestades legalmente concedidas, lo que reafirma el art. 59 de la Ley General, al disponer:

Art. 59.1. "La competencia será regulada por ley siempre que contenga la atribución de potestades de imperio".

Esta norma aclara el alcance de la regla constitucional, al exigir ley formal y expresa para la creación de potestades de imperio, necesaria y lógicamente frente a otros sujetos.

El art. 11.2 *ibidem* indica precisamente el sentido del art. 59.1, al disponer:

Art. 11.2. "Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa".

Una potestad, para serlo, debe contener, según ello, la indicación legal del motivo o del contenido del acto, o de ambos a la vez.

El art. 132.1 desarrolla todavía más las exigencias del principio de legalidad respecto del contenido de la potestad necesaria para legitimar el acto imperativo, al disponer:

Art. 132.1: "El contenido deberá de ser lícito, posible, claro y preciso y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo, aunque no hayan sido debatidas por las partes interesadas".

La norma tiene por sentido establecer las condiciones en que un acto administrativo deberá entenderse como legalmente autorizado por razón de su contenido

y pareciera exigir a ese efecto que el contenido sea "preciso". Pero es lo cierto que el párrafo final de la norma contempla la posibilidad de agregar al contenido términos, condiciones y obligaciones modales, posibles únicamente cuando el contenido está dado "imprecisamente", por lo que la exigencia del párrafo primero en sentido contrario ha de entenderse como compatible con esta otra posibilidad. Dispone dicho inciso 4):

Art. 132.4: "Su adaptación (del contenido) al fin se podrá lograr mediante la inserción discrecional de condiciones, términos y modos, siempre que, además de reunir las notas del contenido arriba indicadas, estos últimos sean legalmente compatibles con la parte reglada del mismo".

La posibilidad de un contenido impreciso viene reafirmada por el párrafo tercero *ibidem*, que dispone:

Art. 132.3: "Cuando el motivo no esté regulado el contenido deberá estarlo, aunque sea en forma imprecisa".

Esta regla es importante, además, porque exige una regulación del contenido del acto cuando el motivo no esté regulado, lo que significa una prohibición de actos administrativos carentes de regulación en cuanto a motivo y contenido simultáneamente. La mera regulación del fin, no obstante implicar una automática definición del motivo, no basta para fundar el acto cuando, además, la norma ha omitido regular el contenido. Si bien ello es teórica y lógicamente posible, la Ley General ha acogido aquí una exigencia del principio de legalidad en bien de la seguridad del ciudadano, que descarta la posibilidad de la discrecionalidad cuando la indeterminación legal abarque el motivo y el contenido, por ausencia total de regulación legal al respecto. Si, en cambio, el contenido está determinado, aunque imprecisamente, el acto debe reputarse como legalmente autorizado, no obstante carecer de motivo legal. En esta hipótesis, según se vio, existe una determinación implícita, aunque preliminar e incompleta, del motivo, como negación del fin regulado. El párrafo 3) del art. 132 sienta la regla de principio, en otras palabras, de que la creación de competencias mediante la sola indicación de fines no autoriza los actos para realizarlos, si éstos no tienen, al menos, dos elementos de fondo precisa o imprecisamente regulados, el fin y el contenido, o éste además de aquél.

Las normas anteriores significan la prohibición de potestades de imperio con base en las siguientes fuentes:

a) Reglamentos autónomos, por los que se entiende aquellos que, aunque subordinados a la ley, no requieren de ésta para su existencia. Su fundamento es una potestad reglamentaria inherente a la Administración, para regular sus relaciones con el administrado, incluso mediante la creación de potestades de imperio frente a él. Esa potestad autónoma de reglamentación no existe o sólo puede ejercerse en materia no reservada a la ley y está limitada a aquella no intersubjetiva en los sistemas —como el nuestro— en los que la propiedad y la libertad de los sujetos de derecho y, sobre todo, de los sujetos privados, están constitucionalmente garantizados y reservados a la ley (arts. 11 y 28 de nuestra Carta, en relación). En sistemas de este tipo, la autonomía administrativa de índole normativa sólo puede ser fuente de reglamentos internos de organización y de servicio, que no deben alcanzar siquiera a suprimir derechos del usuario fundados en la ley, lo mismo que ninguna de las garantías que ésta ofrezca dentro de la relación de prestación correspondiente. Los únicos reglamentos que pueden crear potestades de imperio frente al administrado u otros sujetos serían los reglamentos ejecutivos de la ley y los delegados por ésta, en materia reservada a ella, siempre dentro de los límites, bases y guías ofrecidos

e impuestos por la misma ley, en el marco de los cuales tiene que guardar su acción la Administración autora del reglamento, bajo sanción de nulidad por carencia de potestades más allá de tales barreras legales, tanto como por violación de la ley que las fija y exige. A modo de reafirmación de las reglas anteriores, y en ningún caso a título de exclusión de ellas, dispone el art. 19 *ibidem*:

Art. 19. 1. "El régimen jurídico de los derechos constitucionales estará reservado a la ley, sin perjuicio de los reglamentos ejecutivos correspondientes.

2. Quedan prohibidos los reglamentos autónomos en esta materia".

Es decir: es reserva de ley (o de reglamentos que la desarrollan, como los ejecutivos o delegados, en virtud de correcta y limitada delegación), con exclusión de reglamentos autónomos, la creación de potestades de imperio frente a todo tipo de derechos o intereses legítimos del administrado, tanto si éstos son constitucionales como si son meramente legislativos.

Es evidente, por otra parte, que si las situaciones subjetivas del administrado tienen origen reglamentario, podrán ser afectadas como fueron creadas, reglamentariamente, en virtud de otra norma administrativa de rango y naturaleza iguales, sin protección de reserva legal al respecto, que sólo viene dada, según los principios generales de la materia y la Ley General, para dos tipos de derechos, a saber: derechos de origen legal, o de origen reglamentario pero indirectamente legislativo (reglamento ejecutivo o delegado); o, en último término y con no menos vigor y solidez, creados por principios generales de derecho de rango constitucional o legal, según el articulado de la misma Ley General. Lo que nos lleva directamente a comentar la vigencia de tales principios como fuente limitadora —y no potenciadora— del imperio administrativo.

b) Principios generales de Derecho, por los que se entienden las reglas no escritas, de rango constitucional o legal, superiores, por consiguiente, al reglamento (de todo tipo), vigentes por obra de la doctrina dominante y de la jurisprudencia, que regulan tanto la organización como el funcionamiento de la Administración, en garantía de los derechos subjetivos e intereses privados conexos a las potestades legales o reglamentarias (con los límites antes indicados) atribuidas a la Administración. Es decir: no existen potestades de imperio por virtud de principios, desde luego que un principio fundamental, el de legalidad, exige normalmente regla escrita y expresa que crea dichas potestades, en protección de los derechos e intereses del administrado, fundamentalmente de su libertad y de su propiedad. Lo que esos principios pueden crear son derechos y garantías del ciudadano, así como deberes y obligaciones de la Administración. Una zona entera de la vida administrativa escapa a tan rígida exigencia del principio de legalidad y de la Ley General, que es el campo de las relaciones especiales de supremacía u ordenamientos parciales del Estado, fundamentalmente de los originados por el ejercicio de potestades públicas creadoras de relaciones jurídicas de duración y de estrecho contacto entre Administración y administrado. Este campo es principalmente el de la prestación de servicios públicos y el de la ejecución de contratos administrativos. En este ámbito el principio de legalidad quiebra en su sentido y alcance estrictos, exigentes de una ley formal o de un reglamento de ella en orden a satisfacer las necesidades de seguridad del administrado frente a la administración imperativa, para permitir que sean principios generales doctrinarios y jurisprudenciales los que normalmente fijan las potestades imperativas de la Administración frente a los administrados, dentro del campo definido de la relación que los une, localizada y desarrollada, a su vez, en el ámbito físico de una institución prestadora de servicios. Ello debe ser así, en gran parte, porque en el marco de los contratos de la Administración y de la prestación de servicios públicos las potestades de imperio se entienden equilibradas, cuando no polarizadas, en bien de la contra-

parte de la Administración, y definidas y limitadas por las propias necesidades de ésta tanto como por las de la Administración, y el principio de legalidad puede expresarse a través de reglas tanto menos precisas cuanto menos autoritaria sea la prestación y mayor la seguridad y el beneficio del usuario, siempre dentro de los límites impuestos por la respectiva ley.

Todo lo anterior queda consagrado por el art. 14 de la Ley General, que dispone:

Art. 14. 1. "Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración.

2. Las limitaciones y las sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de los otros propios del particular.

3. El Juez tendrá contralor de legalidad sobre los actos de la Administración dentro de este tipo de relaciones".

En síntesis: la potestad ha de ofrecer normalmente una autorización expresa del acto por razón de su contenido, mediante ley o reglamento dependiente de ella, que lo indique. Sólo excepcionalmente podrán los principios generales de derecho autorizar potestades de imperio que serán implícitas, dentro del ámbito de las relaciones especiales de poder de la Administración. Fuera de ellas, las potestades de imperio que sean implícitas habrán de ser precisas, excepcionales y circunscritas indirectamente por la misma ley (poderes inherentes) o por el empleo de conceptos indeterminados, determinables con vista del caso, según lo ya visto (poderes genéricos y poderes de urgencia y emergencia).

Pasamos a examinar estas tres hipótesis, que terminan de aclarar la posición de los principios generales y de la Ley General en punto a contenido del acto imperativo y a la discrecionalidad administrativa al respecto ³⁹.

a) *Poderes inherentes o implícitos*. La necesidad de poderes específicos y expresamente determinados es compatible con la posibilidad de que sean implícitos en otros expresos, de los cuales puedan considerarse como correlatos necesarios, a título de fundamento, consecuencia o instrumento. No se trata de consagrar la analogía, que debe reputarse normalmente prohibida para atribuir potestades nuevas. No es posible crear esas potestades porque existan en relación con motivos similares, pero sí es admisible entenderlas incluidas en otras, que no podrían existir sin ellas como antecedentes, consecuencias o acompañamientos necesarios. Se trata más bien de un problema de interpretación del ordenamiento expreso, para hallar su extensión posible a casos no expresamente regulados. Esta interpretación extensiva es perfectamente legítima. En tal hipótesis, serán los principios doctrinarios y generales los que vengán a limitar y precisar el contenido de la nueva potestad hallada por vía de extensión de la norma escrita.

Así, la potestad de controlar implica la de vigilar o supervisar; la de dirigir un servicio comprende la de organizarlo y reglamentarlo; la de sancionar, supone la de instruir el expediente sobre lo ocurrido; la de dictar un acto discrecional la de condicionar su otorgamiento o la de mensurar su contenido con modos o términos; la de titular un bien de dominio público, la de deslindarlo y defenderlo frente al público, etc.

