



Procedimiento administrativo. ¿Una herramienta al servicio del control de la discrecionalidad administrativa?

M.Sc. José Andrés MEZA VILLALOBOS *

Abogado

SUMARIO: 1) Antecedentes históricos del procedimiento administrativo. 2) Aspectos generales del procedimiento administrativo. 3) Puntos de encuentro en Derecho comparado. Codificación y participación ciudadana. 4) Discrecionalidad administrativa. 5) Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. 6) Discrecionalidad y procedimientos (Administrativos). 7) Discrecionalidad administrativa en el procedimiento sancionatorio, mención específica al acto de fijación de la sanción. ¿Es discrecional?

RESUMEN

El presente artículo pretende realizar un análisis sobre el papel que juega el procedimiento administrativo en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, analizando algunos puntos importantes de su evolución histórica; su papel de coadyuvante para la adopción de decisiones administrativas legítimas y legales, para

concluir con un análisis sobre el tema de la discrecionalidad en la adopción de sanción en el marco de procedimientos administrativos, donde se encuentra de por medio el ejercicio del *ius puniendi estatal*.

PALABRAS CLAVE: discrecionalidad, procedimiento administrativo, potestad sancionatoria, procesos autocompositivos y heterocompositivos, control.

ABSTRACT: The following article aims to carry out an analysis of the role that the administrative procedure plays in the exercise of administrative discretion, analyzing some important points of its historical evolution, its role as a contributor to the adoption of legitimate and legal administrative decisions, to conclude with an analysis on the issue of discretion in the adoption of sanctions in the framework of administrative procedures where the exercise of state *ius puniendi* is involved.

* El autor se especializa en el ámbito del Derecho Público, cuenta con una Maestría en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica, una especialización en Regulación de Servicios Públicos y Competencia por la Universidad española de Valladolid, así como un Diplomado en Derecho Administrativo Sancionador por esta misma casa de estudios. Es egresado del programa de Doctorado en Derecho en la Universidad de Costa Rica.

KEYWORDS: Administrative Discretion, Administrative Procedure, Penalty Power, Self-Compounding and Hetero-Compounding Processes, and Control.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la ciencia del Derecho administrativo ha sido objeto de constante análisis, y la producción del acervo bibliográfico ha sufrido un aumento vertiginoso de la mano con el posicionamiento que esta rama del Derecho ha tomado a nivel internacional en las últimas décadas; donde fenómenos parten de abundantes análisis desde la óptica de la famosa *Huida del Derecho Administrativo*¹, hasta aterrizar en temas actuales, por ejemplo, el de la incidencia de economías colaborativas en el ámbito de lo público, con el tema de las alianzas público-privadas como herramienta valiosa para la satisfacción de las necesidades del Estado, por mencionar dos temas en boga en estos momentos.

No obstante, existen temas clásicos del Derecho administrativo que, sin importar el tiempo que transcurra, por su perenne actualidad y su incidencia directa en el quehacer de lo público, sin importar la especialidad de que se trate, subsisten en las discusiones teórico-filosóficas a través de nuevos enfoques que redefinen el lente con el

cual se aborda su temática. Un ejemplo de esto lo constituye el procedimiento administrativo, cuya naturaleza dinámica, según se vea, permite abordajes distintos en procura de solucionar problemas actuales mediante la adaptación de las regulaciones establecidas a tiempos modernos.

En este sentido, la visualización del procedimiento administrativo como una herramienta al servicio del control de la discrecionalidad administrativa es un tema poco estudiado, si se compara con el relativo al control judicial de la discrecionalidad administrativa. De ahí la necesidad de redefinir esta herramienta y sus alcances en lo que respecta a la discrecionalidad administrativa y la conformación de la voluntad administrativa, siempre sujeta a control.

I. ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Para cualquier interesado en la materia del Derecho administrativo, ya sea tanto desde el aspecto formal como del sustancial, en cuyas manos se haga una obra que desarrolle a manera de tratado la materia, le parecería completamente natural y lógico que se incluya en esta lo relativo al procedimiento administrativo, como elemento de conformación de la voluntad administrativa. No obstante, pocas obras se ocupan de analizar lo relativo al surgimiento de la figura como se conoce ahora, cuyos rasgos característicos, a pesar de las singularidades propias, son compartidos a lo largo de distintas latitudes. Pero, antes de continuar, conviene plantearse: antes del desarrollo actual, ¿qué hubo? ¿Cómo surge el procedimiento administrativo como se conoce ahora? La respuesta a estas preguntas deviene en necesaria, al menos de forma breve, en la medida en que la naturaleza del presente trabajo lo permite.

Según lo señala Barnes (2015), el desarrollo hacia el procedimiento administrativo como se le

¹ El tema de la huida del Derecho administrativo ha sido objeto de amplios análisis, por ejemplo, desde una óptica más conservadora, puede verse el trabajo de la profesora Silvia de Saz Cordero, “La Huida del Derecho Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 133, (Enero-Abril 1994)57-98, o desde una óptica más integradora, puede consultarse el trabajo de Juan José González López, “La “Huida del Derecho Administrativo” como factor criminógeno”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3 era Época, n.º 16, (julio de 2016), 375-412, en el que se busca establecer una relación de causalidad entre este fenómeno y el aumento de la criminalidad, específicamente en lo atinente a la corrupción administrativa.

conoce hoy fue discurriendo por diversas etapas, entre las cuales se puede identificar una primera caracterizada por el procedimiento singular y especial, donde existían normas inseparablemente unidas a las previsiones sectoriales de carácter sustantivo, por ejemplo, la solicitud de una licencia, o la presentación de una queja)². Posteriormente, le siguieron pronunciamientos jurisprudenciales, para después iniciar un lento camino hacia una cierta abstracción o síntesis, marcando la pauta a través del recurso administrativo en sus diversas variantes, las normas relativas al modo interno de operar de los órganos de la Administración (o procedimiento “interno” de la Administración) y los procedimientos en vía de petición o a instancia de parte (señaladamente, procedimientos autorizatorios).³

Continuando con el desarrollo, y con la finalidad de unificar, simplificar o fijar normas comunes sobre los procedimientos de recurso y los de vía de petición⁴, surgen las primeras leyes generales, con la participación de la doctrina y expertos en la materia. Los cuales buscan, además de lo indicado, establecer nuevos procedimientos de revocación, sanciones y promulgación de disposiciones generales; de forma tal que las leyes dictadas vienen a fijar los elementos característicos de distintos tipos de procedimientos marco o tipo.⁵

² Señala el autor, que un ejemplo de esto se da en España con la Real Orden de 14 de mayo de 1846, a través de la cual se dictaron reglas para el establecimiento de nuevos riegos fábricas y otras empresas agrícolas e industriales para el aprovechamiento del agua de los ríos.

³ Véase, Javier, Barnés. 2015. “El Procedimiento Administrativo. Análisis Histórico y Comparado”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015), 203-204.

⁴ Por ejemplo, las licencias, permisos, concesiones demaniales, entre otros.

⁵ Véase Javier, Barnés, “El Procedimiento Administrativo. Análisis Histórico y Comparado”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015), 204.

Valga señalar que, como suele suceder con las normas marco, estas fueron copiadas y adaptadas en distintas latitudes según fuera la necesidad que pretendían satisfacer. La clave en estos casos estuvo y ha estado en la convivencia de normas marco o generales, y normas de índole especial o sectoriales, que vengan a regular de forma más especializada distintas materias, para ir abandonando el esquema procesal que una vez las inspiró (enfocado sobre todo en normativa procesal judicial); con el fin de revestir una caracterización propia de la dificultad de establecer una escisión entre normas materiales y formales dentro del propio Derecho administrativo, dado que usualmente la normativa tiende a incluir regulación de ambas naturalezas en un mismo instrumento⁶.

Bien lo señala Barnes (2015), que la: *“experiencia histórica pone de manifiesto que las leyes de procedimiento han regulado principios generales de actuación y procedimientos tipo a un tiempo, en el mismo cuerpo normativo. Esa común cultura se obtiene asimismo por la asunción de conceptos comunes (acto administrativo, procedimiento, derechos procedimentales...); el establecimiento de ciertas garantías o derechos para un grupo o género de procedimientos, así como deberes o cargas de la Administración y del ciudadano”*.⁷

De este modo, queda claro que la aparición del procedimiento administrativo no surge a partir de una generación espontánea, sino que es producto de un desarrollo sesudo por parte de la doctrina y expertos en la materia que, a manera de prueba y error, fueron buscando la forma de solucionar

⁶ Por ejemplo, en materia de regulación de servicios públicos, de competencia y sancionatoria, por mencionar únicamente tres ejemplos.

