



CAPITULO V

LA AUTONOMÍA Y LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL

El Estado Central puede intervenir sobre la vida de la institución descentralizada como contralor de la legalidad de su actuación, mediante actos de control a posteriori o sucesivo, que siempre son posteriores a la actuación inicial del ente.

Desarrollemos los aspectos más importantes de este esquema institucional.

a) —La intervención y la preparación de los actos descentralizados.

Hemos expresado en líneas anteriores que está prohibido a la ley regular y permitir intervenciones de otros entes extraños a la institución en el procedimiento interno de la misma, preparatorio de sus decisiones o actuaciones iniciales. Es decir, está prohibida toda forma de intervención preventiva y anterior a la emisión del acto por el ente autónomo.

Las intervenciones usualmente admitidas —sin advertir su grave inconstitucionalidad— se dan en todas las etapas del procedimiento preparatorio: actos de impulso (demandas, instancias, propuestas), actos de aclaración (consultas, controles) y actos de verificación (inspecciones, solicitudes de exhibiciones, comunicaciones obligatorias, etc.). Es decir: se regula en ocasiones un trámite dentro del cual un órgano extraño a una institución autónoma tiene la potestad de intervenir, realizando cualesquiera de esos actos, como fase obligada del trámite, cuya omisión produce nulidad de éste y cuya presencia en un sentido negativo (control o dictamen desfavorable, inspección de resultado negativo, etc.), puede paralizar

el procedimiento e impedir a la institución toda ulterior medida administrativa. Son pues, intervenciones obligatorias, que condicionan la validez de la resolución final de la institución y que pueden impedir a ésta que la tome por sí, caso de resultar desfavorables para la institución misma.

En los casos de impulso originado en acto de un tercero, usuario de un servicio de la institución, como en la hipótesis de la demanda o solicitud de admisión al goce del mismo, resulta obvia la procedencia constitucional de tal trámite para el funcionamiento del ente, porque caso contrario habría de hacerlo imponiéndose a la voluntad del particular, en un campo en que se busca más bien el espontáneo interés de éste en el servicio. En todo caso, la dependencia de la instancia o demanda del particular —como acto de iniciativa o impulso— resulta lícita y constitucional si se piensa que el ente nació para prestarle un servicio y que debe ser el particular, que padece la necesidad respectiva, quien decida cuándo debe satisfacerla para que resulte realmente útil la prestación correspondiente. No se trata de contraponer los criterios públicos sobre la oportunidad de la prestación del ente autónomo, uno de los cuales sería el principal por ser el motivo de la prestación, no obstante provenir de un ente extraño; sino que se trata de procurar a la institución la oportunidad de saber cuándo se necesita su servicio, por boca de aquel que lo necesita y estrictamente desde el punto de vista de éste. Todo el argumento se puede formular más convincentemente si se dice que la ley puede regular servicios de disfrute voluntario, porque hay servicios que, a su juicio, no deben ser de disfrute obligatorio. En todos estos casos resulta necesario para la institución el acto de impulso o iniciativa del particular, consistente en la solicitud de admisión al goce del servicio, para que éste pueda funcionar y el individuo ingrese a la esfera de poder del ente. Pero también, fuera de la hipótesis de la solicitud de ingreso del particular, resulta indebida toda otra forma de impulso por acto extraño a que se someta la institución en su funcionamiento, extraño en cuanto procedente de otro ente o del Poder Central. Estos actos de impulso o iniciativa, en virtud de los que un ente menor puede iniciar su movimiento y acción hacia el interés público que le está encomendado, son las llamadas proposiciones, invitaciones o votos de otros entes públicos, formulados por éstos en cumplimiento de su particular cometido. En el campo

procesal el ejemplo más claro e importante es, naturalmente, el caso de la demanda, como forma de deducir una pretensión a la sentencia. Puede darse también el caso de que el juez actúe a instancia de otro órgano —nuestra Procuraduría actuando en funciones de acción— como también el de que un órgano administrativo actúe a instancia de otro, para que éste ponga en movimiento a los tribunales. Es el caso de la instancia o requerimiento que puede dirigir a la Procuraduría nuestra Contraloría General de la República, cuando compruebe haber lugar a formación de causa contra un funcionario público por irregularidad en el manejo de fondos públicos (art. 8º, incisos a) y d), de la respectiva Ley Orgánica); o bien, en la misma hipótesis, la instancia que dirige al respectivo Ministro para que suspenda al empleado responsable y remueva obstáculos a la investigación.

En el campo constitucional los casos de proposición más destacados coinciden con el ejercicio de la iniciativa de la ley y de la consulta dirigida a la Corte Suprema de Justicia para que se pronuncie sobre la regularidad de un proyecto, cuando haya veto fundado en razones de inconstitucionalidad. Cosa similar es el de la delegación voluntaria de competencia hecha por el Presidente y el respectivo Ministro en el Consejo de Gobierno, para que éste resuelva asuntos propios del Poder Ejecutivo.