39. Para una adecuada definición de los tres temas y de su importancia en relación con el principio de legalidad, véase Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, "Curso de Derecho Administrativo", *Civitas*, 1980, vol. 1, pp. 377-381.

b) *Poderes genéricos*. Se trata de aquellos enmarcados en cuanto a contenido y/o motivo mediante conceptos indeterminados. Ello, como vimos, no sólo es posible sino que es lo normal tratándose de los motivos del acto y permite la ulterior determinación precisa del elemento así regulado, sea motivo o contenido, con vista de los hechos y circunstancias del caso concreto. Lo usual cuando se habla de poderes genéricos es la referencia a las llamadas "cláusulas generales de apoderamiento", cuya característica es la indeterminación del contenido de los actos autorizados, por total omisión o inexistencia de regulación sobre el mismo, al tiempo que la indicación del motivo a través de aquellos conceptos indeterminados. El ejemplo clásico es la potestad de policía, que autoriza a hacer lo necesario para prevenir o terminar desórdenes públicos (contra la tranquilidad y la seguridad de personas y de cosas). El tipo más importante es el de la urgencia.

c) *Potestades de urgencia y emergencia*. Son éstas una especie de potestades genéricas, autorizadas en virtud de "cláusula general", consistente en apoderar a la Administración para hacer lo necesario o útil (cuando no se precisa en otra forma) para evitar o poner fin a peligros graves, inminentes o en curso de realización (no consumados), contra personas, cosas o intereses públicos. Juega aquí papel decisivo el principio de proporcionalidad, que impone la adaptación del contenido del acto al fin perseguido con vista del peligro, en función del motivo, para lograr al máximo su eliminación con el menor daño posible a otros bienes o intereses, públicos o privados. En el fondo, el estado de necesidad, de urgencia o emergencia equivale a una suspensión del bloque de la legalidad mientras dura el peligro, que sólo puede ser eliminado por vías anormales, distintas de las autorizadas legal y comúnmente. Ello supone la desaplicación de ese ordenamiento, sobre todo en el aspecto formal, pues el elemento esencial de la necesidad o urgencia es su premiosidad, sin la cual sería un motivo normal para un acto también normal de la Administración; lo que primero exige la urgencia es ganar tiempo y omitir formalidades y procedimientos administrativos que lo consumen, a efecto de hacer más rápida y eficaz la eliminación de las causas del peligro. Pero es posible que imponga también la creación de actos nuevos por su contenido, no previsto ni autorizado por el ordenamiento legal. Esto también es plausible en tanto lo justifique la situación de hecho frente al peligro, como razonable y proporcionado a éste. Lo decisivo es agregar que en todos estos casos, tanto como en los de "cláusulas generales" primeramente examinados, se trata de aplicar conceptos indeterminados o, más específicamente, de adoptar el acto "proporcional" o "insustituible" en relación con el motivo surgido, siempre en aplicación de criterios genéricos, incompatibles con la discrecionalidad. La proporcionalidad o la necesidad de un contenido innovador respecto del motivo de un acto urgente o necesitado, en efecto, es también un concepto indeterminado, determinable con vista de los hechos de cada caso ⁴⁰.

40. Agustín Gordillo, *Legalidad y Urgencia en el Derecho Administrativo*, Seminario Internacional de Derecho Administrativo, San José, 1981, Imprenta Lehmann, pp. 292 y 293, aunque el autor —con fundamento— restringe el concepto y alcance de la urgencia como fuente de potestades administrativas distintas y específicas para lo anormal, para llegar a la conclusión de que aquélla es insuficiente al respecto mientras no se acompañe de la defensa de bienes jurídicos concretos, bajo la forma de un verdadero estado de necesidad administrativo, integrado por elementos similares al penal (peligro para bienes jurídicos de rango igual o superior a los destruidos o lesionados, mediante una conducta ofensiva proporcional y única en la circunstancia). Es claro, en cambio, que en Derecho Administrativo, a la inversa de lo que ocurre en Derecho Penal, es irrelevante el origen del peligro, que puede ser provocado por la misma Administración sin perder, por ello, su virtud generadora de potestades lesivas de ésta, en tanto aquél no sea superado. Debe aclararse que cuando en este trabajo nos referimos a la urgencia adoptamos tal concepto restringido de la misma, como estado de necesidad administrativa, concepto que es también el supuesto y empleado por la Ley General en varias de sus normas (artículos 43.2, 52.3, 110.1 y 226), como bien lo explica el distinguido autor argentino.

La Ley General no quiso autorizar expresamente la urgencia como creadora de nuevos contenidos de conducta administrativa autoritaria. Se limitó a autorizar la omisión de formas y procedimientos y ello únicamente cuando las circunstancias amenacen perentoriamente la integridad de personas o de cosas en forma irreparable o de difícil reparación. No prevé la Ley General la posibilidad de dictar actos desconocidos o innovadores por su contenido en hipótesis de urgencia o de estado de necesidad, ni aun siquiera la de tener por existente esa urgencia contra bienes jurídicos incorporales, pues sólo la contempla cuando provoque peligro de daño irreparable o de difícil reparación contra personas y cosas. Los arts. 219 y 226 de la Ley General omiten referirse a la urgencia o al estado de necesidad contra intereses públicos en general, frecuentemente no identificables en personas o cosas determinadas, y ocasionalmente más importante que los que sí lo están, como la estabilidad monetaria, la seguridad nacional, la marcha eficiente de servicios públicos de salud, de transporte, etc. No significa ello que la Ley General prohíba las potestades innovadoras de urgencia o emergencia, pero sí que hace depender su contenido de las circunstancias del caso y del criterio de un "buen padre de familia" o de un "buen funcionario público", en términos que pueda establecerse exactamente la proporcionalidad y necesidad de ese contenido respecto del hecho que crea la urgencia, tanto como la existencia y características de este último. El silencio al respecto abre el juego de los hechos como causa de concreción del contenido. Ello permite al juez un máximo de contralor sobre los hechos creadores de la urgencia y sobre la necesidad y perentoriedad de las medidas adoptadas, que lo habilita eventualmente para tenerlas por innecesarias o excesivas desde el punto de vista de su contenido en relación con el peligro o amenazas combatidos, aun si resulta probado que el hecho existe y que efectivamente crea una urgencia. Esto puede inducirse también de los arts. 219 y 226, que expresamente dispensan del cumplimiento de aspectos formales del acto administrativo de urgencia o en estado de necesidad, porque autorizan tanto la verificación y valoración del hecho desencadenante como su ajuste con el informalismo observado; y la solución no puede ser distinta, por mayoría de razón, en punto a innovaciones en el ordenamiento sustantivo o material con igual justificación. De este modo, en virtud del juego de los principios generales y de la reducción de los conceptos indeterminados de la urgencia, la necesidad y la proporcionalidad del acto (por razón del contenido), las potestades genéricas para enfrentar aquella, aparentemente discretionales y libres en cuanto al mismo, resultan más bien ceñidas y sujetas en su alcance al máximo contralor jurisdiccional. Disponen los arts. 219 y 226 *ibidem*:

Art. 219. 1. "La Administración podrá prescindir excepcionalmente de los trámites de audiencia y comparecencia señalados por los artículos 217 y 218, únicamente cuando lo exija la urgencia para evitar daños graves a las personas o de imposible reparación en las cosas.

2. La omisión injustificada de dichos trámites causará indefensión y la nulidad de todo lo actuado posteriormente".

Art. 226. 1. "En casos de urgencia y para evitar daños graves a las personas o irreparables a las cosas, podrá prescindirse de una o de todas las formalidades del procedimiento e incluso crearse un procedimiento sustitutivo especial.

2. El juez podrá fiscalizar al efecto no sólo la materialidad de los hechos que motivan la urgencia sino su gravedad y proporcionalidad en relación con la dispensa o la sustitución de trámites operadas".

Debe notarse que, por lo antes dicho, tampoco hay discrecionalidad para innovar en aspectos formales del acto imperativo por razones de urgencia, dado el penetrante

alcance del contralor jurisdiccional autorizado por ambas normas sobre la existencia y alcances de la misma y del acto dictado, siempre que se invoque.

En el fondo, la Ley General ha optado por exigir una justificación excepcionalmente clara y vigorosa de la urgencia o del estado de necesidad como motivos de dispensa de la legalidad administrativa, justamente por la gravedad de su efecto derogatorio y suspensivo del ordenamiento. Para efectos prácticos, únicamente hipótesis no sólo de evidente existencia sino de evidente gravedad, por el rango de los bienes jurídicos amenazados, parecen aptas para poner en juego esa su eficacia *contra legem*, de otro modo absolutamente prohibida. Y permitida sólo si, pese a la violación de la ley, el acto dictado es apto y necesario para mantener el Derecho, es decir: los bienes jurídicos que éste tuela, los fines y valores públicos cuya realización y protección vienen encomendadas a la Administración.

En síntesis: el contenido del acto es también elemento incompatible con la discrecionalidad administrativa para su escogencia y configuración, aun si no está regulado o lo está imprecisamente, por tratarse del elemento definidor de la respectiva potestad, normalmente previsto por ésta en forma expresa y precisa, o imprecisa pero determinable con vista del motivo y del fin del acto, respecto de los cuales tiene que ser proporcional, cuando no único y necesario, según lo establezca el contralor jurisdiccional, habilitado al respecto en su máximo grado.

Conclusión: No hay discrecionalidad posible en cuanto a motivo y contenido por su necesaria correlación y adaptación recíprocas, a partir del fin del acto y en orden a su mejor cumplimiento posible, aun si hay carencia total de regulación de uno de ellos. La Ley General exige regulación, al menos, de uno de ellos, a la par del fin. En todo caso, el ajuste necesario del motivo al contenido a partir del fin se funda en la realización de los conceptos indeterminados de necesidad y de proporcionalidad de uno respecto del otro y de ambos respecto del fin, que son determinables exactamente con vista de los hechos de cada caso. Igualmente sucede con cualquier otro concepto indeterminado, vago o impreciso empleado por el ordenamiento al regular uno cualquiera de esos elementos, regulación que conlleva las mismas posibilidades de concreción por obra de la virtud normativa inherente a los hechos de cada caso, puestos en relación con el concepto indeterminado de que se trate.

En último término, el ajuste necesario y recíproco de motivo y de contenido y de ambos con el fin expresa la oportunidad, conveniencia o mérito del acto, mediante el empleo de conceptos que también son indeterminados pero determinables exacta y precisamente en la mayoría de los casos. Esto último merece mayor explicación.

Examinemos, de seguido, las hipótesis de discrecionalidad por opción o discrecionalidad potestativa o facultativa, como también puede llamársele.

