

Sección I: Estudios.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LIMITES Y CONTRALOR DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA

Lic. Eduardo Ortiz

1. Definición y elementos.

El principio de legalidad exige una norma jurídica en la base de toda potestad de imperio de la Administración Pública, en bien de la seguridad del ciudadano. Dispone el art. 59 de la Ley General de Administración Pública (L.G.).

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

El art. 11 *ibídem* dispone en armónica relación:

Art. 11: "La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes".

El ideal de un Estado de Derecho sería una regulación exhaustiva de la conducta autoritaria de la Administración por Ley de la Asamblea Legislativa, supremo representante de la voluntad popular y de su opinión (a través de los partidos políticos). Pero la ley, que es normalmente preventiva y abstracta frente a la realidad social, no puede preverlo ni ordenarlo todo y tiene que confiar a la Administración la regulación de sus relaciones

con el ciudadano, según el criterio personal del funcionario, que también puede ser el mejor al efecto, por su mayor contacto con esa realidad. Así nace la discrecionalidad, 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 (1).

Es obvio que la ausencia de regulación legal obedece a la naturaleza de las cosas, en cuanto proviene normalmente de una imposibilidad o de una inconveniencia de la regulación anticipada, pero no de la índole de la materia. Los intentos por derivar la discrecionalidad de los diversos tipos o clases de intereses sociales regulados chocan no sólo contra el dogma de la plenitud de la potestad legislativa propio de todo Estado de Derecho, sino también contra la historia de las instituciones, pues lo que ayer fue libre y sin regulaciones es hoy una porción rigurosamente reglamentada de la acción administrativa.

Si se precisa mejor la consistencia de la discrecionalidad, se advierte que la misma existe para asegurar una adecuación del acto autorizado con el fin público que debe perseguir y para cuya satisfacción se otorga la respectiva potestad. Esta autoriza a dictar una regla individual y nueva, que complete la hecha por la ley en forma parcial, dejando sin regular algunos elementos del acto respectivo para

(1) Lino Di Qual, *La Competence Liée*, págs. 121, 132 y 133, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J.), París, 1964.

facilitar o posibilitar su adecuación a las circunstancias del caso (2).

La discrecionalidad se da con vistas de una realidad compleja, consistente, primero, en las múltiples situaciones de hecho que pueden afectar la satisfacción de un interés público y, segundo, en las múltiples formas en que ese interés público se puede presentar. Hay una íntima correlación al respecto, entre tres elementos del acto administrativo, el fin, el motivo y el contenido. La regla fundamental es lograr la satisfacción del fin público, para lo cual deben adaptarse a él el motivo y el contenido del acto (3). El ordenamiento puede dejar en blanco y sin regular uno y hasta dos de esos elementos, pero nunca los tres. Esto último porque, caso opuesto, la indeterminación del acto a realizar sería total en sus aspectos de fondo y la Administración no podría reputarse verdaderamente apoderada por una norma en blanco. Basta, sin embargo, que uno de esos elementos esté dado por la ley, para que la Administración y, sobre todo, el Juez pueda inducir los otros dos. La discrecionalidad consiste en la elección de los elementos no regulados, según un criterio subjetivo e individualizado, pero jurídicamente aceptable, desde el punto de vista de su adaptación al fin. De conformidad, la determinación de éste, por la ley o por la Administración, es el primer paso para hacer posible el ejercicio de la discrecionalidad, pues será en función del mismo que podrá escogerse y determinarse la consistencia y medida de los otros dos elementos, motivo y contenido. Esto se hará mediante una ponderación del fin principal escogido frente a los otros intereses o necesidades públicas en juego, para satisfacer las exigencias de todos en la forma mejor para cada uno. 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 las circunstancias y los fines envueltos, puede decidir no actuar y dejar las cosas como están (4). De este modo, el ejer-

cicio de la potestad discrecional conlleva siempre dos operaciones importantes, a saber:

a) la ponderación de los intereses públicos en juego frente a una situación de hecho, para determinar el fin del acto y la forma mejor posible de satisfacerlos en relación con los demás intereses y, eventualmente, para no hacer nada y abstenerse;

b) La elección de una configuración determinada del motivo y/o del contenido del acto, dejados en blanco por la ley, como medios para lograr el fin perseguido, si se opta por actuar.

Dada la íntima correlación apuntada, pareciera posible determinar unos elementos discrecionales por otros. Examinemos brevemente las posibilidades.