⁷ Javier, Barnés, “El Procedimiento Administrativo. Análisis Histórico y Comparado”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015), 207.

una problemática compleja y cotidiana, que a la postre dio como resultado regulaciones como las actuales. Estas, si bien continúan partiendo de la existencia de normas macros o generales que alimentan a las sectoriales en aquellos puntos que resultan abstrusas u omisas; lo cierto es que han permitido la evolución procedimental, al punto de dotar tanto a los administrados como a las administraciones, de garantías y herramientas procesales y sustantivas, que permiten no solo transparentar, sino hacer del procedimiento un ejercicio cada vez más eficiente, en garantía del respeto al bloque de juridicidad.

II. ASPECTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Ya en su momento, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, desde su obra, rescataban el esfuerzo realizado por Merkl de aislar un concepto de procedimiento, como categoría propia dentro de la teoría general del derecho y no como parte de la óptica judicial. De esa forma, indican los autores: *“el procedimiento vendría a ser el camino, el iter jurídicamente regulado a priori, a través el cual una manifestación jurídica de un plano superior (generalmente una norma) produce una manifestación jurídica en un plano inferior (una norma de rango subalterno o un acto singular no normativo). El procedimiento, en general, se singularizaría, por lo tanto, en el mundo del Derecho Administrativo como el modo de producción de los actos administrativos”*.⁸

Desde esta óptica, se visualiza que procedimiento administrativo, según la tesis de los autores, sería el camino precedente, que debe seguir la Administración para proceder con el dictado de actos administrativos. Asimismo, no puede obviarse el hecho de que, aun cuando se

relaciona al procedimiento administrativo como esta *conditio sine qua non* para la adopción de actos administrativos válidos y eficaces, no puede soslayarse la relación que también tiene el procedimiento administrativo en el ámbito más contencioso. De ahí que resulta menester reconocer en esta parte, las semejanzas que existen entre el proceso judicial y el administrativo, dada la pertenencia de ambos al mismo tronco común.

Bien puede señalarse el hecho de que el proceso en sí busca la averiguación de una verdad (real o formal⁹) en este, además de la satisfacción de las pretensiones planteadas por las partes, mediante la intervención de una instancia independiente, como modelo tanto heterocompositivo como autocompositivo, según corresponda. No obstante, si bien el procedimiento busca también la averiguación de esta verdad, que pueda devenir en la satisfacción de pretensiones ejercitadas durante este, lo cierto es que, a diferencia del proceso, el procedimiento no ve agotada su finalidad en este punto; es decir, busca también constituir una garantía para las partes involucradas en una situación particular regulada, pero, también, se erige como un mecanismo, para la satisfacción del interés general mediante el dictado de actos o decisiones administrativas, apegadas a derecho. De ahí que se le otorgue al procedimiento esa doble finalidad; tanto la de averiguación de una verdad dentro de una causa abierta como de la satisfacción del interés general mediante la adopción de decisiones administrativas en el marco del cumplimiento de fines legitimantes de la función estatal.

A través de esa doble dimensión, precisamente, se logra el control de la Administración, de manera

⁸ Eduardo García de Enterría, y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. (Navarra, España: Civitas, 2011), 456.

⁹ Con respecto a este tema, de la averiguación de una verdad real o formal, como parte de los fines del procedimiento, puede verse en el ámbito costarricense la obra de Ronald Hidalgo Cuadra, *La cuestión de los hechos. Enfoque General y desde el Derecho Administrativo*, (San José, Costa Rica: Isolma, 2018).

que, cuando en el ejercicio de sus potestades discrecionales proceda con el dictado de actos administrativos, estos deban sujetarse a las reglas establecidas de previo, ya sea mediante una positivización expresa o mediante su regulación doctrinaria y jurisprudencial.

No obstante, existen regulaciones donde el enfoque que se le da al procedimiento administrativo va más dirigido a la función asimilable con la jurisdiccional, por ejemplo, sucede con la Ley General de la Administración Pública costarricense, que le otorga todo un título a su desarrollo y regulación. En este sentido, en la discusión de aprobación de la Ley General de la Administración Pública, del año 1978, el célebre jurista costarricense Rodolfo Piza Escalante señaló: *“En su libro segundo a partir del artículo 218 el proyecto establece por primera vez en Costa Rica un régimen de procedimiento administrativo general para toda la Administración Pública. Si bien estructurado sobre el sistema medula y complejo de la Administración Central, su aplicación a las demás administraciones habrá de hacerse, por supuesto adaptando algunas disposiciones a las particularidades de esas administraciones o de los servicios que prestan y sin perjuicio de lo que establezcan las leyes especiales que lo rigen”*.

Lo cual va de la mano con lo que fuera señalado supra. Además, continúa indicando el célebre jurista costarricense que: *“(…)el proyecto se orienta a asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, con respeto para los derecho subjetivos e intereses legítimos del administrado de acuerdo con el ordenamiento jurídico”*¹⁰. Lo que se buscó a través de la regulación propuesta en ese momento fue materializar los propósitos básicos de 1) resolver

la contraposición entre autoridad y libertad, así como prerrogativa y garantía y 2) la garantía de la vigencia efectiva de los principios de derecho sobre los que asienta todo el régimen institucional costarricense y que valen no solo para garantizar intereses legítimos, sino también la defensa del interés público.

Es precisamente por esto último que los actos que se dictan como producto de un procedimiento administrativo puedan afectar tanto a los administrados como a otros entes de la Administración pública, y de ahí surge un reto al que se enfrenta el Derecho público y en sí el aparato estatal: regular los procedimientos que afectan competencias de varios órganos de la misma Administración o inclusive de distintas Administraciones públicas, situación que se agrava cuando una o más instituciones de las involucradas goza de autonomía.

En el caso español, por ejemplo, se ha optado por soluciones como la sucesión de procedimientos encadenados, los procedimientos bifásicos o la inserción de las competencias ajenas como “cuerpos extraños” en forma de informes preceptivos y, en su caso, vinculantes, o en forma de piezas separadas. Señalan, en este sentido, Parejo y Vaquer (2018), que las anteriores soluciones resultan poco funcionales, por lo que se insta a volver la mirada a regulaciones como la de Italia o Portugal, con las denominadas *conferencias de servicios y procedimientos en conferencia*, en las que se busca que las competencias deban ponerse de acuerdo en lugar de comunicarse a través de una *“sucesión de monólogos procedimentalizados”*.¹¹

En ese mismo contexto de cooperación, se encuentran los procedimientos cooperativos que se dan en el seno de la Unión Europea, tanto los

¹⁰ Roberto Quirós Coronado, *Ley General de la Administración Pública concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional*, (San José, Costa Rica: Aselex, 1996), 312-313.

¹¹ Luciano Parejo Alfonso y Marcos Vaquer Caballería, *Estudios sobre el procedimiento administrativo. I Derecho Comparado*, (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2018), 16-17.

horizontales entre Estados miembros como los verticales entre uno o varios Estados miembros y la Unión Europea; respecto de los que sigue sin decirse nada en países como España, pero que ya se incluye regulación en Alemania. En este caso, señalan Parejo y Vaquer (2018), que el comparatismo resulta de mucha utilidad.¹²

III. PUNTOS DE ENCUENTRO EN DERECHO COMPARADO. CODIFICACIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Señalan Parejo y Vaquer (2018)¹³, una de las conclusiones más evidentes que arroja la aproximación comparatista al Derecho del procedimiento administrativo es la gran dispersión que puede observarse en cuanto a la prontitud o tardanza en codificar legalmente la materia. Por ejemplo, en el caso de España, como uno de los primeros países en promulgar legislación en la materia con su Ley seminal de 1889¹⁴; también destacan los casos de Austria con su ley de 1925 o inclusive los de Estados Unidos con su famosa Ley de Procedimiento Administrativo de 1946. Por su parte, Alemania aprobó su *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG) en 1976 e Italia no lo hizo hasta la Ley 241 de 1990, siendo Francia la última de ellas con su Ley de 12 de abril de 2000, la cual regulaba los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración.