IV. LA DISCRECIONALIDAD POR ELECCION, FACULTATIVA O POTESTATIVA

1. *La dicotomía legalidad y oportunidad*

Se da también la discrecionalidad cuando el ordenamiento expresa o implícitamente apodera a la Administración para optar entre varias conductas posibles, que puede regular expresamente o no regular del todo. En esta última hipótesis, carencia de regulación, volvemos al tipo de discrecionalidad por insuficiencia normativa ya examinado. Resta por analizar únicamente la hipótesis de potestades para escoger entre varias conductas legales —distintas por razón de su contenido preciso— con vista de un motivo determinado por la ley. La discrecionalidad existe aquí porque hay una libertad de elección, que, aparentemente, sólo puede ejercerse a través de

critérios y decisiones personales del funcionario, con independencia del ordenamiento. Dentro de esta hipótesis se halla obviamente la alternativa entre la acción y la abstención, cuando ésta sea posible, según el ordenamiento.

Se dice que esta zona de acción por opción, escogencia o elección entre alternativas varias, sobre todo si están expresamente dadas por ley, es el reino verdadero de la discrecionalidad, que se rige por el criterio a las preferencias personales y exclusivas del funcionario, inspirado, en todo caso, por guías o reglas que no son jurídicas.

La forma tradicional de plantear el problema ha sido la de correlacionar —en neta dicotomía— la discrecionalidad con la oportunidad y la vinculación con la legalidad del acto. Es decir: así como el acto está sujeto al ordenamiento en la medida en que la ley o el reglamento lo regulan —o, en ausencia de éstos, los principios generales—, así el acto es libre frente a ese ordenamiento, aunque no opuesto a él, cuando se rige por reglas llamadas de oportunidad, que se suponen no jurídicas y, por tanto, no obligatorias ni vinculantes para su validez. La discrecionalidad es libertad en la medida en que se orienta y rige por reglas o criterios de oportunidad, distintos de las normas jurídicas. La oportunidad es lo que permite valorar las iniciativas y elecciones del funcionario, para establecer cuál es la mejor en el caso, y, por ahí, para inclinarlo por una alternativa, con exclusión de otras. La verdadera fuente de la discrecionalidad, ya que no en la carencia o insuficiencia de reglamentación jurídica, está entonces en la posibilidad jurídica, dada y regulada por el Derecho, de optar entre varias conductas, según criterios no jurídicos y no obligatorios de oportunidad, que también suelen llamarse de conveniencia, mérito o eficiencia. El mundo de la Administración y de su organización y funcionamiento se divide así en dos grandes continentes: uno, regido por el Derecho; y otro por reglas no jurídicas, que dejan intacta la libertad de la Administración respecto de las conductas que regulan, en la medida en que, por no ser jurídicas, no son obligatorias ni condicionan la validez del acto. Su observancia puede, a lo sumo, formar parte del mundo interior de la Administración, a través de circulares, instrucciones y órdenes, que condicionan la posición personal del funcionario y, por su infracción o inobservancia, eventualmente su responsabilidad personal, sin repercusiones sobre el acto. Su violación puede también comprometer la responsabilidad de la Administración. Este enfoque se ha trasladado, como es inevitable y necesario, al concepto y función de la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. La dicotomía en el contralor jurisdiccional de la Administración

El planteo tradicional de la jurisdicción contenciosa francesa, heredado por las de Latinoamérica, ha sido hasta ahora el de que se trata de una jurisdicción de legalidad, por contraposición a la oportunidad⁴¹. Surgen dos problemas de interpretación, a saber: a) ¿Qué es legalidad? b) ¿Qué es oportunidad?

a) *Legalidad*. Es indudable que hasta la Segunda Guerra Mundial la doctrina francesa entendía —y con ella la latinoamericana— que la legalidad era el conjunto de leyes dictadas por la Asamblea Legislativa, ley formal y no sólo material⁴². La jurisprudencia del C.E demuestra lo contrario, desde mucho antes. El C.E no sólo interpreta los conceptos indeterminados de la ley, sino que la suple cuando ésta falta y también la descarta cuando su aplicación es claramente inconveniente o

41. Dubisson, *op. cit.*, pp. 1-25, con reseña de las principales variantes en la concepción de la jurisdicción contencioso-administrativa como contralor de legalidad estricta, fundado en la ley formal; véase también Di Qual, *op. cit.*, p. 182; y Loschak, *op. cit.*, pp. 47-49.

42. Dubisson, *op. cit.*, p. 21; Waline, *op. cit.*, p. 33, y *Droit Administratif*, Sirey, París, 1963, pp. 268-270.

lesiva para el interés público, como ocurre con la llamada regla jurisprudencial de las circunstancias excepcionales, frente a las cuales desaparece o se suspende la vigencia de las leyes que regulan los aspectos externos del acto administrativo (procedimiento, competencia, legitimación y forma de extinción), para ser sustituidas por otras *ad hoc*⁴³. La legalidad está formada, para este efecto, no sólo por la ley (que abarca toda norma escrita en general, como el reglamento) sino también por las reglas creadas por la jurisprudencia, para interpretar, *completar o sustituir la ley*.

b) *Oportunidad*. La discrecionalidad es la libertad dejada a la Administración para escoger y crear la configuración de los elementos materiales del acto administrativo que no han regulado ni la ley ni la jurisprudencia. La oportunidad es la adecuación del acto a su fin o, en otras palabras, la aptitud del acto para realizar el fin legal que debe perseguir, en función de su motivo y/o de su contenido discrecionales. Esa adecuación del motivo y/o del contenido discrecionales al fin del acto se logra por la aplicación de las reglas o criterios de la oportunidad, es decir: de reglas cuya función es precisamente lograr el mayor rendimiento, la mayor eficiencia posibles del acto administrativo. Estas reglas de oportunidad, en otras palabras, orientan al funcionario en la escogencia y configuración del motivo y/o del contenido discrecionales, para que logren al máximo el fin legal. Podría decirse que la oportunidad es la adecuación o conformidad del acto a dichas reglas, pero ello sería una toma de posición en una ardua discusión. En efecto: una tesis reputa conocibles esas reglas de oportunidad, a modo de máximas de experiencia, antes de la aparición de los hechos del caso; otra posición lo reputa posible sólo en el acto mismo de su aparición y por virtud de ella. Ambos enfoques conducen a lo mismo. En efecto: en esta última hipótesis, se trataría de reglas no anticipables, que sólo se pueden conocer y precisar con vista de los hechos, exactamente como los conceptos indeterminados para quienes los creen unívocos o, al menos, no equívocos en su aplicación. Pero se trataría siempre de reglas conocibles objetivamente dentro del caso, quien quiera que sea el funcionario. De hecho, bien podría decirse que los giros "oportunidad", "acto oportuno" o similares, son conceptos indeterminados, a la espera de los hechos motivo del acto, para despejarse y concretarse en ellos o por ellos exacta y precisamente. Dentro de este enfoque hay una gradación de normas de oportunidad o de buena administración, como también se llaman, pues las mismas van de lo general a lo particular y de lo meramente directriz y programático a lo que es un verdadero imperativo del caso, bien definido dentro de la circunstancia. Si bien el caso sin precedente exige una regla nueva e individual, esta regla es igual para cualquiera dentro del caso y hasta puede formar precedente, si resulta adecuada ante nuevos casos iguales, convirtiéndose en práctica administrativa. Ocurre con las reglas de oportunidad, en esta versión, lo mismo que con las reglas de prudencia, en orden a las responsabilidades por hecho ilícito. Es difícil enunciarlas antes del accidente, pero resulta no sólo posible sino imperativo conocerlas y aplicarlas al momento de éste; esas reglas se determinan y conocen normalmente dentro de hechos concretos y en relación con ellos, aunque bien puede pensarse en algunas de enunciación general y de carácter preventivo, como ocurre con las contenidas en manuales o reglamentos de seguridad e higiene en el trabajo, o con las leyes de tránsito. Ello no es esencial para su existencia, pues reglas de prudencia en el tráfico automotor o en labores peligrosas son, fuera de las codificadas, todas las que exija el momento y el lugar del accidente, y en responsabilidades se puede incurrir tanto por violación de unas como de otras. Igualmente cabe decir de las reglas de oportunidad, pues

43. Lucien Nizard, *La Jurisprudence Administrative des Circonstances Exceptionnelles et la Legalité*. L.G.D.J., París, 1962, pp. 85 y ss.

fracasos administrativos puede haber tanto por violación de las generales y elementales, como de las casuistas.

Hay polémica entre quienes sustentan la vigencia jurídica de esas reglas de oportunidad, cuya violación generaría la invalidez del acto, como si se tratara de quebranto de normas jurídicas; y quienes, a la inversa, las creen existentes pero jurídicamente irrelevantes y meramente útiles sólo para orientar el acto hacia su fin, sin ninguna imperatividad⁴⁴. Su violación tendría como única consecuencia la frustración del fin, no la invalidez del acto. Quienes sustentan esta tesis consideran que, por definición, la oportunidad es una cualidad individual de cada acto en relación irrepetible con su motivo de hecho, según una norma del mismo alcance, creada *ad hoc*, que puede estar enmarcada por leyes o reglas no jurídicas preexistentes y generales, pero que es irreductible a ellas en último término. Esa norma de oportunidad auténtica, que podría llamarse la regla de la discrecionalidad pura, es una verdadera invención para el caso, y, como tal, irrepetible. Es inconocible antes del caso e inadaptable después de éste. Es probable que ambas tesis estén equivocadas, por exageración, pues resulta evidente, por un lado, que máximas de experiencia administrativa y de buena administración son no sólo conocibles y codificables, sino objeto de estudios universitarios; y es cierto, por otro, que en múltiples ocasiones la situación es nueva e inútiles las experiencias y conocimientos adquiridos. En esta hipótesis hay imposibilidad de aplicar reglas preexistentes, por lo que la que resuelva el caso será creada por él y para él. Pero resulta fundamental entender que su existencia y apreciación se dan *in abstracto*, en función de los hechos del caso y sin tomar en cuenta, salvo en contra de la Administración, las cualidades, ni las fallas personales del funcionario agente, exactamente como se aprecia la "culpa" del servidor público y de la Administración para efectos de su responsabilidad civil⁴⁵. Es decisivo, entonces, entender y aceptar que siempre habrá dos fenómenos jurídicos paralelos, de extrema importancia en orden a la configuración de la potestad discrecional, a saber:

a) un deber funcional del servidor público de aplicar esas reglas —generales o individuales—, si conocerlas está dentro de sus posibilidades, y de hacerlo para lograr el óptimo resultado posible;

44. A favor de la vigencia jurídica de las reglas de oportunidad y, en general, de las reglas no jurídicas necesarias para completar la regulación legislativa y hacer posible su aplicación, véase Mortati, Costantino, en una serie de tres notables artículos de vieja publicación: "Note Sul Potere Discrezionale", *op. cit.*, pp. 1014 y ss.; "Norme Non Giuridiche e Merito Amministrativo", *op. cit.*, pp. 1045-1048; "Discrezionalità", *op. cit.*, pp. 1217-1219 y 1228-1230. Véase igualmente la brillante obra de Franco Bassi, *La Norma Interna*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 259 y ss., esp. 273 y 282-284, lo que viene apoyado por Guido Falzone, *Il Dovere di Buona Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 151-155, esp. 154 y 155. Claramente en contra de esa vigencia jurídica de las reglas de oportunidad, aunque reconociendo su existencia como tales y como criterios orientadores (pero no obligatorios) de la decisión discrecional, Onorato Sepe, *L'Efficienza nell'Azione Amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 65 a 69, esp. 65, 66 y 67; Aldo Piras, *op. cit.*, pp. 83 a 85; Giannini, tomo I, *op. cit.*, pp. 637-638. Estos dos últimos autores consideran que el acto discrecional puede estar condicionado lógicamente o psicológicamente —no jurídicamente— por las reglas de oportunidad u otras no jurídicas, pero que consiste siempre en la creación libre de una norma individual irrepetible, no sujeta a control.

