

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 que las reglas de oportunidad, pues 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 imperatividad (24). 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 irrepitable 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, irrepitable. 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 no son 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, y la que resuelve el caso será creada por él y para él. Pero es muy importante 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 de resultados posibles;

b) una regla jurídica del acto que se realizara, 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 del 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 culpable. 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 tenerla es un vicio de validez, por quebranto del deber legal de lograrlo. Aquí la oportunidad se incorpora a la legalidad, siempre que el

(24) 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.*, págs. 1014 y sgtes.; Norme Non Giuriche e Merito Amministrativo, *op. cit.*, págs. 1045 a 1048; Discrezionalità, *op. cit.*, págs. 1217 a 1219 y 1228 a 1230. Véase igualmente la brillante obra de Franco Bassi, *La Norma Interna*, Giuffrè, Milano, 1963, págs. 259 y sgtes., esp. 273 y 282 a 284, lo que viene apoyado por Guido Falzone, *Il Dovere di Buona Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1953, págs. 151 a 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, págs. 65 a 69, esp. 65, 66 y 67; Aldo Piras, *op. cit.*, págs. 83 a 85; Giannini, Tomo I, *op. cit.*, págs. 637 y 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 irrepitable, no sujeta a control.

motivo y la circunstancia permitan al agente conocer y aplicar la regla concreta de configuración del acto en su máximo rendimiento. 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 insuperables (25). 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 implícitamente (26). Esto nos lleva directamente a hablar 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. 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 únicamen-

te con vista del caso ya surgido. Pueden reputarse reglas jurídicas condicionantes de la validez del acto si es cierto y existente —como lo acepta esta ponencia— 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. Caso opuesto, se tratará de reglas cuya importancia será menor. Es lo que ha ocurrido en Costa Rica con la Ley General.

La Ley General ha acogido una tesis intermedia. El art. 133.2 formula el “principio de proporcionalidad”, que es la forma más clara y correcta de enunciar la incorporación de la oportunidad a la legalidad, como medio para garantizar la eficiencia o el rendimiento óptimos, dentro de la circunstancia, del acto administrativo; pero el art. 16 ibídem rebaja el nivel de excelencia encapsulado en esa proporcionalidad (del motivo con el contenido y el fin), que el art. 133.2 permite ubicar en un óptimo, al no excluirlo, para conformarse con el respeto a los “principios elementales” de “conveniencia”, la cual siempre se ha entendido como sinónima de la oportunidad. Disponen dichas normas:

Art. 133:

1. “El motivo deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto.
2. Cuando no esté regulado deberá ser *proporcionado* al contenido y cuando esté regulado en forma imprecisa deberá ser razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento”.

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*”.

Es evidente el íntimo parentesco entre el control máximo (de 3er. grado) ejercido por el Conseil d’Etat sobre los motivos del acto y la redacción del art. 133.2. Exactamente como el C.E. anuló

(25) Bassi, *op. cit.*, págs. 270 y 271.

(26) Mortati reputa existente un “reenvío formal” del ordenamiento a las reglas de una 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 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”), la 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 dichas o por las dos. Véase por todos Bassi, *op. cit.*, págs. 240 y 245.

expropiaciones y derogaciones urbanísticas por causar daños e implicar costos exagerados en relación con sus utilidades y beneficios, así preceptúa el art. 133.2 se juzgue la legalidad del acto administrativo en cuanto a motivo: según su proporcionalidad con el "contenido" y, naturalmente, con el fin, a través de este último. Hay, como dice un distinguido autor francés, una íntima correlación entre estos tres elementos, que significa, primero, un ajuste del contenido al motivo o a la inversa, y, segundo, un ajuste de ambos al fin (27). Es tal el ordenado por el art. 133.2. Precepto que, por otra parte, impone claramente como normal el control por "calificación jurídica" de los hechos que forman el motivo —control llamado antes de 2do. grado— al ordenar claramente que de hallarse éste regulado en forma imprecisa, deberá concretarse en modo razonablemente conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento para definirlo. Ello implica, como es lógico, la inexistencia de discrecionalidad en esa labor de concreción, que, según el art. 133.2, ha de reputarse como mero proceso lógico racional de interpretación y aplicación de la norma, no como acto volitivo de elección y configuración del motivo. Lo anterior no obstante, es evidente que el art. 16 rebaja los niveles de operación de la Administración, al exigirle en sus actos discrecionales por motivo no ya 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, sino 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 imperati-

vos circunstanciales en orden a la realización de un determinado fin público, así como la insuprímible fatibilidad 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 este 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 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. 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 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: "Habrà 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*".

(27) Guy Braibant, *Le Principe de Proportionnalite, Melanges Offerts a Marcel Waline*, op. cit., tomo II, pág. 298.

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.

Lo anterior significa, en síntesis, que nuestro ordenamiento legal hace difícil la neta separación de legalidad y de oportunidad y autoriza más bien las incursiones del juez en esta última, no en función del cumplimiento de los fines públicos, sino en función de la observancia de ciertos mínimos o estándares vitales del obrar administrativo, exigibles de acuerdo con los valores del ordenamiento político. Esto nuestra L.G. lo reputa un contralor de legalidad, pero incluye uno de oportunidad. En un Estado de Derecho, en otras palabras, la Administración está para servir al hombre y satisfacer sus necesidades e incurrir en un actuar inválido cuando más bien opera para dañarlo o defraudar las legítimas expectativas puestas por el público en su funcionamiento. Pero con esto hemos llegado ya a divisar el ordenamiento general del Estado y la función administrativa, horizonte del acto administrativo y la sentencia del Juez, meros puntos de cristalización de sus valores institucionales. El paso que falta por franquear en el ejercicio del contralor jurisdiccional de la Administración ha de partir de esas realidades fundamentales que son la unidad del ordenamiento jurídico y de sus valores, como fuente de reglas y principios

que regulan la función administrativa, más que el acto aislado. Nos explicamos.