Es así que, a través de un desarrollo profuso de la materia procedimental, se ha arribado a una concepción del procedimiento administrativo, como un mecanismo de contraste de opiniones y de acceso a la información, donde pueden acudir sujetos de diversa naturaleza (pública o privada) a formular sus pretensiones en espera de que le sean

resueltas por la Administración; pero, también, incluso llegando en casos a coadyuvar con el fin perseguido por esta, ya sea de forma directa o indirecta, trayendo abajo aquella concepción decimonónica dualista excluyente, de que el procedimiento atañe a intereses contrapuestos en contienda.

Es así como, a través del procedimiento, se ha logrado materializar la participación de aquellos interesados en la conformación de la voluntad de la Administración, bajo una nueva óptica que, como señala Cassagne (2011)¹⁵, en aquellos casos en que el derecho de participación se derive de la ley, este no puede conculcar el carácter representativo establecido en la forma de gobierno constitucionalmente dispuesta, como sucede no solo en el caso argentino, sino también en el costarricense, en el cual encuentra un respaldo claro a partir de la reforma operada al artículo 9 de la Carta Magna en el año 2003, que caracteriza al Gobierno de la República como popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. De esta forma, introduce, en la óptica de lo público, el tema de la participación ciudadana desde la más alta norma jurídica, en atención al principio democrático imperante en dicha Constitución.

En igual sentido, señala Vaquer¹⁶ que: “*todo procedimiento es un foro de diálogo (...) Incluso los procedimientos internos de la Administración son diálogos entre órganos. Y la dialéctica de los procedimientos administrativos no tiene*

¹⁵ Juan Carlos Casaggne, “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos)”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n° 67, (2011), 67-68.

¹⁶ Marcos Vaquer Caballería, “¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?” *Borrador de contribución al libro colectivo Estudios sobre el procedimiento administrativo. III. Instituciones*. Inédito. Consultado el 1 de noviembre de 2020 en el enlace: https://www.academia.edu/41926985/_Para_qu%C3%A9_sirve_el_procedimiento_administrativo

¹² Ídem

¹³ Ibidem.

¹⁴ Nótese que, para obtener un Código General en el país ibérico, hubo que esperar hasta la Ley de 1958.

porqué ser necesariamente hegeliana, es decir, de contradicción o antitética. A diferencia de los procesos judiciales donde se opone la tesis de la parte demandante a la antítesis de la parte demandada para resolverse en la síntesis de la sentencia, en los procedimientos administrativos pueden encontrarse dialécticas tanto competitivas como colaborativas”.

Concluye el autor, a partir de lo anterior, que, como consecuencia de esta diversidad y complejidad, a la imagen tradicional del procedimiento como camino (iter), se le puede agregar la de foro (fórum), o lugar público donde se produce el diálogo abierto entre todas las personas (públicas y privadas), concernidas por la determinación del interés general en un asunto cualquiera.

Desde esta óptica, puede señalarse que el procedimiento administrativo se erige como un instrumento al servicio del derecho, en la gestión administrativa y en un baluarte de la lucha contra la arbitrariedad y el abuso de poder. Propicia un equilibrio entre partes, el diálogo, la confluencia de intereses y la satisfacción de pretensiones, en directa satisfacción del interés general.

Otra manifestación de esta nueva óptica del procedimiento administrativo se encuentra en el papel que se les atribuye a los acuerdos como forma de terminación o preparación para el fin del procedimiento. Por ejemplo, en España, este tipo de acuerdos se introdujeron en la normativa general desde el artículo 88 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en Portugal. Su inclusión se dio a través del artículo 57 de su Código del Procedimiento Administrativo de 2015, y en Alemania dicha posibilidad está prevista desde la década de 1970. Siendo que, en Estados Unidos, al igual que en Costa Rica, la práctica de la *negotiated rulemaking* ha ido cobrando fuerzas, a pesar de no encontrar una

regulación positiva como las mencionadas.

La diferencia en el caso costarricense es que, si bien en la Ley General de la Administración Pública no se prevén de forma expresa ese tipo de soluciones alternativas, pues los medios de finalización alterna son el desistimiento y la renuncia ¹⁷; lo cierto es que la Constitución Política prevé, en su artículo 43, la posibilidad que tiene toda persona de terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente. Normativa que se vio reforzada con la promulgación de la Ley N.º 7727, Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

De hecho, según lo señalan Calderón y González (2006), el artículo 2 de dicha ley vendría a recoger el principio constitucional antes mencionado: *“al señalar que toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar las diferencias patrimoniales de naturaleza disponible, es aquí donde resulta necesario entender que la Constitución no cierra las posibilidades de soluciones alternativas, sino que más bien las incluye como un derecho más de los y las ciudadanas, siendo la naturaleza patrimonial y disponible, del bien en disputa, las dos únicas salvedades para acudir a estas vías”*.¹⁸

De lo anterior, se deriva que existe una reserva constitucional ¹⁹ dada a las partes que las legitima

¹⁷ Artículos 337 a 339 de la Ley 6227.

¹⁸ Patricia Calderón Rodríguez y Rafael González Ballar, “La conciliación en material laboral: Su efectividad y viabilidad para las casas de justicia”, Revista de Ciencias Jurídicas n.º 111 (set-dic. 2006), 18.

¹⁹ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español, al analizar el tema de participación en la conformación de la voluntad administrativa en su sentencia STC 119/1995, de 17 de julio, señaló: *“la participación en la actuación administrativa -prevista ya, por cierto, en la legislación anterior a la Constitución-, (...) no es tanto*

para acudir a este tipo de vías alternativas, con el fin de dar por concluida una controversia, situación que es plenamente aplicable, *mutatis mutandi*, al procedimiento administrativo. De hecho, en Francia, se ha venido a materializar esta importancia de la participación ciudadana, al punto de que se estableció el denominado *Código de las Relaciones entre el Público y la Administración*, con la finalidad de garantizar y canalizar la participación ciudadana, como fuerzas impulsoras de la legislación procedimental.²⁰

una manifestación del ejercicio de la soberanía popular cuanto uno de los cauces de los que en un Estado social deben disponer los ciudadanos -bien individualmente, bien a través de asociaciones u otro tipo de entidades especialmente aptas para la defensa de los denominados intereses «difusos»- para que su voz pueda ser oída en la adopción de las decisiones que les afectan. Dicho derecho, cuya relevancia no puede ser discutida, nace, sin embargo, de la Ley y tiene -con los límites a que antes hemos aludido- la configuración que el legislador quiera darle; no supone, en todo caso, una participación política en sentido estricto, sino una participación -en modo alguno desdeñable- en la actuación administrativa, de carácter funcional o procedimental, que garantiza tanto la corrección del procedimiento cuanto los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. El hecho mismo de que muchas de estas formas de participación se articulen, como se ha dicho, a través de entidades de base asociativa o corporativa pone de relieve su diferente naturaleza respecto de la participación política garantizada por el artículo 23 CE; ésta, según tiene declarado este Tribunal, es reconocida primordialmente a los ciudadanos -uti cives- y no en favor de cualesquiera categorías de personas (profesionalmente delimitadas, por ejemplo SSTC 212/1993 y 80/1994, y ATC 942/1985). Este hecho manifiesta, igualmente, que no estamos ante cauces articulados para conocer la voluntad de la generalidad de los ciudadanos -en los distintos ámbitos en que territorialmente se articula el Estado- precisamente en lo que tiene de general, sino más bien para oír; en la mayor parte de los casos, la voz de intereses sectoriales de índole económica, profesional, etc. Se trata de manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en las de democracia directa, incardinándose más bien en un tertium genus que se ha denominado democracia participativa”.

²⁰ Al respecto, puede verse: Gilles Pellissier, “Los procedimientos administrativos en el Derecho Francés”, en *Estudios sobre el Procedimiento Administrativo. I. Derecho Comparado*, (Valencia, España: Tirant lo Blanch.