45. A este respecto vale el mismo concepto de este tipo de valoración "in abstracto" —por contraposición a la que se da "in concreto"— para efectos de la responsabilidad extracontractual de la Administración: véase Henry et Leon Mazcaud, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. Editions, Paris, Monchrestien, 1960, vol. 1, pp. 490, 492 y 493; Laurent Richer, *La Faute du Service Public dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat*, Economica, Paris, 1966, pp. 65 y 66; Antoine Piorand, *Faute Civile et Faute Pénale*, L.G.D.J., Paris, 1966, pp. 164 a 167; Michel Paillet, *La Faute du Service Public au Droit Administratif Français*, L.G.D.J., Paris, 1980, pp. 45, 50, 51, 60 a 62 y 166 a 168; Stephane Rials, *Le Juge Administratif Français et la Technique du Standard*, L.G.D.J., Paris, 1980, pp. 325 y ss., esp. 332 a 335.

b) una regla jurídica del acto que se realizará, condición de su validez, según la cual éste debe conformarse a esas reglas de oportunidad como si fueran jurídicas, logrando el óptimo objetivamente posible dentro de la circunstancia.

Se trata de dos situaciones jurídicas distintas, aunque íntimamente conexas.

En virtud de la primera hay un deber funcional del servidor público, llamado a buscar siempre aquello que subjetivamente luzca como lo mejor en la realización de los fines públicos; la infracción de ese deber puede acarrear sanciones disciplinarias.

En virtud de la segunda hay un condicionamiento objetivo, dado por la circunstancia de hecho, en la realización del fin del acto. Con independencia del criterio personal del funcionario, el acto debe tener una determinada configuración objetiva en su motivo y/o contenido, para la realización del fin que persigue una vez realizado el motivo. Si no la logra, aunque el fin se alcance defectuosamente, el acto estará viciado, precisamente por ese defecto funcional, por su mal rendimiento. Y nuevamente surge aquí el símil del hecho ilícito, en el que —sobre todo tratándose de la “falta de servicio” en el seno de la Administración— lo que importa no es la negligencia personal, sino el mal funcionamiento objetivo, desde el punto de vista de un modelo de ese mismo servicio, al alcance de la Administración culpable⁴⁶. En punto a la validez del acto, si éste pudo y debió tener una determinada configuración objetiva de motivo y/o contenido para lograr su fin en óptimas condiciones, el no tenerlas es un vicio de validez, por quebranto del deber legal de lograrlo. Aquí la oportunidad se incorpora a la legalidad, siempre que el motivo y la circunstancia permitan al agente conocer y aplicar la regla concreta de configuración del acto en su máximo rendimiento, aunque esa regla sea “casuista” y no conocible antes del “caso”. Lo que importa es que sea objetiva y uniformemente conocible dentro del caso, en función de las circunstancias de éste externas al funcionario e independiente de sus condiciones, habilidades o falibilidades personales. Esto lo sostiene hoy, fuera de Francia, parte importante de la doctrina italiana, en cuanto pone a cargo del ente público —no del funcionario, sino del órgano— un “deber de buena administración”, que convierte en jurídica toda regla de oportunidad objetivamente conocible y aplicable dentro de la circunstancia, sin que medien impedimentos insuperables⁴⁷. Hay discrepancia sobre el mecanismo que permite los efectos jurídicos de la regla de oportunidad, como si fuera legal, pues mientras unos hablan de un “reenvío formal” (Mortati), otros hablan de una “presuposición sancionada” (con la nulidad del acto violatorio), desde el momento en que la ley ha dejado sin regular los criterios de elección y configuración tanto del motivo como del contenido del acto discrecional, con la obvia intención de que lo hagan reglas de otros ordenamientos; o, de plano, otras de índole no jurídica. Entran en juego, entonces, reglas jurídicas y no jurídicas, que completan la norma, sobre la base de un reconocimiento que de ellas hace el ordenamiento estatal, expresa o implícitamente⁴⁸. Esto nos lleva directamente a ha-

46. Odent, *op. cit.*, fascículo 3, p. 932; Jean Du Bois du Gaudusson, *L'Usager du Service Public Administratif*, L.G.D.J., París, 1974, pp. 167, 168 y 203-206; Francis Paul Benoit, *Le Droit Administratif Français*, Sirey, París, 1975, p. 709.

47. Bassi, *op. cit.*, pp. 270 y 271. Guido Ralzone, *Il Dovere di Buona Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 86, 111, 112, 114, 115, 131 y 132; Franco Gaetano Scoca, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 28 y 29; Franco Ledda, *Il Rifiuto di Provvedimento Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1964, pp. 101 a 103; aunque este autor niegue la existencia del “deber de buena administración”, después de admitir que el ejercicio de la discrecionalidad conduce a la formulación de una “norma del caso concreto” y que la misma reduce a una sola, la mejor posible, la conducta debida en el caso, eliminando toda alternativa en favor de la Administración; ello equivale a reconocer la posibilidad de conocimiento y, por ahí, la vigencia de la norma casuista, que sólo puede ser la mejor posible y conocible en el caso; véase *op. cit.*, esp. pp. 102 y 103.

48. Mortati reputa existente un “reenvío formal” del ordenamiento a las reglas de buena administración, en tanto que Bassi lo niega y considera, en su lugar, la existencia de lo que llama “presuposición reforzada”. Esto parece lo acertado. Existe el fenómeno cuando una norma

blar de los otros dos grandes sectores de reglas que complementan las jurídicas en la común tarea de limitar y reducir la discrecionalidad administrativa, lo que veremos de inmediato.

Puede decirse, en síntesis, que las reglas de oportunidad son las que orientan la configuración y la elección por la Administración del motivo y/o del contenido discrecionales del acto, en orden a la realización óptima de su fin público, estén o no previstas legalmente las alternativas correspondientes, siempre que sean objetivamente conocibles y aplicables dentro del caso en cuestión. Se definen por su función, que es justamente la de lograr la adaptación mejor posible de esos elementos discrecionales al fin del acto, para su óptimo rendimiento dentro de la circunstancia; y se trata normalmente de reglas de experiencia acumulada tanto como de reglas nuevas e individuales, con aquella función, conocibles y aplicables únicamente con vista del caso ya surgido. Pueden reputarse reglas jurídicas condicionantes de la validez del acto si es cierto y existente —como lo acepta este estudio— *el principio general según el cual el acto debe tener el ajuste mejor posible a su fin, que le permita la circunstancia en que se da*, por lo cual queda prohibido el acto que, dentro de esa posibilidad y factibilidad casuistas, no lo logre. La frustración del óptimo posible se convertiría en un caso de ilegalidad, por violación de un principio general de eficiencia, mérito u oportunidad máximas. Caso opuesto, se tratará de reglas cuya importancia será menor. Este es el tratamiento del problema adoptado en C.R por la Ley General.

3. *La posición discrepante de la Ley General*

La Ley General ha tomado posición en la anterior polémica doctrinal, en beneficio de la Administración y en posición discrepante de los principios dominantes, favorables a la obligatoriedad jurídica plena de las reglas de mérito u oportunidad, no sin importantes reservas⁴⁹. Y decimos que tal discrepancia es parcial porque no

emplea "conceptos indeterminados" que sólo pueden aplicarse y precisarse por el uso de reglas no jurídicas, como las de la prudencia (cuando se habla de "falta" o "cuasidelito"), las de la lógica (cuando se habla de "racionalidad" de un acto) o las de la buena administración (cuando se habla de su "oportunidad"). Las normas no jurídicas no se convierten, en esta hipótesis, en jurídicas (como ocurre en el caso de los "reenvíos"), sino que conservan su índole propia, pero producen efectos de Derecho al configurar un concepto de la norma jurídica con miras a su aplicación. Si esa configuración no se da o se da defectuosamente, se viola la norma y puede haber —aunque ello no es necesario, sino dependiente de cada ordenamiento— o una invalidez o una responsabilidad. La regla no jurídica queda así "presupuesta" o "supuesta" y la operación puede llamarse "reforzada" cuando su omisión o imperfección vienen sancionadas en alguna de las dos formas o por las dos. Véase por todos Bassi, *op. cit.*, pp. 240 y 245.

49. Nos referimos en primer término a la posición de las jurisprudencias francesa e italiana. Debe decirse que, pese al desarrollo científico ocurrido alrededor del tema, la doctrina de esos países sigue reputando existente e irreductible un margen último de auténtica discrecionalidad, que, sin embargo, admite ser cada día más restringido. Como se verá, este trabajo propugna la admisión de una discrecionalidad residual, en las hipótesis excepcionales en que los conceptos indeterminados y las reglas de oportunidad no sean determinables objetivamente, ni aun dentro de la circunstancia, por depender de valoraciones subjetivas y variables de persona a persona, principalmente cuando aquellos conceptos o las omisiones de la ley exijan tomar posiciones definidoras de la norma en sus espacios conceptuales en blanco de acuerdo con gustos y preferencias personales. Con sólida posición en contra de las reglas de oportunidad como distintas de la legitimidad y claramente a favor de un contralor jurisdiccional de su aplicación y de la presunta discrecionalidad administrativa fundada en ellas, toda la doctrina latinoamericana citada por Julio Rodolfo Comadira, *La anulación de oficio del acto administrativo*, Astrea, Bs. Aires, 1981, pp. 4 y 5, nota 4. En C.R., como se hace ver en el texto, los artículos 16.1, 160 y 167 de la Ley General, fundan la reserva exclusiva de la Administración en la selección y aplicación de las reglas de oportunidad, mérito o conveniencia que garantizan la eficiencia del acto (por acomodamiento de su contenido y motivo a su fin) por encima de un grado mínimo y en uno medio o máximo, con prohibición al Juez de controlar la existencia

es completa. Para la Ley General tales reglas son también normas jurídicas, pero hasta cierto grado de potencia reguladora; no lo son, más allá de éste. La posición de la Ley General al respecto es típicamente costarricense, por ecléctica, y deriva de una transacción política con los imperativos de libertad de la Administración, en detrimento de la juridicidad de una porción grande de las reglas de oportunidad. En efecto: la L.G ha adoptado una tesis intermedia entre la que sostiene la obligatoriedad de todas las reglas de oportunidad, como condición de validez del acto administrativo, y la negación de esa juridicidad a todas, como meras guías para el ajuste óptimo del acto a su fin legal. Varios artículos de la L.G son decisivos al respecto. En tanto que los arts. 132.2 y 133.2 formulan a cabalidad el principio de proporcionalidad (entre motivo y contenido y de ambos con el fin del acto), lo cual es la forma más clara y correcta de imponer la incorporación de la oportunidad a la legalidad, como medio de garantizar la eficiencia o el rendimiento óptimos de la conducta administrativa dentro de la circunstancia; el art. 16 *ibidem* rebaja el nivel de excelencia encapsulado en esa proporcionalidad para conformarse con el respeto a los "principios elementales" de "conveniencia", entendida ésta precisamente como "oportunidad". Dispone el art. 16.1:

Art. 16. 1. "En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia".