Cabe preguntar por la constitucionalidad de una ley que impusiera a una institución autónoma la necesidad de una instancia de otro ente para iniciar su funcionamiento y prestar su servicio propio. Obviamente habría una violación de la independencia constitucional del ente autónomo en el ejercicio de su gobierno y administración, que sería —en esos términos— dependiente del centro propulsor en cuanto al momento y oportunidad de su prestación. Los casos de impulso de un ente autónomo por acto de otro o del Estado, a través de demandas, votos, requerimientos o proposiciones, necesarias y condicionantes de su actividad, están constitucionalmente prohibidos en Costa Rica.

Igualmente cabe decir de la ley que permita una intervención de un ente extraño o del Estado en la etapa preparatoria de las decisiones del ente autónomo. Toda norma de este tipo resta potestades administrativas al ente y lo somete al juicio de un extraño —haciéndolo dependiente de éste— en cuanto a las condiciones, motivos, formas o fines de su actividad.

En el caso, por ejemplo, de una autorización frente a la que no haya derecho de resistencia (potestad de resello) el ente queda obligado a no actuar o a actuar de conformidad con lo sugerido o indicado por el contralor; en el caso de una verificación o investigación indispensable para resolver o seguir adelante un trámite complejo, el ente está imposibilitado para saber el estado de los hechos o circunstancias en que actúa mientras el otro ente no le informe cumplidamente, y, una vez recibido el informe, está circunscrito por éste en cuanto al conocimiento de los hechos pertinentes; cuando requiere un dictamen, aún si éste no es vinculante, siempre que sea necesario, quedará técnicamente limitado a los criterios de solución que éste le ofrece, salvo si recurre a los propios para contrastarlos y debilitarlos, en cuyo caso sobrarían los primeros. En todas y cada una de las hipótesis enumeradas la institución se ve sujeta a un poder de intervención que por sí mismo es una mengua o debilitamiento de la autonomía, porque es correlativo de un estado de sujeción de aquélla. Tales poderes (inspección, con todas sus modalidades, consulta, iniciativa) implican por regla general una superioridad del ente que los ejerce sobre aquél que los soporta (en este caso la institución) cuando menos respecto del asunto mismo que es motivo de su ejercicio.

b) —La intervención estatal y el acto complejo.

Diverso parece el caso del acto compuesto (colegiado, complejo o colectivo) por el que un ente extraño concurre con la institución autónoma para formar, con igual jerarquía y fuerza determinante, un acto común. La institución no está inhibida, ni la ley, para regular este tipo de concurrencia, porque lo que el mismo indica en el fondo, es que el cometido o atribución de que se trata no es titularidad exclusiva de la institución sino común a ésta y a otra entidad pública. Esa comunidad de cometidos y poderes concurrentes, exige una ordenación. Este orden no puede ser la subordinación del ente autónomo precisamente en razón de la autonomía, que exige cuando menos igualdad. Pero tampoco ha de ser, necesariamente, la subordinación del otro ente, que puede ser igualmente autónomo. La ordenación, en otras palabras, siempre puede ser una coordinación, que no sea perjudicial para la igualdad entre los dos centros administrativos: coordinación que puede lograrse, o bien fijando diversos campos de acción entre los

órganos que tienen una materia común (por razón del territorio o las personas, por ejemplo), o bien permitiéndoles su acción en iguales campos, pero condicionando recíproca e igualitariamente las resoluciones de cada una sobre la materia. Procurando, esto es, que ninguna pueda actuar sin el consentimiento y concurso de la otra: he aquí el acto compuesto. ¿En qué condiciones es posible aquella recíproca igualdad, o este recíproco condicionamiento? Sencillamente, cuando ningún órgano pueda dar órdenes al otro y cada uno pueda paralizar al otro por su disidencia frente a un proyecto de resolución. Algo así, digamos, como la relación que mediaría entre nuestro Poder Legislativo y nuestro Poder Ejecutivo, si ambos tuviesen potestad de veto sin posibilidad de resello. Conviene insistir en el hecho de que tal solución legislativa en nada perjudicaría la autonomía de una institución, aunque condujera a su eventual parálisis. Pues la autonomía la asegura a la entidad la completa y única decisión de una materia cuando la misma le pertenece por modo exclusivo, sin perjuicio de la concurrencia en cuanto a esa materia, que podría enfrentar precisamente a varias autonomías. En tal caso, la concurrencia de autonomías las proyecta del plano de la independencia al de la igualdad. Ya no es la autonomía para gestionar un cierto grupo de intereses, sino la autonomía para impedir que otro lo gestione sin la voluntad o contra la voluntad de la institución.