IV. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

Se dice, en el ámbito del Derecho administrativo, que el tema de la discrecionalidad administrativa es y será siempre el problema de fondo que se procura resolver, a través del análisis y reflexión propia de esta rama del Derecho. Entonces, una investigación que procure releer con un nuevo enfoque lo escrito a la fecha, y con base en dicho estudio aportar un enfoque distinto de forma seria y reflexiva, sin lugar a duda, constituirá un aporte al estudio de la ciencia del derecho que, en el ámbito del Derecho administrativo, es tan necesario. En este caso, el procedimiento administrativo se manifiesta como una herramienta al servicio del control de la discrecionalidad administrativa para evitar la arbitrariedad de la Administración, desde una visión tanto autocompositiva como heterocompositiva, según sean sus participantes.

De ese modo, existen diversas teorías que explican el fenómeno de la discrecionalidad administrativa. Unas se decantan por ver este particular ejercicio de la potestad administrativa como una facultad pura administrativa o discrecionalidad pura, también llamada discrecionalidad técnica y la abstraen de la actividad jurídica²¹. Otras (doctrina mayoritaria), por el contrario, la incluyen como un elemento inescindible del Derecho administrativo, y como un mecanismo necesario con el que cuenta la Administración para dar cumplimiento de una manera efectiva y eficiente al interés público.

Esto no es más que consecuencia lógica de la imposibilidad para el legislador o la propia Administración de regular de forma concreta y expresa todos los supuestos de hecho con que

2018)71-113.

²¹ Alejandro Nieto, *Estudios históricos sobre la Administración y Derecho Administrativo*, (Madrid, España: INAP, 1986), 263 y ss.

puede encontrarse, así como los efectos jurídicos que desea atribuirle a determinada conducta. Es decir, es el reconocimiento de que, en la práctica, aquel principio de plenitud del ordenamiento no puede concretarse sin echar mano a principios y herramientas tales que le permitan al operador jurídico introducir y regular nuevas conductas a partir del marco normativo dado.

Dicho de otro modo: *“la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”*.²²

En relación con las teorías disponibles, se encuentra la denominada discrecionalidad amplia (*latu sensu*), la cual implica que la Administración tenga la facultad de poder completar un supuesto de hecho normativo imperfecto o inacabado, con independencia de si la norma incluye en su contenido un supuesto de hecho que hace referencia a conceptos jurídicos indeterminados o si solamente son las consecuencias las que deja de forma abierta²³. Aspecto este último propio de

aquella discrecionalidad que se ha denominado estricta (*strictu sensu*).

Asimismo, se pueden identificar, relacionadas con los postulados anteriores, tres variantes sobre la ubicación de la discrecionalidad²⁴: 1) teoría o tesis reduccionista, que ubica a la discrecionalidad como un fenómeno exclusivamente derivado de la indeterminación de las consecuencias jurídicas de las normas jurídico-administrativas (también se le denomina clásica); 2) la teoría o tesis unitaria, según la cual la discrecionalidad se origina como producto de la indeterminación de las consecuencias jurídicas y de los supuestos de hecho y 3) la teoría según la cual la discrecionalidad se ubica como un ámbito exclusivamente circunscripto a la imperfección o indeterminación del supuesto de hecho normativo²⁵.

Es así que, según el lugar del postulado normativo en el que se encuentre la indeterminación, así la Administración contará con la posibilidad de completar (determinar) el elemento faltante, de forma tal que se logra la satisfacción del interés público que esta persigue. No obstante, dicha elección y su control no han estado exentos de controversias, propias de coyunturas históricas y de características propias de los sistemas jurídicos adoptados en cada lugar. Por ejemplo, en Francia, con una jurisdicción particular para la Administración, Estados Unidos

²² García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. (Navarra, España: Civitas, 2011), 483.

²³ Con esto, según se indica en Mariano Bacigalupo, *La Discrecionalidad Administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, (Marcial Pons, Madrid, 1997), 11, “ (...) se rechaza radicalmente la habitual distinción entre el margen de apreciación en la aplicación de conceptos indeterminados del supuesto de hecho normativo, por un lado, y la discrecionalidad en sentido estricto (esto es, el margen de decisión en el ámbito de las consecuencias jurídicas), por otro. La distinción entre “auténtica” discrecionalidad en la adopción de las consecuencias jurídicas (*Rechtsfolgeermessen*) y mero margen de apreciación se generalizó en Alemania con el propósito abierto u oculto, de preservar la necesaria flexibilidad de la Administración frente a una jurisdicción contencioso-administrativa que,

dotada de una competencia general de control, aprueba el examen de la corrección de la actividad administrativa incluso en aquellos casos en que la ley sólo imponía una mera directriz de actuación, utilizando a tal fin conceptos jurídicos indeterminados”.

²⁴ Mariano Bacigalupo, *La Discrecionalidad Administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, (Madrid, España: Marcial Pons, 1997), 107.

²⁵ Juan Gustavo Corvalán, “Estado actual de la dogmática de la discrecionalidad administrativa en Alemania”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n° 24 (enero-junio 2017), 6.

y regímenes de Common Law, con un sistema que establece una jurisdicción primaria a la cual se le concede deferencia privándose los temas de una revisión posterior o el sistema más propio del Derecho continental, donde se propugna una posibilidad de control más profundo, como sucede en España.

De hecho, en este país ibérico, en torno al tema de la discrecionalidad administrativa, se han generado debates de suma importancia, que han aportado a la ciencia del Derecho desde distintas ópticas. Muestra de esto constituye el que se generase en España, en la década de los años noventa, cuando Luciano Parejo Alfonso ²⁶, de la mano con Miguel Sánchez Morón ²⁷, asumieron una posición en procura de un control limitado de la Administración; mientras que Tomás Ramón Fernández ²⁸, y también Eduardo García de Enterría ²⁹ propugnaban un ámbito de control ilimitado de la conducta administrativa; de forma tal que no existieran ámbitos ajenos al control jurisdiccional, aun cuando este control implicara la sustitución de la Administración.

A partir de este debate, que ha servido como base para los enfoques que se han generado después, han surgido interpretaciones novedosas, no exentas de crítica, sobre si realmente existe la posibilidad de que el juez pueda entrar a revisar no solo la conducta administrativa, en pleno; es decir, tanto los elementos discrecionales como los elementos reglados, sino que también si este se encuentra facultado para llegar a sustituir la conducta administrativa, sin que esto implique una

violación al principio de separación de poderes ³⁰.

Si se sigue la tesis francesa, que aboga por una separación estricta y total de poderes, al punto de que existe a través del Consejo de Estado, una jurisdicción especializada para analizar las conductas administrativas, ajena al Poder Judicial; pareciera que esta intromisión por parte de la autoridad judicial no podría darse ³¹ sin necesariamente conculcar el principio de separación de poderes sobre el cual descansan los sistemas democráticos.

De alguna forma, podría pensarse que una línea similar sigue el sistema norteamericano, el cual aplica el sistema de jurisdicción primaria; según el cual, una vez agotada esta vía previa, no podría entrarse a revisar los actos de la Administración. Situación que se sigue para el ámbito de la regulación de servicios públicos

³⁰ Por ejemplo, en Italia, en cuanto al tema del control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica, la autora Annalisa Giusti, “El Control del Juez Administrativo Italiano sobre las sanciones de la Comisión Nacional de las Sociedades Mercantiles y Bolsa (CONSOB)” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 7 (agosto 2017):140, destaca en el ámbito bajo estudio las siguientes obras italianas: ex multis, MARZUOLI, C.: *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milán, 1985; DE PRETIS, D.: *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padua, 1995; LAZZARA, P.: *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padua, 2002; CINTIOLI, F.: *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milán, 2005; Giusti, A.: *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Nápoles, 2007.

³¹ De hecho, en el caso francés, no se consideraban que los derechos subjetivos fueran susceptibles de configuración, cuando la Administración emitía actos de mera facultad o imperio, dictados para asegurar los intereses colectivos de la agricultura, comercio o industria (v.g. la policía administrativa) o el funcionamiento de la organización administrativa. Al respecto Firmin Julien Laferrière, *Cours théorique et pratique de Droit Public et Administratif*, t. II, (París, 1854), 733 y ss, citado por Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración*, (Civitas, Madrid, 1994), 26 nota 10.

²⁶ Luciano Parejo Alfonso, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias* (Madrid, España: Tecnos, 1993).