2.

Es evidente que el art. 16 rebaja los niveles de operación de la Administración, al exigirle en sus actos discrecionales por motivo no ya de una proporcionalidad entre éste y el contenido, con vista del fin, en virtud de aquel balance global de logros y desventajas, sino, apenas, la observancia de las reglas "elementales" de "conveniencia". Estas han de ser, pues no tiene otro sentido el calificativo, las reglas generales, si no codificadas, del sentido común en punto a oportunidad y buena administración, que deben estar recibidas y aplicadas en y por el acto. Lo que, a su vez, significa que el vicio por su violación será equivalente al descenso de esa oportunidad o conveniencia por debajo de un mínimo, ya no de un óptimo, con el resultado de una plena y flagrante "inoportunidad" del acto, única forma de su "inconveniencia" que podrá ser causa de su invalidez, según dicho art. 16.1.

Pese a su evidente amor por lo vulgar, el art. 16.1 capta una innegable realidad, a saber: la imprevisible riqueza de la realidad y de sus imperativos circunstanciales en orden a la realización de un determinado fin público, así como la insuprimible falibilidad humana en el conocimiento de esa realidad y en la orientación de la conducta frente a ella. Es decir: es posible, primero, que haya hipótesis en que lo mejor u óptimo para el fin público esté dado en varias versiones y que la realidad —no la norma— abra alternativas todas intercambiables, desde el punto de vista de su oportunidad; aquí estaríamos, sin embargo, en una indiferencia jurídica de alternativas dentro de lo óptimo que, no obstante configurar el ejemplo típico de la

y alcances de estos últimos. La posición de la ley tiene su antecedente doctrinal en un ilustre origen, hoy no compartido por sus autores de entonces, para lo cual véase Alessi, *op. cit.* vol. I, pp. 318 a 320, donde el autor finca igualmente la distinción entre legalidad y oportunidad en la existencia de un mínimo de eficiencia (legalidad), o de un grado medio o máximo de la misma (oportunidad) en el acto administrativo. Pero esta reserva de la L.G. a favor de la discrecionalidad padece dificultades de aplicación que la hacen casi imposible y nugatoria, como se puntualiza en el texto. Véase a este respecto Javier Salas Hernández, *El Tema de las Competencias: Instrumentación de las Relaciones entre el Estado y la Administración Local desde la Perspectiva de la Descentralización Territorial*, en la obra colectiva *Descentralización Administrativa y Organización Política*. Ediciones Alfaguzara, Madrid, 1973, vol. II, p. 381, nota 130.

oportunidad máxima para el ejercicio de la discrecionalidad, es también el caso más infrecuente. Lo normal es que la realidad ofrezca alternativas desiguales por su eficiencia y adaptación al fin público, en orden al cual puedan reputarse unas mejores o peores que otras. Pero, en tal hipótesis, también es normal que el funcionario, por incapacidad o simplemente por mala ubicación y defectuosa perspectiva, escoja mal y opte por lo bueno creyendo que es lo mejor. El art. 16.1 consagra y acepta esta posibilidad sin desmedro de la validez del acto, en la medida en que no se haya optado por lo "peor", aunque se haya ignorado lo "mejor". El acto "bueno" y "oportuno", aunque no sea "óptimo", es válido, como será lo contrario el acto "peor" e "inoportuno", por un desajuste radical e insubsanable respecto de su fin. Esto viene consagrado claramente por el art. 160 L.G, que dispone:

Art. 160. "El acto discrecional será inválido, además, cuando viole *reglas elementales* de lógica, de justicia o de *conveniencia*, según lo indiquen las circunstancias de cada caso".

El art. 167, *a contrario sensu*, introduce la legalidad como un elemento de la oportunidad, cerrando la ecuación parcial entre ambas notas del acto, al disponer que el mismo será absolutamente nulo cuando su ilegalidad impida la realización del fin público perseguido. Dispone dicha norma:

Art. 167. "Habrá nulidad relativa del acto cuando sea imperfecto uno de sus elementos constitutivos, *salvo que la imperfección impida la realización del fin, en cuyo caso la nulidad será absoluta*".

En otras palabras: así como la inoportunidad evidente y elemental es un vicio de legalidad, la ilegalidad grave y flagrante se torna en uno de inoportunidad, cuando impida la realización del fin público perseguido. En esta hipótesis, la nulidad será absoluta.

La L.G acepta y da relevancia a la distinción clásica entre legalidad, como conjunto de reglas jurídicas, y oportunidad, como conjunto de reglas de conveniencia u oportunidad, no jurídicamente obligatorias. La violación de estas últimas o de una especie de ellas no implica nulidad del acto administrativo. Ello es posible porque solamente una parte de las reglas de esta conveniencia del acto son reputadas jurídicas por la L.G y son aquellas relativas a la oportunidad o eficiencia del mismo para cumplir su fin que viven en el sentido común de las personas y que son asequibles para todos dentro de la circunstancia, tomando en cuenta la actividad a que cada uno se dedica a la común de las gentes. Hay una gradación entre la evidencia y generalidad de tales reglas y su valor jurídico, en virtud de la cual sólo se reputan revestidas con este valor aquellas reglas de oportunidad que son evidentes para cualquiera de una especialidad o para cualquiera sin ella en el ámbito de la actividad común (no técnica ni empresarial), por corresponder al conocimiento elemental y más general de la actividad en ejecución al momento del acto administrativo; y son, en cambio, reglas de oportunidad no jurídicas las que sólo están al alcance del verdadero experto, por acumulación de experiencia o de conocimiento, no exigible de todas las gentes de la especialidad o en el quehacer común de que se trata. Hay, entonces, se dice, un margen de auténtica libertad para la Administración y, por ahí, de auténtica discrecionalidad, librada al criterio subjetivo del funcionario, en la escogencia y configuración de motivo y contenido, y en la adaptación de uno al otro y de ambos al fin, en la medida en que, más allá de la aplicación de reglas de conocimiento y aplicación elementales, la Administración actúa librada a reglas no jurídicamente obligatorias, equiparables a sus criterios personales y exclusivos, que pueden determinar y decidir las opciones de la Administración en punto a motivo y contenido no

regulados por escrito o regulados como optativos por el ordenamiento escrito de la Administración. Por encima de un grado mínimo de oportunidad, la Administración es libre para conformar el motivo y contenido de sus actos o para escoger entre varias opciones legales, en cuanto es libre para escoger y definir el contenido de las reglas y criterios que aplicará para apurar ese mínimo de conveniencia y lograr un grado medio o máximo de la misma por el ajuste del acto a su fin legal. Las reglas de la oportunidad pueden definirse así, de acuerdo con los artículos 16.1, 160 y 167 de la L.G., como las que guían a la Administración en el logro de un grado medio o máximo de ajuste del acto a su fin, no jurídicamente obligatorias ni condicionantes de la validez del acto, sino únicamente de su eficiencia o conveniencia para el interés público. Es evidente que el criterio de identificación de uno y otro tipo de reglas de oportunidad es objetivo o abstracto y coincide con el que aplicaría un "prudente padre de familia" o un "eficiente funcionario público", con entera independencia de los condicionamientos, virtudes o defectos personales del funcionario históricamente agente y autor del acto juzgado, en paralela condición con el criterio asumible para determinar las reglas exigibles de prudencia que establecerán si ha habido, o no, culpa del agente en casos de responsabilidad civil. Puede decirse que así como hay culpa grave, por violación de reglas elementales de pericia y de prudencia en un caso concreto, así también hay inoportunidad grave e ilegitimidad consiguiente en el acto que viola las reglas de conveniencia de igual elemental y general naturaleza; y que serán éstas las únicas con valor jurídico, seleccionadas según un criterio abstracto y objetivo, correspondiente a un modelo de normalidad o de eficiencia mínimas, aceptables dentro de un campo determinado de decisión administrativa. Lo que sea la oportunidad media o máxima cae fuera del campo de la legalidad, para servir de medio y guía de ejercicio de la discrecionalidad administrativa, en el sentido clásico de libertad no vinculada, contrapuesto a esa legalidad.

4. *Consecuencias prácticas de la posición de la L.G.: el control jurisdiccional total*

Es muy dudoso que una gradación del tipo apuntado opere prácticamente en beneficio de la Administración. Y esto porque en la realidad hay una intensa comisión de todas las reglas del obrar administrativo, que normalmente regulan partes de la conducta y del acto, pero no todas ellas, en una especie de distribución de campos reservados de regulación, complementarios entre sí. Para poder adquirir la visión del campo exacto de cada regla es necesario examinar el conjunto y hacer las particiones correspondientes, sin que haya normas escritas al respecto y, por ello, en forma necesariamente subjetiva y variable de caso a caso. El contralor jurisdiccional, para ser eficiente, tiene que ser total y abarcar todos los aspectos del acto administrativo, tanto los de relación entre éste y la norma escrita como entre éste y su fin. El límite entre lo evidente y elemental y lo complejo y velado del acto, respecto de este fin, es lábil y obviamente no preestablecido. Es el Juez quien lo crea en cada caso, de donde es él quien determina hasta dónde llega la legalidad y empieza la oportunidad, como contrapuesta y distinta. Lo que significa que, dada la mecánica de operación del contralor jurisdiccional, no hay esencial diferencia entre reglas jurídicas y de oportunidad y que su adscripción a una u otra categoría dependerá del criterio personal del Juez, que podrá reconocerla o negarla, a voluntad, naturalmente racional y razonable. Desde que una cierta dosis de conveniencia es parte de la legalidad del acto, su oportunidad se convierte en legitimidad, porque potencialmente toda regla de esta última índole puede ser jurídica, a juicio y decisión subjetivos del Juez. La usual matización que ha introducido el C.E. francés en el contralor jurisdiccional según los campos materiales en que se ejerza, para ampliarlo o restringirlo, y para abarcar, o no, cuestiones de

proporcionalidad entre motivo y contenido, y viceversa, es la prueba mejor de la soberanía del Juez en la materia, incompatible con una verdadera reserva, de límites jurídicamente exigibles, de discrecionalidad y de oportunidad administrativas en beneficio de la Administración, a modo de valladar y coto contra el Juez.