¿Conduce necesariamente a la eliminación de esa igualdad toda solución del conflicto que se proponga? ¿Se orienta necesariamente la concurrencia igualitaria de un ente con otro en la gestión de su servicio, hacia la fijación de un tercera instancia que se imponga a los dos y resuelva el conflicto? Necesariamente no, porque la titularidad del cometido —aunque sólo sea parcial— es causa de acción obligatoria y lleva a una corriente de actividad que como tal supera la parálisis de un acto determinado. Una cosa es la gestión y otra cosa es un acto de gestión: el conflicto entre entes iguales y concurrentes puede paralizar un acto, pero difícilmente puede paralizar la gestión. Esa concurrencia global armoniza intereses y provoca su satisfacción, mucho más que los paraliza. El por qué ello ocurre así en la vida administrativa, lo mismo que el por qué de esta coordinación entre entes administrativos, sólo usual entre poderes políticos (Estados o Poderes Supremos), es cosa que explica la Ciencia de la Administración y no

el Derecho Administrativo, aunque sea fuente de su contenido. Dentro de éste, sólo aparece el deber concurrente de actuar para el cometido común, y este solo hecho, unido al control estatal que luego se explicará, produce finalmente la armonía y no el conflicto.

Urge aclarar someramente, para explicarla mejor después, la diferencia que corre, fina pero importante, entre el acto compuesto y el acto sometido a ulterior aprobación.

Un acto compuesto se caracteriza por su estructura y su elemento subjetivo. Es decir, por la forma en que dentro de él se ordenan sus elementos componentes frente al efecto común, y por el contenido de las voluntades a la base de esos elementos. En el primer sentido, lo fundamental de un acto compuesto es que todos los elementos son necesarios para producir el efecto común, en cuanto causas concurrentes y parciales de ese efecto; y que éste, consecuentemente, proviene del acto compuesto en cuanto formado por todos y cada uno de los actos partes, que son así causas parciales del mismo. Mientras no se haya presentado el último acto necesario, el acto compuesto no nace, ni menos su efecto previsto. Y si se presentan —aunque no nazcan—, se ha formado ipso facto una causa potencial o actual de ese efecto. En este sentido puede decirse que el fin común a que tienden los diversos componentes de un acto compuesto es, no tanto la producción del mismo efecto jurídico, cuando la formación de un acto único, causa de ese efecto. Lo fundamental en la voluntad de los sujetos u órganos que participan en la formación de un acto compuesto, es que quieran constituir el acto mismo como unidad, más aún que producir el efecto de éste. Y este más aún significa concretamente que ni es indispensable el conocimiento de ese efecto, ni tampoco la voluntad final de producirlo en quienes concurren a formar el acto complejo. El efecto de éste puede venir directamente de la ley, aparte de toda voluntad de los agentes conscientemente dirigida a su causación, si la ley considera el acto compuesto como un hecho jurídico —y no como un acto— frente a su efecto normal. Pongo el ejemplo del acto colegiado de pura opinión, juicio o representación: el caso de un dictamen consultivo de efecto vinculante sobre el contenido del acto principal posterior. Ciertamente no se requiere en este caso que los integrantes del cuerpo consultivo hayan querido producir la obligación sobre el consultante que de todos modos produjeron, por simple y directo ministerio de la ley. Basta con que

hayan querido formar un dictamen único de mayoría, para que la mayoría lo forme como acto vinculante, aún si no quiso el efecto (vinculante) del dictamen. Es la voluntad de los concurrentes la que forma el dictamen colegiado, como expresión de un juicio, pero es la ley y no aquella voluntad la que forma el efecto vinculante. Sin embargo, el acto complejo existe, como antecedente legal de ese efecto, y cada voto concurrente lo forma a igual título que el resto.

Así, acto compuesto (colegiado o complejo) es el formado por varios actos jurídicos con el fin inmediato de producir un nuevo acto y con el efecto de ser todos, a través de éste, causa indirecta u ocasión parcial de su efecto propio.

¿Cuál es, frente a esta situación, la naturaleza del acto sometido a aprobación? ¿Forman un acto complejo o colegiado el acto sometido a aprobación y la aprobación misma? ¿O son, por lo contrario, actos conexos pero disociados, que no forman uno solo?

No forman uno solo porque no quieren formarlo ni tienen tampoco el efecto de lograrlo. La raíz común que enlaza y nutre ambos conceptos es la de concausalidad: obviamente la aprobación es también necesaria —cuando es obligatoria— para producir el efecto jurídico final de que se trata. Tomemos el caso de nuestra Contraloría: ¿será igual al del Presidente y del Ministro, cuando ambos nombran a un empleado de común acuerdo? Aparentemente sí, porque tan necesario resulta para una institución que la Contraloría le apruebe el presupuesto para ponerlo en vigencia, como al Presidente que el Ministro le acepte el nombramiento de un empleado público, para nombrarlo en firme. En este sentido ambos son constitutivos del efecto final y ambos son causa del mismo.