²⁷ Miguel Sánchez Morón, *Discrecionalidad Administrativa y control judicial* (Tecnos, Madrid, 1994).

²⁸ Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración* (Civitas, Madrid, 1994).

²⁹ Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la Administración* (Civitas, Madrid, 1995).

en Estados Unidos, lo cual tiene sentido cuando se toma en consideración que el tema de la Regulación de Servicios Públicos se lleva a cabo por agencias y no por el Estado. De ahí que la filosofía de funcionamiento y control difiera de aquella importada en los países con un sistema de Derecho continental, que aplican la función regulatoria desde la óptica de un Derecho administrativo económico (sistema que no opera como tal en el país norteamericano).

A partir de esta particularidad de funcionamiento en el país del norte, según la cual se aplica la regla de la deferencia, que procura el respeto del criterio de la Administración, en tanto sus decisiones no sean razonables o no sean manifiestamente arbitrarias ³², se ha sostenido que existe un ámbito inmune al control jurisdiccional o al menos que implica la existencia de un control no pleno y limitado de la actuación administrativa; sobre todo, en países que han adoptado su modelo constitucional con base en el americano ³³. No obstante, aún en estos países, al igual que en los de Derecho continental, dicha discusión tiene sus defensores y detractores, en especial en el ámbito de la sustitución judicial donde existen posiciones que respaldan los pronunciamientos judiciales a favor de esta y otras en contra ³⁴.

En contraposición a esta teoría que establece ámbitos inmunes al control, o lo que es lo mismo, un control limitado de la actuación administrativa, existe una tesis, la cual se comparte en este análisis; salvo en cuanto al tema principal objeto de investigación, que propende al control pleno de la actuación administrativa, como resultado de los principios de interdicción de la arbitrariedad,

legalidad y el del acceso a una tutela judicial (o administrativa) efectiva ³⁵. Según esta tesis, el juez tiene la facultad de entrar a analizar todos los aspectos de la conducta administrativa, tanto los elementos reglados como discrecionales, de manera que no exista ningún ámbito inmune al control jurisdiccional ³⁶, como garantía para el administrado de que existe una posibilidad de revisión plena que le garantice la obtención de un resultado justo.

Ahora bien, en cuanto al tema de la discrecionalidad administrativa y su control, se considera correcta la posición seguida por autores como Juan Carlos Cassagne ³⁷; quien sostiene que no es necesario que la constitución deba, como sucede en el caso español, indicar expresamente que existe un principio de interdicción de la arbitrariedad, a efectos de que resulte aplicable este principio, sino que basta con que se desprenda del contenido de la constitución tanto este como el de la tutela judicial efectiva. De forma que se dote a los administrados de tal facultad por parte del órgano juzgador.

Se trata de la concreción de aquel control débil o fuerte ³⁸ que se ha desarrollado en torno

³² Alberto Bianchi, "Las potestades administrativas del Presidente de la Nación", en *Organización administrativa, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral* (Buenos Aires, 2005), 55 y ss.

³³ Como por ejemplo en Argentina.

³⁴ Miguel Beltrán de Felipe, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución* (Tecnos, Madrid, 1995), 54.

³⁵ Por ejemplo, en Alemania, una primera evolución hacia la excepción de ámbitos inmunes al control jurisdiccional de la actividad discrecional, establecidos en 1878, se dio a partir de lo estipulado en el artículo 114 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1960, a través del cual se comenzaron a establecer acciones que buscaban impugnar decisiones discrecionales, que en aquellos casos en los que se excedieran los límites legales de la discrecionalidad o cuando el ejercicio de la potestad no tuviera correspondencia, con el fin para el que fue concedida, facultaban el ingreso por parte del órgano jurisdiccional para la revisión de la conducta administrativa.

³⁶ En esta línea se decantan autores como Tomás Ramón Fernández, Eduardo García de Enterría, Juan Carlos Cassagne.

³⁷ Juan Carlos Cassagne, *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa* (Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, 2016), 292-293.

³⁸ Annalisa Giusti, "El Control del Juez Administrativo

al tema de la discrecionalidad administrativa, en el que, en el primero, excluye la posibilidad de un control sustitutivo de la administración por parte de los jueces que llegue a sobreponer su propia evaluación técnica o su propio análisis sobre la correcta aplicación o materialización del concepto jurídico indeterminado (v.g. el interés público) por encima del de la Administración, limitándose a comprobar la lógica, uniformidad y adecuación de la resolución y sus motivos, a la satisfacción del fin propuesto.

V. CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados ha sido importada en Iberoamérica, a partir de lo desarrollado en Alemania, siendo que esta corriente se encuentra íntimamente ligada con el tema de la discrecionalidad administrativa, al punto de que, en determinados casos, se ha sujetado la segunda a la existencia de la primera. No obstante, conviene diferenciar lo relativo a los elementos valorativos, dentro de lo que la jurisprudencia española enmarca como “discrecionalidad de juicio”, del ámbito de la discrecionalidad administrativa, pues son estos elementos valorativos los que se podrían ligar al tema de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

Señala Rodríguez (2011) que, en la opinión de Mozo Seonane, el tema de los conceptos jurídicos indeterminados presente dos peligros: 1) su empleo abusivo en el ámbito del derecho, y 2) en el ámbito de la ejecución administrativa de la ley, late siempre la amenaza de que se utilicen como fuente legitimadora de la arbitrariedad.

Italiano sobre las sanciones de la Comisión Nacional de las Sociedades Mercantiles y Bolsa (CONSOB)” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 7 (agosto 2017), 141.

Siendo que, precisamente, para evitar esto último se construyó la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.³⁹

Para García de Enterría, lo particular de los conceptos jurídicos indeterminados es la unidad de solución justa frente a lo característico de las potestades discrecionales: la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. Así, la calificación en una situación concreta⁴⁰ no podría ser más de una, por ejemplo, o existe utilidad pública o no la hay, o se establece un precio justo o no. En cambio, señala el propio García de Enterría que la discrecionalidad consiste esencialmente en una cierta libertad de elección.⁴¹

En igual sentido, señaló en su momento Nieto (1964) que, entre la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa, existe una diferencia esencial, en el tanto en la discrecionalidad administrativa (o discrecionalidad auténtica como él le llama), la Administración es libre de elegir entre varias posibilidades, y cualquier solución que adopte dentro de ellas es jurídicamente irreproachable. En cambio, en el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados, la elección no es libre, pues no hay pluralidad de soluciones válidas, sino que

³⁹ Jaime Rodríguez Arana, “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, (n.º 67, 2011), 210.

⁴⁰ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*. (Navarra, España: Aranzadi, 2011), 482, responden a las críticas planteadas en relación con esta premisa, que con decir que exista una “unidad de solución justa”, no significa que haya una sola y única conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que el concepto apunta, sino que, en realidad, lo que quiere decir es que, en un caso determinado, la concreta conducta objeto de enjuiciamiento o es de buena fe o no lo es, lo que remita a una “apreciación por juicios disyuntivos”, en la expresiva fórmula alemana, ya que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, como es evidente.

⁴¹ Ídem.

solo es correcta una solución dentro de varias posibilidades.⁴²

Cabe acotar que, como señala Rodríguez (2011), la diferencia entre un concepto normativo determinado y otro indeterminado es simplemente cuantitativa, de grado, lo que se traducirá en una mayor dificultad de apreciación, pero en ambos casos posible y preconfigurada en la norma respectiva. Lo que no puede decirse de los supuestos de atribución de discrecionalidad en los cuales la ley otorga al órgano administrativo una libertad de actuación, dentro de cuyos márgenes este puede decidir en favor de una de las varias soluciones posibles, siendo que todas, en principio, serán admisibles. Continúa el autor indicando que, en ese “reducto de libertad”, no hay contenido objetivo previo, por lo que discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado obedecen a una ratio esencialmente distinta: su diferencia no es de grado, sino cualitativa.⁴³

Entonces, cuando se habla de conceptos jurídicos indeterminados, no se estaría hablando de discrecionalidad auténtica como la llama Alejandro Nieto, sino que se estaría ante un supuesto de hecho, preestablecido al menos teóricamente, y sujeto al fin que la norma pretende tutelar en el caso concreto. Todo esto si se acepta la teoría de la solución única planteada por García de Enterría, opuesta por Luciano Parejo Alfonso, que se decanta más por una teoría de pluralidad de soluciones legítimas en materia de resoluciones discrecionales, dejando por fuera de fiscalización los hechos que determinan la decisión que adopta la Administración.