La L.G. ha querido respetar esa reserva administrativa, pero inevitablemente con timidez y contradicción. Esto último porque mientras los artículos 132.2 y 133.2 consagran abiertamente el principio de proporcionalidad entre motivo y contenido del acto, y viceversa, que es lo mismo que convertir esa proporcionalidad y el ajuste de ambos elementos al fin (del acto) en materia de legalidad sujeta a contralor jurisdiccional, con obligada incursión de este último en aspectos de conveniencia, mérito u oportunidad del mismo (que no son otra cosa que ese ajuste al fin); sus artículos 16.1, 160 y 167 limitan esa potestad de contralor jurisdiccional sobre el mérito o la oportunidad, al permitir que la Administración sea libre y no jurisdiccionalmente controlable después de que ha logrado un mínimo de conveniencia o eficiencia del acto, por observancia de reglas elementales y universales de eficiencia, y actúe para alcanzar un grado medio o máximo al respecto, que reputa como sin influencia sobre la validez del acto. Esto confina el contralor jurisdiccional a aquel mínimo y prohíbe el que tienda a verificar los grados superiores de eficiencia del acto como una abusiva intromisión del Juez en la vida de la Administración.

Ello no obstante, como se dijo, el permitir el contralor de oportunidad, aunque sea mínima, ha creado una potestad de ámbito difícilmente controlable en cuanto a sus límites, porque éstos son fijados por el mismo Juez, más que por la realidad sujeta a examen. Y, con ello, la L.G. hace difícil distinguir entre contralor de legalidad y de oportunidad y legitima prácticamente cualquier intervención de este último como si fuera de lo primero, dada la imposibilidad de hacer una neta partición entre los diversos grados de oportunidad o conveniencia del acto. La consecuencia es la de que, si bien en la letra, la L.G. ha creado un ámbito reservado de discrecionalidad administrativa auténtica, en la búsqueda de un grado medio o máximo de conveniencia del acto administrativo, ha hecho muy difícil respetar tal reserva, por la dificultad inherente a la distinción entre los diversos grados de oportunidad de un acto y, más concretamente, de un grado mínimo de ella. En la práctica, la aplicación de la L.G. conducirá normalmente a la invasión de todo el campo de la conducta imperativa como propio del contralor jurisdiccional de legalidad, con automática incorporación a ésta de las reglas de oportunidad, mérito o conveniencia del acto, que así se transmutan en jurídicas y en condiciones de validez del acto administrativo.

Lo anterior no es irrazonable ni peligroso para la marcha de la Administración, contra lo que pudiera creerse. Uno apenas entre los valores que la deben presidir es el de la autonomía administrativa, pero, evidentemente, el mismo debe subordinarse al servicio de la sociedad y del hombre. En un Estado de Derecho, en otras palabras, la Administración está para servir al hombre y satisfacer sus necesidades e incurre en un actuar inválido cuando más bien opera para dañarlo innecesariamente o para defraudar las legítimas expectativas puestas por el público en su funcionamiento.

Pero, con esto, hemos llegado ya a divisar el ordenamiento administrativo como parte del Estado de Derecho y la función de éste como actividad global presidida por el respeto y el impulso de ciertos valores fundamentales del hombre y de la sociedad.

El paso que falta por franquear en el ejercicio del contralor jurisdiccional de la Administración ha de partir de esa realidad fundamental que es la unidad del ordenamiento jurídico y de sus valores, como fuente de principios y reglas institucionales que inspiran y orientan la actividad de decisión y de elección de la Administración en su conjunto, más que el mero acto aislado. Nos explicamos.

5. *Vicios de la función y vicios del acto (irracionalidad, iniquidad, inutilidad)*

Un notable jurista italiano⁵⁰ ha hecho, no hace muchos años, una distinción fundamental —aunque elemental, como todo lo importante— para explicar el evidente fenómeno de la potenciación y ensanchamiento crecientes del contralor jurisdiccional sobre la discrecionalidad administrativa. Ha hecho la distinción entre función y acto. Función es la actividad necesaria para llegar a la emisión de un acto, a partir de una potestad⁵¹. Es decir: es el actuar con base en una potestad y para dictar el acto que éste autoriza, cuando todavía no se ha dictado. Su más visible manifestación es el procedimiento administrativo, legislativo, etc. Incluye obviamente la actividad intelectual y volitiva expresada en el acto, al final de ese procedimiento, naturalmente anterior a la declaración en que desemboca. En cuanto el acto es discrecional por tener elementos no regulados, resulta obvio que su emisión exige esa actividad lógica y psicológica previa, sin la cual no sería posible formular y querer la norma individual del

50. Feliciano Benvenuti, "Eccesso di Potere Amministrativo per Vizio della Funzione", *Rassegna di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 22 y ss., espec. 22-30. Una advertencia resulta fundamental: el hallazgo de Benvenuti vino precedido por una larga elaboración jurisprudencial llevada a cabo por el Consiglio di Stato en la configuración de los —hasta entonces— llamados "síntomas del exceso de poder", consistentes todos en defectos lógicos o axiológicos del acto, en relación principalmente con sus motivos. Esos síntomas eran el error de hecho (travisamento dei fatti), la contradicción entre considerando y dispositivo (motivazione contraddittoria), la incoherencia de la motivación (motivazione irrazionale), la disparidad de trato o discriminación en el trato de casos iguales (disparità di trattamento), la violación de circulares, precedentes y prácticas administrativas (violazione di atti interni), etc. Se llaman "síntomas" del exceso de poder porque basta su comprobación, sin más, para justificar la anulación del acto, a manera de presunción absoluta de un defecto en alguno de sus elementos, no idéntico, como resultado de la imperfección del pensamiento y de la voluntad expresados en él; para una buena reseña de la historia, evolución y tratamiento jurisprudenciales y doctrinarios del "eccesso di potere" y de sus "síntomas" véase Giovanni Di Cesare, *Problematica dell'Eccesso di Potere*, CEDAM, Padova, 1973, especialmente pp. 81 y ss. El mérito de Benvenuti reside en haber demostrado pulcramente que esos síntomas no son vicios de ningún elemento del acto, puesto que no hay ley que siente por escrito la regla que infringen ni hay partes del acto que coincidan con el proceso lógico-psicológico de su formación. Esos "síntomas" no son tales, sino vicios autónomos e independientes, y no del acto, en la concepción de Benvenuti, porque son violaciones de principios generales que regulan, más bien, la función administrativa en el segmento precedente al acto, como quedó explicado en el texto. El acogimiento de los principios que regulan la función, sin el aparato doctrinal referido, es hoy universal en Occidente. En América Latina su forma más desarrollada está en la teoría de la "razonabilidad" del acto operada por la Corte Suprema argentina, cuyo contenido y alcance puede estudiarse en todos los tratados y manuales de la materia, principalmente en Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Macchi, Bs. Aires, 1974, Cap. VIII, pp. 30-32.
51. Entiéndese aquí la potestad —a diferencia del derecho subjetivo— como autorización normativa para realizar actos jurídicos indeterminados por razón de objeto y sujeto pasivo; véase al respecto Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 110 y ss.; lo mismo que Eduardo Ortiz Ortiz, "Los Privilegios de la Administración Pública", separata *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de C.R., N° 23, San José, 1974, pp. 38 y 39. En cuanto a la función y a su íntima relación con el procedimiento, explica Benvenuti: "el procedimiento es, tal y como aparece, la vía por la cual discurre la potestad para concretarse el acto, (por lo que) me parece cierto que el procedimiento es no más que la manifestación sensible de la función, el modo de externación del devenir del acto. Cuando, de hecho, yo pienso en la función, por un lado, como al devenir de la potestad en acto y, por el otro, en el procedimiento como en la historia causal del acto, creo no errar diciendo que el procedimiento es la historia de la transformación de la potestad en acto, historia jalonada por toda la serie de actos necesarios para la concreción de la potestad en una realización concreta. Bajo el perfil objetivo, entonces, el procedimiento es manifestación de la función, así como el acto es la manifestación del resultado de la función. Y porque la función es su contenido, (el procedimiento) es la forma de la función. En términos tales que, en virtud de este enfoque, me parece posible sostener, en definitiva, que el procedimiento es el fenómeno que se produce con cada realización de la función. Por lo que, si equiparo "fenómeno" con "aparición", puedo concluir en que el procedimiento es únicamente el "fenómeno de la función" (Funzione Amministrativa, Procedimiento, Processo, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milano,

caso, que determina los elementos dejados en blanco por el Juez o por la ley⁵². De este modo, hay dos zonas importantes de conducta administrativa anteriores a la declaración del acto administrativo —como a cualquier otro acto público, ley o sentencia— que condiciona su existencia y que tienen un régimen propio, distinto del que corresponde al acto y sus elementos, pero obviamente condicionante de su validez, por referirse a eventos anteriores y preparatorios. Son la actividad precisamente preparatoria (procedimiento) y la actividad constitutiva, el proceso lógico-sicológico de creación del acto mismo. Así: es posible la invalidez derivada del acto, por vicios que están fuera de sus elementos, presentes sólo en su preparación o en su formación interna. El régimen de la función tiene por fin garantizar la conformación del acto administrativo de acuerdo con los valores fundamentales del ordenamiento de un Estado de Derecho, único en el cual ese acto —como subordinado a la ley— es jurídicamente posible y concebible al servicio del hombre. Ese régimen se expresa en tres principios fundamentales, cuya violación en el procedimiento o en la formación de la voluntad antecedente al acto genera la invalidez de éste, ya no por desajuste de sus elementos con la ley que los regula, sino por desajuste del acto como un todo (lógico-sicológico) con aquellos valores fundamentales. Son los principios generales de racionalidad, de justicia y de funcionalidad, cuyo quebranto genera actos absurdos, inicuos o inútiles. Se trata de verdaderos principios generales y su cumplimiento o violación tiene lugar principalmente en el momento constitutivo del acto, en el proceso lógico-sicológico de su formación. De este modo, se viola el principio de racionalidad si el acto es contradictorio en sí mismo, absurdo o desproporcionado a su motivo o en su motivación; se viola el principio de justicia si el acto es discriminatorio; se viola el principio de funcionalidad si el acto es totalmente inoportuno e inconducente para su fin⁵³. Estas categorías de vicios pueden reproducirse en infinidad de hipótesis. En el fondo, todo puede resumirse diciendo —como lo ha hecho algún ilustre jurista⁵⁴— que el régimen de la función —a diferencia del régimen del acto— es la “interdicción de la arbitrariedad” en el obrar administrativo, con entera independencia del texto escrito de la ley.