Hay, sin embargo, desde el punto de vista del efecto, una diferencia esencial. Mientras el acto del Presidente y el del Ministro producen conjuntamente un efecto después de que se ha dado el último de cualquiera de ellos, sin orden cronológico alguno, el acto de la Contraloría sólo produce efectos si se da después del acto sometido a aprobación —y no antes— y con efecto retroactivo a la fecha de este último. Así, por lo menos, parece entenderlo la ley respectiva, cuando dispone la vigencia de un presupuesto a partir de su aprobación, como condición de incierto acaecimiento y en consecuencia con el efecto retroactivo común a toda condición

suspensiva, según un principio general de nuestro Derecho (doctrina del Código Civil, arts. 678 y siguiente sobre condiciones).

De este modo puede decirse que lo típico de los componentes del acto complejo, frente a un efecto jurídico común, es que se dan sin orden cronológico necesario y con carácter prospectivo, hacia el futuro, desde la aparición del último de ellos y de la formación consecuente del acto complejo como unidad. En tanto que la aprobación sólo permite formar el efecto final común si se da necesariamente después del acto aprobado y con efecto retroactivo a la fecha del mismo. Más claro: mientras los elementos del acto complejo forman todos uno solo para erigirse en causa u ocasión desencadenante de un efecto final, que aislados no pueden lograr legalmente, la aprobación intenta exclusivamente permitir que otro acto produzca ese efecto, en desarrollo de una virtud propia, y no como consecuencia de su intervención. Esa intervención, más claro, condiciona la aparición o producción del efecto, en el sentido de que el mismo no se daría si no se diera la aprobación, pero no es su causa, en el sentido de que aunque se dé, el efecto aparece como habiendo sido formado desde antes y no por su aparición. La aprobación aparece, en otras palabras, como necesariamente posterior a la causa verdadera del efecto, que es el acto antecedente aprobado.

Son iluminadoras, al respecto, las palabras de Aldo Sandulli, en su famosa monografía sobre **El Procedimiento Administrativo**, págs. 186 y 187, cuando dice:

“La observación del fenómeno jurídico revela, en realidad, que cuando un supuesto consta de una pluralidad de actos sucesivos, no siempre el nacimiento de los efectos se da a partir del momento en que todos los actos se han realizado; sino que más bien, aunque se produzca sólo con la aparición del último (ese nacimiento) se ubica en el momento en que nada más una parte de la serie ha encontrado su realización...” “Si, de veras, el Derecho permite que los efectos jurídicos empiecen a producirse únicamente cuando un cierto elemento o un cierto grupo de elementos cobran vida en toda su plenitud, y si en vez, al realizarse ciertos otros elementos consiente que la eficacia del supuesto transcurra desde el momento en que aquel primer grupo tuvo lugar, es porque el derecho quiere decir que solamente a éste último atribuye plena

virtud operativa frente al efecto jurídico. Sólo a este grupo le reconoce, esto es, la verdadera y plena productividad sobre el efecto jurídico, y mantiene la acción de los otros elementos con una función puramente confirmativa”.

A esta función puramente “confirmativa” del efecto, o “condicionante” de la virtud creativa de la causa, corresponde paralelamente un elemento subjetivo típico en el acto de aprobación. El acto de aprobación difiere por su contenido y objeto del acto aprobado: en ningún caso entra en la voluntad de su agente —y si entra lo hace irrelevantemente— la voluntad de formar un solo acto y producir un mismo efecto con el agente del acto aprobado. Ambos actos permanecen como independientes ante la representación y la voluntad del contralor que aprueba. En todo caso la ley los regula como si así fuera, aunque en la realidad psicológica pueda no ser así.

Desde un punto de vista jurídico basta con que la Contraloría manifieste su juicio favorable o desfavorable sobre el presupuesto de un ente autónomo, por razones de legalidad, para que éste quede paralizado o se proceda de inmediato a su ejecución. No se requiere al efecto de ninguna orden adicional, ni de ninguna otra manifestación de voluntad anexa a un juicio de control para que la aprobación permita ejecutar el presupuesto, o para que lo impida la improbación. Es que, en realidad, una y otra son actos de juicio o de conocimiento, más que actos de voluntad, a los que la ley adscribe automáticamente un efecto por su sola manifestación formal. Consecuentemente, falta la voluntad de producir un mismo acto unitario inmediato o efecto común mediato, que es la causa de unidad de un acto complejo o compuesto.