⁴² Alejandro Nieto, “Reducción Jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”, *Revista de Administración Pública*, (n° 44, 1964), 154.

⁴³ Jaime Rodríguez Arana, “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, (n° 67, 2011), 212.

Entodo caso, a diferencia de la discrecionalidad administrativa, donde la Administración conserva la libertad de elección entre indiferentes jurídicos, como lo señalan García de Enterría y Fernández (2011), la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley; puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante, su imprecisión, con la finalidad de acotar un supuesto concreto), unas circunstancias reales determinadas. Justamente por eso, es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad, en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido; proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador.⁴⁴

VI. DISCRECIONALIDAD Y PROCEDIMIENTO (ADMINISTRATIVOS)

En los acápites anteriores, se introdujeron los temas de la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, no solo en cuanto a su naturaleza, sino también lo relacionado con los debates que han girado en torno al control que debe y puede hacerse de esta desde distintas ópticas, en especial la judicial, que ha sido la de mayor desarrollo en doctrina; principalmente, por los dilemas de fondo que esta encierra en materias que trastocan fibras sensibles del Estado democrático y social de Derecho.

Ya sea desde la óptica de la defensa de la separación de poderes, o desde una perspectiva conservadora o una más novedosa, con la facultad o no de sustitución de la decisión administrativa por parte del juez o no. Como inclusive sucede desde la posición de aquellos que defienden con

⁴⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. (Navarra, España: Civitas, 2011), 483.

hidalguía la existencia de ámbitos inmunes que no deben ser sujetos al control judicial. Tesis que, por la naturaleza del presente trabajo, no se debatirá, pero que no es compartida por los autores de este.

La ventaja que se evidencia cuando se analiza el tema del control de la discrecionalidad de la Administración desde el procedimiento administrativo, partiendo de la óptica funcional dual que fuera adelantada en acápites precedentes, es que algunas de las principales tesis que defienden el rechazo al control de la discrecionalidad pierden su razón de ser; pues lo cierto es que, en una instancia que se concibe como un foro de encuentro de intereses y pretensiones, que busca la satisfacción del interés general, en la conformación de la voluntad administrativa, no se aprecia que el tema de la separación de poderes, invasión de competencias y sustitución de la decisión administrativa lleguen a constituir un problema atinente al procedimiento como tal.

Y es que no puede ser de otra manera, pues se trata de un control ex ante, previo al dictado del acto administrativo; con lo cual, no solo se hace más eficiente desde la óptica de costos que implica un eventual proceso judicial; sino que también, al menos desde un punto de vista teórico, y cada vez más desde una dimensión práctica, se logra materializar el principio de una tutela administrativa efectiva, procurando que el dictado de los actos administrativos se ajuste a derecho, o lo que es lo mismo, desde la óptica discrecional, que se logre materializar la interdicción de la arbitrariedad.

Incluso cuando se piensa en procedimientos especiales, que parten de la existencia de un acto administrativo eficaz dictado por la Administración, como sucede con los regulados en el artículo 173 y 174 de la Ley General de la Administración Pública costarricense, el razonamiento resulta plenamente aplicable; pues se encuentra siempre en el ámbito de la

vía administrativa. En el cual se establece un procedimiento previo de consulta que debe seguir la Administración como *conditio sine qua non* para la anulación del acto administrativo.⁴⁵

VII. PROCEDIMIENTO COMO MEDIO DE CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD

Se ha señalado, de forma precedente, que la discrecionalidad administrativa, a diferencia de lo que sucede con los conceptos jurídicos indeterminados, implica la libertad de la Administración de elegir entre distintas opciones igualmente válidas; lo que denominó García de Enterría⁴⁶: la elección entre “indiferentes jurídicos”, según fuera rescatado con anterioridad. De ahí que surja la pregunta, en el caso del procedimiento administrativo: ¿cuáles son esas opciones válidas sobre las que tiene la potestad de elección la Administración? Y una vez analizadas estas, cabe preguntarse: ¿en realidad son igualmente válidas?

Con respecto a estas inquietudes, se sabe que el procedimiento constituye un límite a la discrecionalidad administrativa; en el tanto, presupone el ejercicio de una potestad reglada de forma previa, materializada en la sucesión de actos o iter procedimental que ha sido regulada mediante un instrumento jurídico que puede ser de distinta naturaleza jerárquica.

En este sentido, dentro del procedimiento, cabe preguntarse si la apertura de un procedimiento administrativo, por ejemplo, sancionatorio, sería

⁴⁵ Sobre el tema de la anulación de oficio de los actos administrativos en la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, puede verse la obra de Ernesto Jinesta Lobo, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I”, (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2009).

⁴⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II.* (Navarra, España: Civitas, 2011), 483.

un acto discrecional o no. Al respecto, valga señalar que, en principio, como todo acto de valoración probatoria, aun cuando se trate de un juicio de verosimilitud, que no prejuzga sobre el resultado del procedimiento, dicha actuación en sí es discrecional, lo que no hace que toda la resolución que determina la apertura sea discrecional.

Esta concepción va de la mano con lo ya señalado sobre que nunca se está ante actos plenamente discrecionales, sino actos con elementos discrecionales. Igual sucedería con las demás actuaciones que incluyan valoraciones de este tipo sujetas a una decisión por parte de la autoridad administrativa. Nótese que, principalmente en la decisión de inicio, como en la final, se parte de la existencia de un ámbito de discrecionalidad para la Administración. No obstante, esta discrecionalidad en principio debería verse reducida en función del material probatorio que haya sido posible evacuar y analizar, de manera que la decisión administrativa obedezca a la determinación de una comprobación o no de los enunciados fácticos que fueron oportunamente imputados; en cuyo caso, de tenerse por demostrados los hechos, y su imputabilidad a la parte investigada, sin que le asista algún eximente de responsabilidad, la consecuencia natural y esperable sería la de imponer una sanción. Sobre este tema se vuelve en el acápite siguiente.

El otro escenario en cuanto a la relación que pudiera tener el procedimiento, quizás no como control de la discrecionalidad, sino como materialización de esta, es la decisión administrativa sobre regular un procedimiento, ya sea *ex novo* o mediante la modificación de uno preexistente. Esta decisión, si bien debe ser motivada como todo acto de la Administración, lo cierto es que presenta un contenido discrecional importante. Por ejemplo, un caso de esto se encuentra establecido en el artículo 25 de la Ley 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los

Servicios Públicos; según el cual, la Autoridad Reguladora emitirá y publicará los reglamentos técnicos que especifiquen las condiciones de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, con que deben suministrarse los servicios públicos, conforme a los estándares específicos existentes en el país o en el extranjero.

Del análisis de esta norma se desprende la existencia de un margen amplio de discrecionalidad no sólo apriorístico en cuanto a la determinación o no de si resulta necesario el dictado de una normativa en el sentido apuntado por el texto, sino también en cuanto a su contenido. Curiosamente, el procedimiento en este punto vuelve a manifestarse como un elemento de control, pues dicha normativa, para aprobarse, debe seguir el procedimiento establecido al efecto por la Ley General de la Administración Pública y la reglamentación emitida por la propia Autoridad al respecto.

En este punto, pareciera que, como señalan Gallego y Menéndez (2001) ⁴⁷, se encuentran frente a una discrecionalidad conformadora, según la cual el texto de la norma se limita a poner la consecución de fines u objetivos que la actuación administrativa ha de alcanzar, a través de la regulación, como es el caso de materializar la prestación de un servicio en las condiciones que prevean los estándares existentes en el país de origen o incluso en el extranjero.

⁴⁷ Alfredo Gallego Anabitarte y Ángel Menéndez Rexach, *Actos y procedimiento administrativo*. Madrid, España: Marcial Pons, 2001.

VIII. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO, MENCIÓN ESPECÍFICA AL ACTO DE FIJACIÓN DE LA SANCIÓN. ¿ES DISCRECIONAL?