Esto nos lleva directamente, otra vez, a los artículos 16.1 y 160 L.G., que ahora y a esta luz se pueden entender mucho mejor. No son otra cosa que formulación general de la triada de principios generales descubierta o revelada por Benvenuti. Su texto —pero no la L.G.— se ha quedado corto, como la concepción inicial del maestro italiano, porque está llena de posibilidades hasta ahora en abierto desarrollo jurí-

1952, año II, Nº 2, p. 128). Es claro cómo aquí el autor entiende como esencia de la función la correlación de intereses —públicos y privados— que se hacen presentes y se ordenan dentro del procedimiento administrativo, como base del razonamiento valorativo y de la volición consiguiente en que consiste el acto administrativo discrecional o, mejor dicho, el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. El procedimiento es el método de identificación, valoración y ordenación de los varios intereses concurrentes en un caso con vistas de su mejor y más completa satisfacción a través del ejercicio de la potestad, mediante el acto administrativo. El fenómeno involucra, entonces, dos aspectos esenciales: el procedimiento y el contenido sicológico valorativo del acto, esquematizado como prius lógico en este último. Los vicios del procedimiento, en la medida en que se reflejan en ese contenido sicológico y valorativo, son vicios de la “función” o manifestaciones de los vicios de ésta, suficientes para invalidar el acto. Tal es, en síntesis, el planteo del distinguido jurista italiano, posteriormente acogido, expresa o encubiertamente, por la mayoría de la doctrina italiana, sobre todo como explicación del “exceso di potere”, cabalmente definido como un desfasamiento funcional y objetivo entre el acto administrativo como expresión de un juicio lógico y valorativo y el fin público que está llamado a cumplir.

52. di Cesare, *op. cit.* pp. 109 y 110 y nota 23.
53. Cualquier manual de “giustizia amministrativa” da cuenta de los vicios o síntomas del “exceso de poder”, en forma coincidente; ver por todos Zanobini, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1954, vol. II, pp. 195-198.
54. Eduardo García de Enterría, *La Interdicción de la Arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria, ahora como apéndice de la Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 226-232, esp. 228-230.

dico. Coincidentemente, las jurisprudencias francesa, italiana, española y argentina han abierto, sobre la base de parecida intuición, el barbecho para la germinación de los principios generales de derecho, de las reglas jurisprudenciales y de la apropiación de reglas no jurídicas, como instrumentos de contralor jurisdiccional de la discrecionalidad⁵⁵. Todo lo tiene contemplado la L.G.

6. *El reino del Juez*

La existencia del "common law" y, sobre todo, la experiencia paradigmática del Conseil d'Etat, a la par de sus homónimos de Italia, de España y del resto de L.A., prueba sobradamente el papel normativo e innovador que juega el Juez en un ordenamiento, incluso si éste es de origen romano⁵⁶. El Juez no sólo es árbitro de la aplicación de la ley escrita, sino, incluso, de su misma desaplicación, cuando la juzga inoportuna o lesiva, como ocurre con la hipótesis —ya mencionada— de las circunstancias excepcionales. El Juez, sobre todo, es el dueño de la delimitación entre legalidad y oportunidad, si es que por razones de esta última índole puede, incluso, desaplicar la ley. En esta situación de supremacía, al menos frente a la Administración, el Juez puede crear normas interpretativas o integradoras del ordenamiento administrativo, que vienen a agregarse a las legislativas y recortar más la discrecionalidad de la Administración⁵⁷. El ejemplo mejor, entre nosotros, está en la jurisprudencia sobre responsabilidad pública, que, al descartar la necesidad de una falta en la elección o en la vigencia para dar lugar a la responsabilidad del Estado por hecho de sus servidores, no obstante el texto contrario del art. 1048 C. Civil, ha permitido el desarrollo de esa responsabilidad pública, de otro modo imposible. Esta función creadora (el Juez) la desempeña con cautela y respeto al ordenamiento, lo que significa, primero, que el Juez rehúye enfrentarse abiertamente a la ley diciéndolo, accediendo a peticiones ilegales o sin graves motivos que lo justifiquen⁵⁸; segundo, y sobre todo, que está limitado en ese ejercicio por los valores y el sentido normativo que tienen las instituciones fundamentales del ordenamiento en que actúa, a las que las leyes pertenecen⁵⁹; y, tercero, que sólo gradual, casuista e insensiblemente —sin revoluciones— puede crear e instalar una nueva norma en el ordenamiento⁶⁰. El Derecho Judicial, como alguien lo ha llamado, viene a ser, ello no obstante, un límite importante y creciente de la discrecionalidad administrativa, que suplanta y sustituye los juicios

55. Para Francia e Italia véanse las obras citadas, fundamentalmente Di Qual y Di Cesare. Para España, ver Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, "Curso de Derecho Administrativo", Civitas, Madrid, 1980, pp. 381-403, esp. 397-400; y el excelente ensayo de Sebastián Martín Retortillo, "La Desviación de Poder en el Derecho Español", RAP, Nº 22, Madrid. Para Argentina, véase Linares, *op. cit.*, pp. 135 y ss. Este notable estudio es lo mejor sobre el tema en Argentina; véase Genaro Carrió, *Recurso de Amparo y Técnica Judicial*, Abeledo Perrot, Bs. Aires, 1959, ensayo de teoría general sobre el uso de la "razonabilidad" en el razonamiento del Juez.

56. El mejor análisis en nuestra lengua del Poder normativo del Juez está en Luis Recasens Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Ed. Porrúa, S. A., México, 1973, pp. 211 y ss; una excelente versión del poder pretoriano del C.E. francés está en las dos tesis de doctorado aquí tan citadas, de Gaudemet y de Loschack, con múltiples ejemplos de reglas jurisprudenciales creadas al margen, en complemento o en contradicción con la Ley.

57. Loschack, *op. cit.*, pp. 121 y 122.

58. Loschack, *op. cit.*, pp. 84-88.

59. de Laubadere, "Melanges offerts a Marcel Waline", *op. cit.*, tomo II, pág. 544, que dice: "la sustracción, por el Juez, al ámbito del poder discrecional, de competencias respecto de las cuales el ordenamiento no ha precisado los motivos de las decisiones que autoriza, es inadmisibles fuera del caso en que el Juez deduce esos motivos de los fines e intenciones suficientemente claros de la ley, o, en todo caso (según la opinión dominante), si se trata de medidas restrictivas de las libertades públicas o del derecho de propiedad. Si, en efecto, se puede aceptar que el Juez vincule competencias que la ley ha dejado aparentemente como discrecionales, es difícil admitir que él lo pueda hacer discrecionalmente".

60. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 219 y ss.

de oportunidad de la Administración por el dictado del Juez, quien así convierte en reglado lo que era discrecional. Esto ocurre porque el Juez crea o encauza tres tipos de normas reductoras de la libertad de la Administración, a saber⁶¹.

1) *Los principios generales de Derecho.* Se trata de las reglas no escritas, sino apenas descubiertas y enunciadas por la jurisprudencia, que expresan el espíritu regulador inherente a la realidades sociales e históricas más importantes de la comunidad, así como los valores y las metas derivables de ellas y del ordenamiento político, como proyecto colectivo de vida. Su "supuesto de aplicación" se connota por su abstracción extrema, que revela su vocación hacia la ley y la jurisprudencia como vehículos normales de concreción y expresión, respecto de las cuales se dan como fundamento, guía y/o límite a la vez. Se hallan en el más estrecho contacto con lo que podría llamarse la "ética colectiva" y su formulación y aplicación por el Juez implica una adecuación del Derecho a la cultura y a la ideología tradicionales y predominantes, por obra del Juez, convertido en su intérprete y servidor⁶². Son pocos y decisivos, muchos de origen constitucional, pero no necesariamente tales: derechos humanos, preferencia por la libertad y principio de legalidad, igualdad ante la ley, responsabilidad del Poder Público, etc.

Aquí cobran su sitio las reglas fundamentales de la función administrativa, antes enunciadas, pues el principio de legalidad no es otra cosa que garantía de racionalidad, justicia y utilidad a través de la norma escrita, para bien de Administración y administrado; y, por lo mismo, tiene asiento también el principio de la responsabilidad de la Administración. La L.G. tiene un Capítulo único e inicial de Principios Generales del Régimen Jurídico de la Administración y otro del Régimen de Procedimiento Administrativo. Ambos contienen los principios generales fundamentales del obrar de la Administración y del régimen mismo que la regula. El art. 7 distingue dos tipos de principios, a saber: los que sirven para interpretar, integrar o delimitar el campo de aplicación de otras normas y viven en función de ellas, fundamentalmente en referencia a la ley ordinaria (incisos 1 y 2); y los principios que tienen — como el de igualdad ante la ley, el de un debido proceso, el de existencia y respeto de los derechos humanos, etc.— vigencia sustantiva propia, de materia autónoma y específica, con independencia de otras normas (inciso 3). Los primeros tienen el rango de la norma escrita que interpretan, integran o delimitan; los segundos el rango de su origen y materia, eventualmente mayor que el de la norma escrita, sea ley ordinaria o reglamento. Los habrá, entonces, de rango constitucional, como los antes enumerados; y de rango legal, suprarreglamentario, como los que de seguido llamamos reglas jurisprudenciales, que también configuran verdaderos principios generales pero con otro nombre, para revelar su materia y rango menores respecto de la Constitución. Llamáramos al primer tipo —por función siempre ligada a otra norma— el principio general dependiente; y al segundo, el principio general autónomo, dado su fundamento y función como regla material que funda una institución o expresa por sí un valor capital del ordenamiento. Es en relación con este tipo de principio general que tiene y cobra todo su sentido el inciso 3 del art. 7 L.G., cuando sibilina, pero significativamente, dice:

"Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de rango inferior".

Es, simplemente, una forma de hacer constar la existencia —mucho más que la posibilidad— de principios autónomos de rango superior a la ley y, en cuanto son su fundamento, también a la Constitución. Estos principios —revelados jurisprudencial-

61. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 248 y ss., especialmente 252 y 253.

62. Jean Rivero, "Le Juge Administratif Français: un juge qui gouverne", vol. II, *Pages de Doctrine*, L.G.D.J., 1980, pp. 304, 306 y 307; "Los Principios Generales en el Derecho Administrativo Francés", *Revista de Administración Pública*, Nº 3, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 293, 296, 299 y 300.

mente— cierran el ordenamiento administrativo, del cual sólo puede la Administración escaparse a otros Derechos, como el privado, cuando falte en aquel no sólo la norma escrita sino también el principio que regule el caso. Es evidente, dado el carácter jurisprudencial de la forma de aparición y de vigencia del principio general, que tal podrá ser no sólo el enunciado en la L.G. —lo que sería tanto como degradarlo o, al menos, confundirlo con la ley ordinaria— sino todo aquel que rijan como tal en esa jurisprudencia o en la opinión dominante de la doctrina. La enumeración y formulación legales no son ni pretenden ser taxativas. En el marco de lo anterior pueden entenderse los artículos 7, 8 y 9 de la L.G., que disponen:

Art. 7.