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

Un notable jurista italiano (28) 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 potestad (29). 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 caso, que determina los elementos dejados en blanco por el Juez o por la ley (30). De este modo, hay dos zonas importantes de conducta adminis-

(28) Feliciano Benvenuti, *Ecceso di Potere Amministrativo per Vizio della Funzione*, Rassegna di Diritto Pubblico, Giuffrè, Milano, 1950, págs. 22 y sgtes. espe. 22 a 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 (travaso del acto), 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 identificado, 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 págs. 81 y sgtes. 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 sienta por escrito la regla que infringe 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 A. 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, págs. 30 a 32.

(29) 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, págs. 110 y sgtes.; lo mismo que Eduardo Ortiz Ortiz, *Los Privilegios de la Administración Pública*, Separata Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de C.R., No. 23, San José, 1974, págs. 38 39.

trativa anteriores a la declaración del acto administrativo —como a cualquier otro acto público, ley o sentencia— que condicionan 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 fin (31). Estas categorías de vicios pueden reproducirse en infinidad de hipótesis. En el fondo, todo puede resumirse diciendo —como lo

ha hecho algún ilustre jurista (32) —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 arts. 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 tríada 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 jurídico. 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 discrecionalidad. Todo lo tiene contemplado la L.G.

5. 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 romano (33). 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

(30) Di cesare, *op. cit.*, págs. 109 y 110 y nota (23).

(31) 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, págs. 195 a 198.

(32) Eduardo García de Enterría, *La interdicción de la arbitrariedad en la Potestad reglamentaria, ahora como apéndice de Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Técnos, Madrid, 1970, págs. 226 a 232, espec. 228 a 230.

(33) 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, págs. 211 y sgtes.; 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.

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 Administración (34). 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 vigilancia 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 repeto al ordenamiento, lo que significa, primero, que el Juez rehuye enfrentarse abiertamente a la ley, diciéndolo, accediendo a peticiones ilegales o sin graves motivos que lo justifiquen (35); segundo, y sobre todo, que está limitada 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 pertenecen (36), y, tercero, que sólo gradual, casuista e insensiblemente —sin revoluciones— puede crear e instalar una nueva norma en el ordenamiento (37). 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 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 saber: (38).

a) 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 las

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 servidor (39). 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

(34) Loschack, *op. cit.*, págs. 121 y 122.

(35) Loschack, *op. cit.*, págs. 84 a 88.

(36) De Laubadere, *Melanges offerts a Merce! 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".

(37) Gaudemet, *op. cit.*, págs. 219 y sgtes.

(38) Gaudemet, *op. cit.*, págs. 248 y sgtes. especialmente 252 y 253.

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

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 su 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 jurisprudencialmente— 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 arts. 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".

b) Reglas jurisprudenciales 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 contencio-administrativa, con exclusión de unos e inclusión de otros; carácter no anulable del reglamento en la vía de su impugnación indirecta, etc.

c) Reglas jurisprudenciales 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.

6. El reino de la ciencia. La llamada discrecionalidad técnica (40).

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 lo 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— hasta 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. *Pero no es imposible la discrecionalidad técnica, no obstante la recíproca incompatibilidad que se predica de ambos conceptos.* Ciertamente son incompatibles, cuando, como se dijo, la aplicación de la técnica o de la ciencia al caso permita resolver el problema y hallar la regla única y exacta de conducta, sin implicar juicios ni elecciones individuales del funcionario, irreductibles a una norma general o a una ley natural, o del arte y quehacer en cuestión. En esta hipótesis la ciencia hace las veces de la ley y el acto es reglado y obligatorio por su virtud. En el dominio de las políticas, planes y programas, y aun en actos de elección menos complejos, sin embargo, es no sólo posible sino probable que, en lugar de una sola conducta practicable, haya varias alternativas técnicas, jurídicamente indiferentes, en tanto que son también equivalentes desde el punto de vista de la oportunidad de cada una. En ordenamientos como el nuestro, en los que los imperativos legales de la oportunidad pueden reducirse a un mínimo (por todo lo ya dicho), es posible, además, que la solución técnica adoptada sea legal y válida aun si no es la “mejor” ni la “única”, por ser menos oportuna que otra, mientras no sea la “peor” posible, la realmente “inoportuna”, como bien se puntualizó. Cuando se puede elegir entre equivalentes o entre “buenas” alternativas, la definición y adopción de programas, la fijación de líneas futuras de comportamiento y aun la escogencia de instrumentos de trabajo, pueden ser auténticamente personales y discrecionales, sin posible remisión a criterios técnicos o científicos, objetivos, generales y exactos. Aquí hay una base de problemas técnicos que resolver y una técnica de base, pero la solución última no la da la ciencia sino la decisión del funcionario. Esto puede llamarse con propiedad la “discrecionalidad técnica”, que, contra lo que suele sostener la doctrina italiana, no es técnica, sino verdadera discrecionalidad (41).

(40) 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.*, pág. 267; y la obra de Bachelet, *op. cit.*, págs. 58 a 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.

(41) Vittorio Bachelet, *L'Ahirita Tecnica della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1967, págs. 40 y 41.

7. La L.G. y los principios generales de Derecho. 8. Conclusión.

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 aquellas y con los valores y principios de un Estado de Derecho. Disponen al respecto los arts. 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 conforme 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".

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. Este es, en Costa Rica, el único verdadero y justificado momento de la discrecionalidad incontrolable de la Administración. García de Enterría lo ha dicho lúcidamente:

"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 solo 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 parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades". (La lucha contra las inmunidades del poder, op. cit., págs. 48 y 49).