En el acápite precedente, fue adelantado que los procedimientos administrativos de corte sancionatorio no suelen ser ajenos a la existencia de elementos de discrecionalidad en los actos que se dictan como parte del trámite administrativo. No obstante, especial relevancia cobra el tema del acto sancionatorio, es decir, el acto mediante el cual la Administración, en ejercicio de su potestad, impone una consecuencia jurídica gravosa que el administrado se encuentra, en principio, obligado a soportar, en el entendido que se trate de un acto que resulte válido y eficaz.

Evidentemente, tratándose este de una actuación administrativa en el ejercicio del *ius puniendi* genérico de la Administración, que implica una intromisión gravosa sobre la situación jurídica de una determinada parte, mediante la imposición de sanciones que implican, multas o incluso sanciones de inhabilitación, este punto debe ser analizado con especial cuidado en lo atinente a la discrecionalidad que tiene la entidad estatal para proceder con el dictado y ejecución de la sanción.

Se ha establecido que existen mecanismos tanto a lo interno como a lo externo de la Administración, a efectos de controlar el dictado de los actos, de forma que se evite la incursión de la arbitrariedad en la conformación de la voluntad administrativa. Amén de esto, la existencia de controles endógenos (procedimentales) y exógenos (en vías contenciosas) que facultan a la parte agraviada para accionar buscando una revisión del acto que se denuncia como arbitrario,

con la finalidad de que este sea removido del ordenamiento jurídico y, de prosperar este, le sea reestablecida su situación jurídica preexistente, o se le indemnice por los daños que haya sufrido, como materialización del principio *neminem laedere*, que también permea con especial fortaleza el ámbito de lo público.

En cualquier análisis de la materia de sanciones administrativas, no puede dejar de mencionarse el tema de la aplicación de los principios del Derecho penal al ámbito del Derecho administrativo sancionador. Históricamente, desde lo desarrollado por Alejandro Nieto en su célebre obra que lleva el mismo nombre ⁴⁸, con una concepción de que al ámbito administrativo le resultan aplicables los principios del Derecho penal, pero de forma sancionada a una concepción novedosa actual, con la que se concuerda. Esta es sostenida por Tomillo y Sanz (2018) ⁴⁹ y por Rebollo (2016), en cuanto a su oposición con algunos autores; tendieron a concluir que, en Derecho administrativo sancionador no rigen los principios de personalidad y de culpabilidad o, por lo menos, que tienen una enorme excepción respecto a las personas jurídicas. Lo cual supondría una diferencia radical entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador; entre el delito y la infracción administrativa: aquel sería acción culpable; esta ni es acción en sentido estricto ni es verdaderamente culpable. No, al menos, cuando de las personas jurídicas se trata. Como mínimo ante estas, el Derecho administrativo sancionador “se rige por un sistema de responsabilidad puramente objetiva” ⁵⁰. De

⁴⁸ Alejandro Nieto García, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, España: Tecnos, 1994.

⁴⁹ Manuel Gómez Tomillo, e Iñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo Sancionador: Parte General*, Navarra, España: Aranzadi, 2017.

⁵⁰ Véase en este sentido a Manuel Rebollo Puig, Manuel, “Responsabilidad Sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores”, *Revista IUS ET VERITAS*, (nº 53, diciembre, 2016), 223, quien señala como referentes de la tesis que él critica a: Nieto, Derecho

este modo, también en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, específicamente en la imposición de sanciones, también deberían observarse sin matices las garantías propias del Derecho penal, pues ambos parten de un ejercicio de un mismo *ius puniendi* estatal.

De este modo, y partiendo de si es un acto discrecional o no la sanción, que debe dictarse con todas las garantías propias de su naturaleza, conviene preguntarse si este reviste carácter discrecional y de ser así, cuál sería su límite. Con respecto a la primera interrogante, se parte de la premisa anteriormente introducida. Si llegado el momento procesal del dictado de la resolución sancionatoria se tiene por demostrada la existencia de los hechos, su imputabilidad a la parte investigada y la inexistencia de una causal que excluya la responsabilidad de la parte, no habría teóricamente otra alternativa que dictar la sanción. Igual sucedería en el escenario opuesto, donde exista certeza de la no existencia de los hechos o de existir la certeza de que no son imputables a la investigada, o que a esta le asista un eximente de responsabilidad, no pareciera que exista otra opción dentro del marco de la legalidad que proceder con el acto de absolutoria.

Nótese que, en este escenario, se parte de la existencia de acreditación de circunstancias que, en principio, demandan el ejercicio de un margen de apreciación discrecional de la prueba de conformidad con las reglas de la sana crítica o los

requisitos que establezca la normativa procesal al respecto. Se refiere a una virtual reducción de la discrecionalidad a cero, donde a la Administración no le queda más opción que dictar el acto según lo previsto en el ordenamiento.

Ahora bien, este pudiera ser solo un elemento de la imposición de la sanción, pues, en casos en los que exista un margen de apreciación para el establecimiento de un *quantum* de la sanción, se estaría en presencia de facultad de apreciación discrecional por parte del juzgador. Valga señalar, porque se aboga para que, en la regulación de las sanciones, no se conceda un margen tan amplio para la Administración que no le permita sujetar la valoración a condiciones al menos técnicamente objetivables. Por ejemplo, Laguna (2019) señala, en cuanto a la cuantificación de las sanciones, que es importante que, a los efectos, se establezcan criterios objetivos, como el índice de precios al consumo, de forma que no se deje a la pura discrecionalidad su cuantificación. Como muestra de regímenes amplios en cuanto a la fijación del margen de sanción, se encuentra el artículo 38 de la Ley 7593, el cual establece un margen de fijación de la sanción entre 5 y 20 salarios base, para las conductas ahí tipificadas; sin que se regulen a nivel de la propia ley ni su reglamento criterios objetivos en virtud de los cuales deba fijarse la sanción.

En casos como este, entran los principios de proporcionalidad, razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad a fungir como elementos de control de la discrecionalidad de la Administración. Es decir, si bien existe un margen de apreciación en virtud del cual el juzgador o intérprete autorizado debe elegir, lo cierto es que, como elementos de sujeción de dicha elección al ordenamiento jurídico, se encuentra el hecho de que esta deba dictarse dentro de los márgenes previstos por la propia norma; el deber de motivar su resolución considerando la totalidad de elementos que fueron sometidos a su conocimiento durante

Administrativo sancionador, 5ª ed. (Madrid: Tecnos, 2012), 391 y siguientes; y, sobre todo, 401-3 y 428, donde simplemente afirma que a las personas jurídicas no se les exige culpabilidad y que ello está “fuera de duda”. Para R. Parada, Derecho Administrativo, II, Régimen jurídico de la actividad administrativa, 22ª ed. (Madrid: Open, 2015), 398-9, la responsabilidad de las personas jurídicas es “una excepción al principio de la necesidad del elemento de culpabilidad”. Asimismo, véase I. Pemán Gavín, El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones administrativas (Barcelona: Cedecs, 2000), 363-4.

el procedimiento y la inclusión de criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese escenario, si bien no opera un elemento de reducción de la discrecionalidad tan claro como en los precedentes, lo cierto es que la valoración de la imposición de la sanción con su respectivo juicio de reproche deberá ajustarse a un nivel de proporcionalidad que guarde correlación entre la gravedad de la falta y los hechos en torno a esta (como transgresión de la conducta esperable objeto de tutela), con la cuantificación de la sanción, de lo contrario, se estaría frente a una decisión arbitraria, por tanto, antijurídica que se encontraría viciada de nulidad.

De ahí la importancia de establecer criterios de cuantificación de la sanción objetivos, que hagan no solo la labor de la Administración más fácil, sino que también faculten la labor de revisar la actuación mediante la fiscalización de la correspondencia del acto dictado con los criterios previamente establecidos. Ejercicio en demasía más viable que la determinación de si la conducta se enmarca dentro de los derroteros de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como en el de la interdicción de la arbitrariedad. Sin dejar de mencionar que contribuiría a la satisfacción de un principio de seguridad jurídica y de confianza legítima por parte del particular.

IX. CONCLUSIONES

- La aparición del procedimiento administrativo no surge a partir de una generación espontánea, sino que es producto de un desarrollo sesudo por parte de la doctrina y expertos en la materia que, a manera de prueba y error, fueron buscando la forma de solucionar una problemática compleja y cotidiana, la cual, a la postre, dio como resultado regulaciones como las actuales.