En realidad, el acto aprobado persigue un efecto, que es el de su contenido variable de acuerdo con los fines encomendados al ente o la oficina administrativa. Y el acto de aprobación sólo persigue hacer posible la producción del mismo efecto X, determinando la regularidad o irregularidad del otro acto. En este último, el efecto es el definido y querido por la voluntad que lo forma; en el acto de aprobación el efecto del acto como tal, y no como hecho jurídico, es la declaración o externación de un juicio de legalidad. La otra consecuencia, de permitir que se produzca el efecto del acto aprobado, no viene de la declaración misma como acto de

voluntad a ella dirigido, sino como resultado legal no querido o no necesariamente querido de esa declaración en cuanto juicio.

Por todo esto —diverso efecto, diversa naturaleza subjetiva y diverso objeto—, el acto de aprobación y el aprobado se hallan imposibilitados para formar un solo acto complejo o, en general, compuesto. Pero ambos, sin embargo, son ejemplos de concausalidad frente a un efecto jurídico. Hemos dicho que los componentes de un acto complejo son todas causas parciales, pero causas, del efecto final previsto; y que, en cambio, la aprobación es apenas condición de aparición de ese efecto, en cuanto el mismo no es posible sin ella. Es la clásica distinción tomista entre condición y causa eficiente, trasladada al campo de la causalidad jurídica. ¿Podremos traducir esa cualidad de mera condición en algún concepto jurídico utilizable?

La condición en sentido filosófico también lo es en sentido jurídico. La aprobación es una condición de la productividad de efectos jurídicos, todo ello según los términos ya explicados cuando se habló de las eficacia e ineficacia como situaciones jurídicas objetivas de los actos administrativos.

c)—La intervención estatal y las autorizaciones.

Conviene ahora analizar, después de los actos de tipo preparatorio, los actos de tipo integrativo. Se trata, por ahora, de la autorización.

La autorización es una forma de control preventivo, porque se da antes de la formación y la eficacia del acto controlado. Se llama a priori, porque es anterior al acto y precede su formación y no sólo su eficacia; y se opone a la aprobación que es también un control pero a posteriori, porque aparece después de la formación del acto y antes de su ejecución.

La función de la autorización es evitar un daño inminente al interés público por una actividad o resolución del ente autónomo o de un particular, y opera, por eso mismo, estrictamente en aquellos casos en los que no sería posible evitar ese daño en otro momento por la naturaleza de la actividad autorizada, cuando ésta es de efecto instantáneo e irreparable. El caso, por ejemplo, de la

portación de armas de fuego, que si no se vigila y verifica en cuanto a su no peligrosidad antes de iniciarse, puede traer consecuencias irreparables. Igualmente con los proyectos de venta de un inmueble, por un ente a otro o a un particular. La falta de control preventivo podría acarrear graves consecuencias si la venta se llegara a operar en condiciones desventajosas para el ente, aún si en favor de un particular de buena fe. A diferencia de la autorización la aprobación es usual para resoluciones de ejecución prolongada, respecto de las cuales resulta imposible obtener un esquema previo muy detallado.

Aparte de estos aspectos funcionales, que determinan la elección de uno u otro medio de control según el tipo de actividad controlada, hay un aspecto de la autorización que conviene destacar, y es el de su efecto.

Coinciden todos los autores en afirmar que la autorización remueve un límite u obstáculo, o hace posible, el ejercicio de un derecho ya existente en el autorizado, sin crearlo. Y la contraponen así a la concesión, que sí crea el derecho, y a la admisión, que lo crea pero sobre el supuesto de un derecho previo del particular a ser admitido (preliminar éste que no existe en el caso de la concesión).

El concepto de la autorización, como remoción de un obstáculo al ejercicio de un derecho, que lo hace posible, no es, sin embargo, una definición reveladora, porque también los actos preparatorios producen el efecto —que llamamos situación jurídica objetiva— de hacer posible que un ulterior acto, con una determinada naturaleza jurídica, se realice posteriormente; y, no obstante ello, no son autorizaciones. Es preciso, para dar una idea completa de lo que es ésta, que se explique cómo la misma hace posible el ejercicio de un derecho preexistente, y por qué con anterioridad a ella tal ejercicio es imposible.

Coinciden todos los autores en que toda autorización supone una prohibición supeditada a un posterior acto administrativo que la elimine, con vista de las circunstancias de ejecución. Se dice, por eso, que la prohibición previa a la autorización es relativa y no absoluta, porque se puede levantar caso por caso, según criterios de oportunidad.