2. Formas posibles de discrecionalidad y grados del contralor jurisdiccional.

a) 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 (fallo No. 1714 Tribunal Superior Contencioso-administrativo T.S.C.A.), lo que implica la asignación judicial de un fin a la remoción, no obstante el silencio de la ley. Pero, con ello, queda simultáneamente determinado el tipo de motivo invocable, que necesariamente ha de ser conforme o compatible con tal fin. De este modo, si el fin ha de ser el mantener la buena marcha de los servicios municipales, el motivo de la remoción sólo puede ser una falta o una ineptitud del removido en el desempeño de su cargo. Es evidente la corrección de la afirmación inversa, a saber: si se hubiese determinado el motivo, habría quedado simultáneamente establecido el fin disciplinario o de buena administración (5). En ningún caso, el fin podría ser personal del servidor o colegio.

(2) Aldo Piras, *Voz Discrezionalità*, Enciclopedia del Diritto, págs. 76, 77 y 85; Costantino Mortati, *Sul Potere Discrezionale*, págs. 1000 a 1002, *Problemi di Diritto Pubblico Nella Attuale Esperienza Costituzionale Repubblicana*, Raccolta di Scritti II, Giuffrè, Milano, 1972.

(3) Jean Claude Venezia, *Le Pouvoir Discretionnaire*, págs. 20, 31 y 53, L.G.D.J., París, 1959.

(4) Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Tomo I, págs. 480 y 481, Giuffrè, Milano, 1970.

(5) Venezia, *op. cit.*, págs. 40, 42 y 43.

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, dado un acto para un fin, el acto no podrá realizarse para otro, pero podrá eventualmente no realizarse, si el logro del fin legal es inasequible o inconveniente en la circunstancia. Esto será posible, a su vez, sólo si el acto tiene un motivo discrecional y elegible, pues caso opuesto, dado el motivo vinculante, el acto tendrá que realizarse, no importa, entonces, el móvil subjetivo. En efecto: según el art. 161, la desviación de poder es imposible o irrelevante en los actos totalmente reglados, por motivo y contenido, pues son legalmente necesarios y sirven objetivamente el fin legal, sin importar en el caso el móvil del funcionario. Dispone el art. 161:

Art. 161: "No serán impugnables ni anulables por incompetencia relativa, vicio de forma en la manifestación ni desviación de poder, los actos reglados en cuanto a motivo y contenido".

El inciso 2) del art. 133 complementa la regla del inciso 1), diciendo:

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 administrado 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 los otros elementos (principalmente del motivo) y del resto del ordenamiento. Es decir: el fin siempre será reglado, por la ley o por el Juez. La norma consagra un principio dominante en doctrina, sobre la ausencia de discrecionalidad respecto del fin (6). Quiere decir ello no sólo que, según la L.G., el título de este apartado —posible teóricamente— es un yerro técnico en C.R., sino, sobre todo, que el Juez deberá siempre buscar el fin del acto sin límites ni cortapisas, que no pueden existir ahí donde

debe ser siempre el ordenamiento —y no la Administración— la única fuente posible de regulación. No hay 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, 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. El resultado que se busca es impedir la determinación soberana de su propia esfera de competencia material por parte de la Administración, que debe estar siempre contenida dentro de límites heterónomos, en salvaguarda de la libertad, de la propiedad y de los otros derechos del ciudadano. Consecuentemente, la diferencia entre el silencio de la ley tocante al fin del acto y el que se observa respecto de otros elementos, es la de que ese silencio puede ser fuente de discrecionalidad invocable y tutelable, aun ante el Juez, en relación con estos últimos, en tanto que no puede serlo respecto del primero. El Juez tendrá, en ambos casos, que llevar a cabo una búsqueda, pero en un caso no podrá elegir la configuración del o de los elementos no regulados en lugar de la Administración, en tanto que podrá y, más aun, deberá hacerlo, en la hipótesis del fin no expresamente previsto. El Juez, en otras palabras, tiene el deber de eliminar 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 en mano de ésta, por la imprecisión o insuficiencia del acotamiento judicial, un margen de escogencia al respecto.

Termina el inciso 3) *ibídem* rematando lo anterior al disponer:

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

Se trata del complemento final de la regla del inciso 1) de la misma norma. Queda prohibido realizar un acto discrecional para fin diverso del

(6) Julio Prat, *Derecho Administrativo*, tomo 3, Acali Editor, Montevideo, 1978, pág. 104; Aldo Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1971, págs. 401 y 402; Marcelo Caetano, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, Editorial Sucesores de Gali, Santiago de Compostela, sin año, págs. 283 a 288, *espc.* 283, 286 y 288; Giuseppe Guarino, *Scritti di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. II. Giuffrè, Milano, 1974, págs. 85 y 86.

asignado al mismo por la ley y lo contrario será desviación de poder, lo que reafirman el art. 49 C. Política (C. Pol.) y el art. 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (L.R.).

b) Discrecionalidad en cuanto al contenido.