1. “Las normas no escritas —como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de Derecho —servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.
2. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley.
3. Las normas no escritas prevalecerán sobre las escritas de grado inferior”.

Art. 8.

“El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo”.

Art. 9.

1. “El ordenamiento jurídico administrativo es independiente de otros ramos del derecho. Solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita o no escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios.
2. Caso de integración, por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán, por su orden, la jurisprudencia, los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios”.

2) *Reglas jurisprudenciales procesales internas.* Se dan sobre todo en el campo procesal: inexistencia del recurso de reposición cuando el jerarca decide en alzada; clasificación de los diversos tipos de interés como causas de legitimación en la vía contencioso-administrativa, con exclusión de unos e inclusión de otros; carácter no anulable del reglamento en la vía de su impugnación indirecta, etc.

3) *Reglas jurisprudenciales materiales externas.* Se aplican como régimen del obrar administrativo extraño al proceso y en materia especializada; como tales se presentan normas tan fundamentales en el Derecho Administrativo como la continuidad del servicio público, el derecho al equilibrio financiero del contrato administrativo, el carácter inherente del poder de auto-organización, la inderogabilidad singular del reglamento, etc., reglas todas de origen jurisprudencial. Pero se trata de materia de técnica jurídica, normalmente extraña a la Constitución y librada a la ley ordinaria, cuyo rango normalmente tienen. Por eso, su campo preferido y más relevante prácticamente es la acuñación de las fórmulas interpretativas y operativas de los conceptos o calificaciones indeterminadas empleados por la ley al definir los supuestos o motivos del acto administrativo. De este modo, dejan de serlo para convertirse en partes de una regla jurídica completa y precisa, sin margen para la discrecionalidad administrativa o sólo para una menor, norma compuesta en realidad por dos, la legislativa y la judicial, que llena de sentido lo que la ley dejó en blanco.

7. El reino de la ciencia. La llamada discrecionalidad técnica⁶³

Para aplicar una norma puede ser necesario aplicar una ciencia o una técnica establecidas. Para adoptar medidas de salud, es preciso saber de medicina, y así en todos los ramos de la administración, que abarcan obviamente todos los del saber humano. Hoy en día nada a la Administración le es extraño. El carácter técnico y heterogéneo del obrar administrativo es parte de su esencia y, por ello, el principio de racionalidad y el de utilidad (o conveniencia) exigen por igual la adaptación estricta de aquel obrar a los principios y reglas exactos de la ciencia, como si se tratara de normas jurídicas. No son ni llegan a serlo, por el mero hecho de ser necesarias para la aplicación del Derecho Administrativo, aunque podrían llegar a serlo, si así el ordenamiento escrito lo dispusiera. Pero aun ante el silencio del ordenamiento —que no equipara expresamente una determinada regla científica al Derecho, ni tampoco “reenvía” a esa regla para su complementación— basta con que el concepto empleado sea técnicamente determinable o que lo sean, a su luz, los hechos de base, para que se entienda que el Derecho acepta la vigencia jurídica de esas reglas dentro de la circunstancia, en la medida en que sirvan para su exacta definición con fines de aplicación de la norma. La ignorancia de las reglas científicas de aplicación unívoca es un vicio de legalidad, que invalida el acto. La Administración no puede ser empírica, en virtud de los principios de racionalidad y de conveniencia, antes mencionados. Por una nueva “presuposición reforzada” —que eventualmente puede no serlo y carecer de sanción— la técnica y la ciencia y sus dictados exactos se incorporan al Derecho, siempre dentro de la circunstancia. No vale la regla técnica como tal, ni la ley científica, sino dentro y frente a la circunstancia de hecho.

Distinguidos autores han sostenido la posibilidad de la discrecionalidad relativamente a la conducta técnica de la Administración en la medida en que ésta haga elecciones de metas e, incluso, de medios y aparatos técnicos, no reducibles enteramente mediante la aplicación de reglas técnicas o científicas⁶⁴. Es decir: se trata de operaciones de tal índole que dejan siempre margen para una elección, según preferencias personales, después de aplicadas todas las reglas técnicas en orden al fin público perseguido. Así, es discrecionalidad —y no técnica— escoger el trazado de una vía, cuando las alternativas son iguales; pero es técnica —y no discrecionalidad— construirla adecuadamente, según las reglas de la ingeniería del ramo. Todavía más claro: es discrecionalidad elegir entre los diversos tipos de semáforo, pero es técnica mantenerlos en buen estado. La partición que se propone alude a la distinción entre elección (entre alternativas) y ejecución (de la escogencia). Pero, a la luz de todo lo dicho, resulta evidente que en buena teoría la distinción es tan falsa como la conclusión a que se llega, pues eso que se llama elección sólo es posible cuando se arriba a las alternativas indiferentes, no jurídica sino técnicamente, lo que es bastante infrecuente y marginal. Fuera de la conclusión técnica exacta en la ejecución, es posible reducir la elección según el principio de proporcionalidad entre motivo, contenido y fin, siguiendo los dictados del caso concreto en orden a la realización óptima de este último en la circunstancia. Sólo cuando ese óptimo no sea conocible en la circunstancia, según prueba que rinda la Administración para demostrar la existencia de alternativas equiparables de indiferente elección desde el punto de vista de la realización del fin público, podrá

63. Las relaciones entre “discrecionalidad” y “técnica” han sido estudiadas con particular extensión y agudeza por la doctrina italiana, que predica su incompatibilidad; véase por todos la bibliografía citada por Sainz Moreno, *op. cit.*, p. 267; y la obra de Bachelet, *op. cit.*, pp. 58-63, con la jurisprudencia reciente del Consiglio di Stato sobre el tema, favorable a la existencia de la “discrecionalidad técnica” o, más bien, enmarcada por y fundada en la técnica, según aquí lo propugnamos.

64. Vittoria Bachelet, *L'Attività Tecnica della Pubblica Amministrazione*. Giuffrè, Milano, 1967, pp. 40 y 41.

invocarse la existencia de verdadera discrecionalidad técnica o relacionada con la técnica, lo que es insólito.

Y una aclaración es importante: pareciera que cuando se trata de reglas técnicas carece de valor la posibilidad de rebajar al mínimo la adecuación del acto a su fin, pues ello sólo podrá ser posible en la hipótesis de aquellas alternativas equiparables, generalmente en el terreno de la elección de metas y medios, no en su construcción ni aplicación. En cuanto a este último extremo, la Administración no puede actuar por grados, dado que la operación ejecutada será técnica o empírica y no habrá una tercer posibilidad. Pero todo ello exige una advertencia fundamental, a saber: la norma técnica, como la de oportunidad, es siempre circunstancial y casuística, aun si, además, es general y conocida de antemano. Quiere decirse que dejará de ser tal si no fue conocida en el caso concreto, dadas las limitaciones precisamente técnicas de la circunstancia en que actuó la Administración. Serán esas circunstancias objetivas y externas, apreciadas "in abstracto", las que iluminen la regla técnica o la preferencia a seguir, pero sólo será posible exigirla si la circunstancia la revela, no si más bien la vela u oculta, total o parcialmente. En el caso de que así sea y pueda concluirse en la imposibilidad de conocimiento objetivo de la regla técnica o de su aplicación en el caso, por razones y circunstancias también objetivas y externas, que lo expliquen y justifiquen, la regla casuista será inexistente y, por tanto, no será exigible su aplicación. Es en estos casos marginales, verdaderos acertijos propuestos al funcionario dentro de la circunstancia y cuenta habida de las limitaciones técnicas y de medios a su disposición, que puede justificarse la opción por lo peor, sin que ello constituya vicio ni genere invalidez de la operación técnica, por ser, en el caso, "lo mejor", cuando no la única solución posible.

8. *La L.G. y los principios generales de Derecho*

Nuestra L.G. se ha hecho cargo de toda la trabajosa y lenta evolución anterior, al supeditar la validez del acto a la observancia de los principios de racionalidad, de justicia y de utilidad (o conveniencia), con la "presuposición" o bajo el supuesto de que existen otras reglas de conducta, no jurídicas ni decretadas, fundadas en la realidad social y natural, que vienen incorporadas a la norma y a su aplicación al caso, para hacerla posible y compatible con aquella y con los valores y principios de un Estado de Derecho. Disponen al respecto los artículos 15, 16, 158 y 160:

Art. 15.

1. "La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, *para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable.*
2. El Juez ejercerá contralor de legalidad sobre los aspectos reglados del acto discrecional y sobre la observancia de sus límites".

Art. 16.

1. "En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.
2. El Juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad".

Art. 158.

1. "La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico constituirá un vicio de éste.

2. Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.
3. Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas.
4. *Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso.*
5. Las infracciones insustanciales no invalidarán el acto pero podrán dar lugar a responsabilidad disciplinaria del servidor agente”.

Art. 160.

“El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias de cada caso”.

9. Conclusión

El ordenamiento costarricense hace posible la reducción de la discrecionalidad a la potestad pura de elección del motivo o del contenido del acto, según criterios personales de oportunidad del funcionario, siempre y cuando no sea posible determinar preventivamente su voluntad y conducta por los criterios del ordenamiento, a través de la correlación entre aquellos elementos, enmarcados por el Derecho Legislativo y jurisprudencial, con aplicación exacta de las reglas de lógica y razonabilidad, de justicia y de conveniencia (oportunidad), de ciencia y de técnica, que exijan la circunstancia o el caso concreto. Es posible, que, aun aplicado este agobiante e incisivo bloque de reglas, jurídicas o no jurídicas, pero reconocidas o supuestas por el ordenamiento, reste un margen de auténtica libertad, que enfrentará al administrador con el caso nuevo y que le exigirá una elección totalmente suya, fincada en sus valores personales y en los de la función administrativa que desempeña y que, aun entonces, no deberán ser opuestos a los del ordenamiento, porque tendrán que ser, más bien, compatibles con ellos, aunque sean distintos. Este es, en Costa Rica, el único verdadero y justificado momento de la discrecionalidad incontrolable de la Administración. García de Enterría lo ha dicho con su habitual lucidez:

“Al término de esta formidable reducción de la discrecionalidad queda de ésta un último reducto, aquel en que se manifiesta como una apreciación de valores singulares (la oportunidad es sólo uno de ellos) sobre la que se monta la libertad de elección en que en último extremo consiste. Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo... Es en esta libertad última de decisión, en vista de lo singular y de lo concreto, en donde radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el Juez está exento y que nunca puede pretender sustituir. El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades”. (*La Lucha contra las Inmunidades del Poder*, op. cit. pp. 48 y 49).