“A propósito puede afirmarse —ha dicho Flaminio Franchini— que el sistema de la autorización representa un sistema intermedio entre una prohibición absoluta (sin posible excepción administrativa) y una absoluta libertad. El Estado, frente a la actividad particular o de otros entes públicos menores, puede prohibir sin excepción alguna el desenvolvimiento de una determinada actividad; o puede, en lugar, escogiendo la vía opuesta, dejar una amplia y completa libertad de acción... Al contrario, el sistema de la autorización representa la solución intermedia entre esos dos opuestos métodos de regulación. Pues la actividad autorizable no puede, en verdad, decirse absolutamente prohibida, desde el momento en que es la expresión de un derecho reconocido por el orden jurídico; ni tampoco, por otra parte, absolutamente permitida, porque el mismo orden ha condicionado expresamente su ejercicio, a la emisión de un posterior acto administrativo, que se resuelve implícitamente en una momentánea prohibición”. (“Las Autorizaciones Administrativas Constitutivas de Relaciones Jurídicas entre la Administración y los Particulares”, pág. 23).

De este modo, la autorización remueve una prohibición o la levanta, y permite en alguna forma lo que antes no estaba permitido. El problema es el modo de llevar a cabo esa permisión.

Para aclararlo, el problema puede formularse mejor, así: la autorización, ¿autoriza el acto y su contenido, formando uno nuevo con la voluntad previa del sujeto que la requiere; o la autorización autoriza y capacita al sujeto mismo del acto autorizado, confiriéndole una capacidad que antes no tenía?

Parece claro que la autorización es un requisito de legitimación del ente, que le confiere la capacidad para ejercer sus potestades ya existentes en el caso concreto. La explicación de esto no resulta difícil después de la distinción que antes se había hecho entre la nuda existencia de un derecho y la posibilidad de ejercicio del mismo. Habíamos dicho que tal distinción es paralela a la otra que hay entre capacidad de goce y de ejercicio en el derecho privado, y entre derecho subjetivo y potestad de acción, en cualquier ramo del derecho. Se indicó también el caso de los contratos sometidos a condición suspensiva, donde existe el negocio pero no la posibilidad actual de ejecutarlo.

Aquí esa distinción cobra plena vigencia, si se enfoca el caso de la autorización precisamente como uno de aquellos en que el ordenamiento disocia la titularidad de un derecho subjetivo de la posibilidad de ejercerlo y condiciona la existencia de ésta última, después de haber conferido ya plenamente la primera, al acto de autorización que la cree. Así, es cierto que la autorización no crea el derecho subjetivo a la actividad de que se trata, como la concesión, pero es también cierto que la autorización crea algún derecho, que es aquél a ejercer inmediata y actualmente la posibilidad de conducta contenida en otro derecho subjetivo preexistente. La autorización confiere la potestad de ejercer el nudo poder y, en ese sentido, capacita al ente público para desarrollar la actividad que de otro modo no podría prestar en ningún caso.

La preexistencia del derecho nudo, separado de la potestad para su práctico y actual ejercicio en un caso concreto, se revela como supuesto necesario de la autorización cuando se piensa que, primero, no puede darse ésta al que no presente ese derecho ni logre demostrar cuando menos su razonable apariencia, así como no puede autorizarse para edificar al que no logra demostrar la propiedad aparente de la finca sobre que ofrece construir; y, en segundo lugar, cuando se piensa que el rechazo de la autorización no puede darse, en ningún caso, por razones de ilicitud o peligrosidad en abstracto, sino fundándose en consideraciones particularizadas sobre las circunstancias especiales, propuestas en el caso concreto para el ejercicio del derecho. Porque la actividad en abstracto y como tal está ya previamente permitida.

En todo caso la autorización le da al ente la capacidad para actuar que antes no tenía, ni aún dentro de las particulares circunstancias que envolvían su derecho. De donde puede equipararse la autorización a una concesión de la capacidad para realizar un acto o una actividad en una circunstancia concreta, actividad o acto previamente autorizados en abstracto como objetos de un nudo derecho.

Desde este ángulo resulta clara la incompatibilidad de las autorizaciones como medio de control preventivo a priori con la autonomía constitucional de que gozan nuestros entes menores. Pues, en el sentido explicado, someter tales entes a una autorización es tanto como supeditar su capacidad de ejercicio de las potestades administrativas y de gobierno que les corresponden, a

una concesión emanada de otro ente, titular del control. Es, plenamente, negar por ley a aquellos entes la plena capacidad de ejercicio que sin limitaciones les ha otorgado nuestra Constitución.

Contra esta limitación radical del control por autorizaciones pueden alegarse argumentos de muy diverso tipo, algunos de muy fuerte impacto lógico. Puede decirse que la autonomía es la cualidad de un poder legal, cuya existencia depende de la del mismo poder. Que, consecuentemente, la autonomía sólo está autorizada respecto de los actos legales de la institución, que sean ejercicio de poderes jurídicamente existentes de ésta. Y que, por ello, el antecedente necesario de todo acto descentralizado debe ser la verificación de la legalidad del acto y de la existencia del poder respectivo.