Entendemos por éste simplemente el efecto jurídico del acto, el cambio que introduce en el ordenamiento jurídico. Normalmente está contemplado, salvo casos de urgencia, estado de necesidad o emergencia, en los que puede no estarlo. En esta hipótesis extrema, es elegible a partir del motivo, normalmente definido en forma precisa (estrageo, inundación, crisis de abastos, etc.). Hay también íntima correlación entre motivo y contenido, por lo que la indeterminación de uno puede corresponder a la del otro, para hacer posible su adaptación, y a la inversa, la definición legal de uno se hace coincidir usualmente con la del otro (7).

La L.G. ha prohibido este tipo de regulación del acto por omisión en cuanto a motivo y contenido, como veremos casi de inmediato. Lo normal es que el contenido del acto esté dado, aunque imprecisamente, con vista de un motivo definido a través de un concepto vago o indeterminado, sujeto a interpretación. El típico ejemplo es el de la potestad disciplinaria, respecto de la cual no rige el principio "nullum crimen sine lege" sino únicamente el "nulla pena sine lege", pues están o deben estar tipificadas las sanciones, no las infracciones. Sin embargo, las sanciones son usualmente varias y forman un elenco de la menos a la más lesiva, aplicable según la gravedad de la falta, cuya figura es atípica. La discrecionalidad se da aquí seguramente en la escogencia de la sanción adecuada, lo que implica un juicio de proporcionalidad entre ésta y la infracción, enteramente librado al criterio del funcionario. Pero cabe la pregunta: si múltiples conductas pueden caer dentro de la figura de la "falta", que es un concepto de categoría o clase, ¿puede entenderse que hay también discrecionalidad en la calificación de la conducta-motivo como tal? Es decir: la interpretación y aplicación del concepto "falta disciplinaria" es mero reflejo del texto de la ley que lo utiliza,

como un único sentido posible dentro del caso en cuestión, o, a la inversa, ¿son posibles varias interpretaciones, según el intérprete, y libremente escogible una de ellas por el administrador, sin posibilidad de control del Juez al respecto? ¿Hay o no hay discrecionalidad en la aplicación de un concepto indeterminado empleado por la ley, como el de falta disciplinaria? Muchos son los autores franceses que se inclinan por la afirmativa y reputan posible la discrecionalidad a partir de o en relación con la aplicación de categorías jurídicas dadas en virtud de conceptos indeterminados, pero el tema es altamente polémico (8). Esto nos conduce a precisar mejor las relaciones entre discrecionalidad y conceptos indeterminados o categorías jurídicas (como las de falta disciplinaria, de orden público, actividad peligrosa, industria tradicional, crisis de alojamiento, buena conducta en el servicio, utilidad pública de la expropiación, etc.). Pero es necesario, antes de tratar tan importante cuestión, el delimitar bien la relación entre motivo y contenido del acto.

La necesaria correlación entre ambos viene imperativamente establecida por el art. 132 L.G., que dispone en su primer inciso:

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 discre-

(7) Venezia, *op. cit.*, págs. 21 y 22.

(8) Michel Stassinopoulos, *Traite des Actes Administratifs*, Sirey, París, 1954, págs. 147 y sgtes.; igualmente Jean Rivero, *Le Fait et le Droit, Etablissements Bruylants*, Bruxelles, 1961, págs. 142 a 146.

cional 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 ibídem, 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. 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.

c) Discrecionalidad en cuanto a los motivos.

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, una condición o cualidad determi-

nada. Así, una solicitud de pensión, un deterioro del área urbana o una escasez de vivienda barata, la existencia de un proceso penal contra el interesado en la buena conducta, la cualidad o calidad de tradicional en una exportación, de necesaria para una obra pública en una finca, 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 (competencia reglada por el contenido) o uno entre varios, fijados, o no, por el ordenamiento.

El evento desencadenante de la acción administrativa puede, o no, estar legalmente regulado. Si no lo está, es elegible por la autoridad, según su mejor adaptación al contenido del acto que quiere realizar.

La esencia típica de la discrecionalidad es la potestad de elegir el motivo y el contenido del acto, no determinados por la ley, para adaptar el uno al otro y ambos al fin, con miras a la óptima realización de éste. Todo empieza por el motivo, es decir: por el contacto del administrador con la realidad social contemplada por la ley. El funcionario, enfrentando a una necesidad pública y a los hechos que la motivan, tiene que removerlos y lograr la satisfacción de esa necesidad, para lo cual sólo puede actuar de acuerdo con la ley. La doctrina francesa, al hilo de la jurisprudencia del Conseil d'Etat, ha identificado las tres operaciones que la Administración tiene que hacer, y eventualmente repetir el Juez contralor de ella, para actuar legítimamente en el caso, a saber (9):

a) Control de primer grado (mínimo): Existencia y exactitud materiales de los hechos.