- El procedimiento busca la averiguación de la verdad, que pueda devenir en la satisfacción de pretensiones ejercitadas durante este; no obstante, a diferencia del proceso, el procedimiento no ve agotada su finalidad en este punto; es decir, busca también constituir una garantía para las partes involucradas en una situación particular regulada, pero, también, se erige como un mecanismo, para la satisfacción del interés general mediante el dictado de actos o decisiones administrativas, apegadas a Derecho.

- A través de la anterior doble dimensión, precisamente, se logra el control de la Administración, de manera que, cuando en el ejercicio de sus potestades discrecionales proceda con el dictado de actos administrativos, estos deban sujetarse a las reglas establecidas de previo, ya sea mediante una positivización expresa o mediante su regulación doctrinaria y jurisprudencial.

- Una de las conclusiones más evidentes que arroja la aproximación comparatista al Derecho del procedimiento administrativo es la gran dispersión que puede observarse en cuanto a la prontitud o tardanza en codificar legalmente la materia.

- A través del procedimiento, se ha logrado materializar la participación de aquellos interesados en la conformación de la voluntad de la Administración, bajo una nueva óptica del procedimiento como una instancia de confluencia de intereses, pretensiones y voluntades, que apunta a la satisfacción del interés general.

- Desde esta óptica, puede señalarse que el procedimiento administrativo se erige como un instrumento al servicio del derecho, en la gestión administrativa y en un baluarte de la lucha contra la arbitrariedad y el abuso

de poder, propiciando un equilibrio entre partes, el diálogo, la confluencia de intereses y la satisfacción de pretensiones, en directa satisfacción del interés general.

- El procedimiento administrativo se manifiesta como una herramienta al servicio del control de la discrecionalidad administrativa, para evitar la arbitrariedad de la Administración, desde una visión tanto autocompositiva como heterocompositiva según sean sus participantes.
- La discrecionalidad puede conceptualizarse: *“como una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”*.
- Existen distintas teorías que plantean un control judicial pleno o limitado en cuanto a la discrecionalidad administrativa, planteando en casos, según su posicionamiento dentro del debate, que existe la posibilidad de que la autoridad judicial, válidamente, sustituya la decisión administrativa.
- A diferencia de la discrecionalidad administrativa, donde la Administración conserva la libertad de elección entre indiferentes jurídicos, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley; puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión, con la finalidad de acotar un supuesto concreto), unas circunstancias reales determinadas; lo que lo convierte en un proceso reglado que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad, en el sentido de que el concepto

legal indeterminado ha pretendido.

- El procedimiento administrativo constituye un límite a la discrecionalidad administrativa, en el tanto, presupone el ejercicio de una potestad reglada de forma previa, materializada en la sucesión de actos o iter procedimental que ha sido regulada mediante un instrumento jurídico que puede ser de distinta naturaleza jerárquica.
- Principalmente en la sustanciación de la decisión de inicio, como en la final, se parte de la existencia de un ámbito de discrecionalidad para la Administración. No obstante, esta discrecionalidad en principio debería verse reducida en función del material probatorio que haya sido posible evacuar y analizar; de manera que la decisión administrativa obedezca a la determinación de una comprobación o no de los enunciados fácticos que fueron oportunamente imputados; en cuyo caso, de tenerse por demostrados los hechos, y su imputabilidad a la parte investigada, sin que le asista algún eximente de responsabilidad, la consecuencia natural y esperable sería la de la imposición de una sanción.
- Si bien existe un margen de apreciación en virtud del cual el juzgador o intérprete autorizado debe elegir, lo cierto es que, como elementos de sujeción de dicha elección al ordenamiento jurídico, se encuentra el hecho de que esta deba dictarse dentro de los márgenes previstos por la propia norma; el deber de motivar su resolución tomando en consideración la totalidad de elementos que fueron sometidos a su conocimiento durante el procedimiento y la inclusión de criterios de razonabilidad y proporcionalidad.
- Resulta de vital importancia establecer criterios de cuantificación de la sanción

objetivos, que hagan no solo la labor de la Administración más fácil, sino que también faculden la labor de revisión de la actuación, mediante la fiscalización de la correspondencia del acto dictado con los criterios previamente establecidos. Ejercicio en demasía más viable que la determinación de si la conducta se enmarca dentro de los derroteros de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como en el de la interdicción de la arbitrariedad y el de confianza legítima.

X. BIBLIOGRAFÍA

- Barnés, Javier. “El Procedimiento Administrativo. Análisis Histórico y Comparado”, en *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*. (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015), 203-204.
- Bacigalupo, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa (Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, (Marcial Pons, Madrid, 1997).
- Beltrán de Felipe, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Constitución* (Tecnos, Madrid, 1995).
- Bianchi, Alberto. “Las potestades administrativas del Presidente de la Nación”, en *Organización administrativa, función pública y dominio público, Jornadas organizadas por la Universidad Austral* (Buenos Aires, 2005).
- Calderón Rodríguez, Patricia y González Ballar, Rafael. “La conciliación en material laboral: Su efectividad y viabilidad para las casas de justicia”, *Revista de Ciencias Jurídicas* n° 111 (set-dic. 2006), 13-30.
- Casaggne, Juan Carlos. “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n° 67, (2011), 29-45.
- Cassagne, Juan Carlos. *El Principio de Legalidad y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa* (Euros Editores S.R.L., Buenos Aires, 2016).
- Corvalán, Juan Gustavo. “Estado actual de la dogmática de la discrecionalidad administrativa en Alemania”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n° 24 (enero-junio 2017), 5-26.
- De Saz Cordero, Silvia. La Huida del Derecho Administrativo: Últimas manifestaciones. Aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, n° 133, (Enero-Abril 1994) 57-98.
- Fernández, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración* (Civitas, Madrid, 1994).
- Gallego, Anabitarte Alfredo y Menéndez Rexach. Ángel, *Actos y procedimiento administrativo*. Madrid, España: Marcial Pons, 2001.
- García de Enterría, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración* (Civitas, Madrid, 1995).
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. (Navarra, España: Civitas, 2011).
- Giusti, Annalisa. “El Control del Juez Administrativo Italiano sobre las sanciones de la Comisión Nacional de las Sociedades Mercantiles y Bolsa (CONSOB)” *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 7 (agosto 2017), 128-145.
- Gómez Tomillo, Manuel y Sanz Rubiales, Íñigo,

Derecho Administrativo Sancionador: Parte General, Navarra, España: Aranzadi, 2017.

ET VERITAS, (nº 53, diciembre, 2016), 220-245.

Jinesta Lobo, Ernesto. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*”, (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2009).

Hidalgo Cuadra, Ronald. *La cuestión de los hechos. Enfoque General y desde el Derecho Administrativo*, (San José, Costa Rica: Isolma, 2018).

Nieto, Alejandro. “Reducción Jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria”, *Revista de Administración Pública*, (nº 44, 1964), 147-162.

Nieto, Alejandro. *Estudios históricos sobre la Administración y Derecho Administrativo*, (Madrid, España: INAP, 1986).

Nieto García, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, España: Tecnos, 1994.

Parejo Alfonso, Luciano y Vaquer Caballería, Marcos. *Estudios sobre el procedimiento administrativo. I Derecho Comparado*, (Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2018).

Pellissier, Gilles. “Los procedimientos administrativos en el Derecho Francés”, en *Estudios sobre el Procedimiento Administrativo. I. Derecho Comparado*”, (Valencia, España: Tirant lo Blanch. 2018).

Quirós Coronado, Roberto. *Ley General de la Administración Pública concordada y anotada con el debate legislativo y la jurisprudencia constitucional*, (San José, Costa Rica: Aselex, 1996).

Rebollo Puig, Manuel, “Responsabilidad Sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores”, *Revista IUS*

Rodríguez Arana, Jaime. “Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, (nº 67, 2011), 207-229.

Sánchez Morón, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y control judicial* (Tecnos, Madrid, 1994).

Vaquer Caballería, Marcos. “¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?” *Borrador de contribución al libro colectivo Estudios sobre el procedimiento administrativo. III. Instituciones*. Inédito. Consultado el 1 de noviembre de 2020 en el enlace: https://www.academia.edu/41926985/_Para_qu%C3%A9_sirve_el_procedimiento_administrativo