El razonamiento es impresionante, pero es equivocado en nuestro medio. Aquí en Costa Rica, la Constitución consagra la autonomía como independencia de la institución en materia de gobierno y administración. Si conceptuamos —como debe ser— que la legalidad no es sino una nota más de un acto y de su contenido, y que la autonomía es un modo de actuar, independiente del contenido de cada acto, puede verse claro que la autonomía es una autorización para actuar en una cierta forma libre e indeterminada frente a otros entes, aun a riesgo de que el contenido de los actos realizados sea claramente ilegal. Es cierto que el ente debe ajustar su conducta a la ley, pero este principio de legalidad que también rige a los entes autónomos se refiere exclusivamente a las relaciones de los mismos con la ley, y no a sus relaciones con otros entes. La legalidad de estas últimas, para contrastarla mejor con la de su conducta, consiste precisamente en vedar toda intervención o supremacía de un extraño sobre el ente autónomo, antes de que éste haya actuado por primera vez, aún si tal intervención se da para evitar que esa actuación sea ilegal. Puede decirse, por todo ello, que la autonomía es una cualidad del ente y no una cualidad del acto; y una cualidad que es un método o forma de actuación, que el ente conserva frente a todos sus actos posibles, aún si los mismos son ilegales y no están basados —como deben— en un verdadero poder legal.

Es posible que un control preventivo de legalidad evite la violación de ésta en un caso concreto, e impida que se ejerzan

potestades que no se tienen o que se ejerzan mal las que se tienen. Pero, entonces, el poder de actuar para sus fines, propio del ente según la Constitución, quedaría paralizado frente a la autoridad contralora, que también podría disentir sin fundamento en los casos en que la institución pretendiera el legítimo ejercicio de su competencia. No sería ésta en situación de libertad sino la autoridad central contralora la que diría la última palabra sobre el contenido posible del acto todavía no nacido. Cabe decir, por todo ello, que la Constitución ha permitido la autonomía como independencia y con ello ha preferido la libertad de la institución a la legalidad de su conducta. La actuación siempre deberá ser legal y si es ilegal deberá ser anulada; pero es preferible que pueda ser ilegal y anulable por autónoma determinación del ente, a que no lo sea por intervención preventiva de un poder extraño. Esta es la esencia de nuestra autonomía.

Podría afirmarse que tal es una explicación gratuita y superficial de nuestra autonomía, sin fundamento doctrinal ni asidero en nuestra Constitución. Pero el razonamiento contrario, que sostiene la posibilidad de autorizaciones frente a entes autónomos, padece un grave espejismo lógico. Invierte, en efecto, los términos del problema. Cree justificadas las autorizaciones porque son necesarias para evitar la ilegalidad de la actividad descentralizada, pero olvida que el planteamiento debido es el inverso. Si la independencia de nuestras instituciones emana de la Constitución y no de la ley, en ningún caso basta con que un control o una intervención sean necesarios a la observancia de la ley para que sean compatibles —sólo por eso— con aquella independencia. Pues bien es posible que ésta haya sido consagrada por la Constitución aún si conduce eventualmente a la violación de la ley. Con ello la constitución no permitiría al ente violar la ley —que siempre debe respetar bajo pena de nulidad— sino que le impondría respetarla, pero sólo por decisión propia y con todos los riesgos inherentes al uso abusivo de la libertad sin previa censura. Abusos, por otra parte, igualmente comunes pero no más graves que los que diariamente ocurren en el campo de los derechos humanos.

Quede así aclarado, en definitiva, el que las autorizaciones como control preventivo de legalidad son un sistema de supremacía central prohibido por la Constitución en salvaguardia de la autonomía.

d)—La intervención y los modos de organización pública.

Si no es posible el control a través de autorizaciones, será posible el control central sobre el ente a través de una potestad directora, que imprima un rumbo político a su gobierno y pueda, incluso, atarla a sus órdenes, circulares o instrucciones? ¿Tiene alguna relación la existencia de esas potestades en cuestión con el modo de organización de las instituciones?

Conviene aclarar que todas las potestades cuya existencia se cuestiona frente al ente autónomo, de dirección, de ordenación, de control sobre la política o la oportunidad de su gestión, etc., son formas de organización por supremacía de un órgano sobre otro, que suponen una concurrencia de cometidos y que limitan la independencia en el uso de las potestades discrecionales del centro sometido.

La admisión de aquellas potestades puede considerarse, a priori, como imposible en nuestro medio. No obstante, precisa justificar este principio cuyo grave alcance negativo apunta, por el reverso, hacia la admisión de otros poderes de intervención y de control sobre la legalidad de la actualización descentralizada.