Aun 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 de 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, lo que es lo mismo, de la inexactitud grave de los hechos afirmados por la Administración. El art. 133 inciso 1 L.G. confirma el principio para C.R., cuando dispone:

(9) Auby et Drago, *Traite de Contentieux Administratif*, L.G.D.J., París, 1975, págs. 386 y sgtes.

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 segunda 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 fronteira 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 un último reducto de opinión o preferencia personales, no mensurable ni valorable 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 ej.: 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. (10). 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 ley (11). 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 o 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 exactas dentro de la circunstancia (12). Paradójicamente, parte importan-

(10) 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 Legalite des Actes de la Police Administrative*, págs. 154 a 157, L.G.D.J. París, 1964; véase también Di Qual, *op. cit.*, págs. 118 y 121.

(11) Di Qual *op. cit.*, págs. 85, 86 y 127 a 129.

(12) 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, págs. 34 a 38, seguido en esto por su discípulo Fernando Sainz Moreno, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, págs. 224 y sgtes., 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, págs. 104 a 112.

te de la doctrina francesa (13) y, por ella, de la latinoamericana (14), 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 ley (15). 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 suple 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 ley (16). En último término no hay discrecionalidad, dado el arbitrio del Juez, que puede convertir lo reglado en discrecional o a la inversa, con base en criterios de oportunidad, 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 solo 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 proporcionadas 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, 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", apreciación que exige aplicar criterios de oportunidad, que así quedan incorporados a la legalidad de la acción administrativa; cuando, a 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, respectivamente (17). 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

(13) Michel Dubisson, *La Distinction entre la Legalite et l'Opportunité dans la Theorie du Recours pour Exces de Pouvoir*, L.G.D.J., París, 1958, págs. 59 a 62; Daniele Loschak, *Le Role Politique du Juge Administratif Français*, L.G.D.J., París, 1972, págs. 48 a 50 y 140 a 143; Michel Stassinopoulos, *op. cit.*, págs. 150, 151, 156 y 161 a 164. Fuera de Francia la "discrecionalidad intelectual", fundada en los "conceptos indeterminados", tiene apoyo en Forsthooff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, págs. 125, 126, 128 y 129; y en Italia, sobre todo, a Alessi, Renato, *Principi de Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1966, vol. 1, págs. 204, 205, 212 y 213.

(14) 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, págs. 451 y 452.

(15) Yves Gaudemet, *Les Methodes du Juge Administratif*, L.G.D.J., París, 1972, págs. 211 y 249 y sgtes.

(16) Loschak, *op. cit.*, pág. 49.

(17) Castaigne, *op. cit.*, pág. 160.

los derechos constitucional 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 juego (18). 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 no compensan 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., Societe Civile Sainte Marie de 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 siquiátrico 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" (19).

Han sobrevenido ya otros fallos sobre la base del mismo principio general, de la "ecuación entre presupuesto, costo y beneficio" (20).

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 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.

3. Legalidad y oportunidad.

El planteo tradicional de la jurisdicción contenciosa francesa, heredado por las de L.A., ha sido hasta ahora el de que se trata de una jurisdicción de legalidad, por contraposición a la de oportunidad (21). 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 material. 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

(18) 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, págs. 551 y sgtes., esp. págs. 560 a 562; así como, en la misma obra colectiva Andre de Laubadere, *Le Controle Juridictionnel du Pouvoir Discretionnaire dans la Jurisprudence Recente du Conseil d'Etat*, págs. 531 y sgtes., esp. pág. 541, 543 y 547; y Jean Waline, *Le Role du Juge Administratif dans la Determination de l'Utilite Publique*, esp. págs. 815 y 821 a 825.

(19) Tomado del artículo de Lemasurier, citado en nota anterior, *op. cit.*, pág. 555.

(20) Lemasurier, *op. cit.*, pág. 556.

(21) Dubisson, *op. cit.*, págs. 1 a 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.*, pág. 182; y Loschak *op. cit.*, págs. 47 a 49.

ésta falta y también la descarta cuando su aplicación es claramente inconveniente o 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 externalización), para ser sustituidas por otras ad hoc (22). 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. Esta doctrina ha sido expresamente consagrada por el art. 226 L.G., el cual, dada la gravedad de la institución, habilita el máximo control judicial sobre la dispensa o sustitución de procedimientos y formalidades operada con base en la urgencia (23). Dispone el art. 226 L.G.

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".

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 las tiene por tales sólo en el acto mismo de su aparición y por virtud de ella. 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. 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 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 forma precedente, si resulta adecuada ante nuevos hechos, 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

(22) Lucien Nizard, *La Jurisprudence administrative des circonstances Exceptionnelles et la legalité*. L.G.D.J., París, 1962, págs. 85 y sgtes.

(23) Gaudemet, *op. cit.*, págs. 122 y sgtes., esp. 123 y 143.