1)—**Ordenación formal y material de los entes:** La doctrina, en general, configura tres formas diversas de supremacía o de relaciones por sub o supraordinación entre centros públicos, que son: 1) de jerarquía; 2) de dirección; y 3) de tutela.

Se había visto inicialmente, cuando se examinó la posición de los entes autónomos frente a la Asamblea, la forma en que el orden jurídico puede ordenar las fuentes y, fundamentalmente, cómo es posible recurrir a dos principales métodos al respecto: la articulación por el sujeto y la articulación por la materia. Se explicó que el primer sistema conduce a establecer grados de superioridad entre varios sujetos, que actúan según diversos procedimientos, creando actos de diverso rango, en forma independiente del efecto y del contenido de los mismos. Así, vimos cómo la Asamblea es el órgano supremo de nuestro orden constitucional, en virtud de una intrínseca superioridad atribuida por la Constitución, que le permite someter a sus actos, por ser suyos, derivados de un determinado procedimiento, todos los otros actos y normas del sistema. Se halla, en tal sentido, en posición de primer grado,

porque está subordinada sólo a la Constitución y a ninguna otra fuente regulada por ésta.

Pero vimos también cómo, de acuerdo con la Constitución, es posible establecer la ordenación de dos fuentes sin jerarquizar los órganos o sujetos que las ponen en movimiento, separando rígidamente las materias o ámbitos de acción de cada uno. Y se dieron ejemplos, discriminando entre los entes autónomos: todos están subordinados a las leyes de la Asamblea, en tanto las mismas son actos derivados de un procedimiento que confiere autoridad formal irresistible a sus resultados, simplemente porque se trata de ese sujeto y de ese procedimiento, y no de otros cualesquiera; y así la Asamblea es superior e inferiores los entes autónomos, en razón de ser cada uno lo que es, por decisión libre del orden constitucional, y no por ninguna otra razón atinente al contenido de los actos, ni de las competencias.

Pero se presentó también una clara excepción: nuestra Universidad, institución descentralizada por materia, no sólo en el sentido de que tiene un servicio especializado a su cargo, como límite a su competencia —especialización ésta que es nota común a todas las instituciones no territoriales— sino en el sentido particular de que, exclusivamente en relación con ella, nuestra Constitución parece otorgar una descentralización plena e irrestricta de gobierno y administración, que incluye una capacidad reglamentaria de la materia de su competencia absolutamente prevalente sobre la potestad legislativa. Aquí quedan, claramente ejemplificados, los dos tipos de ordenación de las fuentes jurídicas; subordinación plena y total de los entes autónomos comunes a la Asamblea, en cuanto ésta es superior como sujeto de un especial procedimiento que se estima intrínsecamente más potente y efectivo; e independencia completa de la Universidad frente a la Asamblea, que incluye una correlativa subordinación de ésta, en la materia propia de la competencia especializada de aquella. De donde se ve por qué la consulta obligada a la Universidad que debe hacer la Asamblea para emitir leyes sobre aquella, resulta no sólo necesaria sino también vinculante, y obliga a la Asamblea a conformar a ese dictamen el contenido de las leyes sobre la enseñanza o la organización universitarias (art. 88 C. Política).

Puede decirse así, que las dos principales formas de organizar las fuentes jurídicas, consisten en la formación de competencias

concurrentes y subordinadas sobre la misma materia, territorio y personas; y en la formación de competencias tangentes y exclusivas en cuanto a esos mismos ámbitos de poder, sin subordinación entre sí.

2)—**Competencias concurrentes e iguales:** No faltan, sin embargo, los casos de competencias objetivamente concurrentes que están coordinadas (como iguales) y no subordinadas entre sí. El orden puede optar por exigir que ningún órgano pueda hacer algo sino recurriendo al consentimiento y concurso del otro, que es libre para darlo o no. Es el caso del acto complejo ya antes examinado, lo mismo que el de los acuerdos entre instituciones que persiguen todas un mismo fin accidental, como los consorcios que preveen nuestras leyes municipales entre diversas corporaciones, para gestionar una obra de común interés. En este último caso, más que de una colaboración necesaria —como la que se da entre nuestros poderes colegisladores— se trata de una colaboración voluntaria, que, sin embargo, configura un típico caso de competencias concurrentes armonizadas a través de la convención y no del mando de un órgano sobre otro.

3)—**Dirección y normatividad:** Ocurre diversamente con la llamada dirección. Ya vimos cómo la función de gobierno o de dirección es una función deliberativa, que produce decisiones vinculantes de la actividad de la institución en cuanto a sus fines básicos y programas, y que, en ese sentido, funciona como actividad normativa respecto de la gestión normal de la institución, encargada de cumplir esos programas.

Esta función normativa de las deliberaciones, entendidas como la formulación de una voluntad de decidir algo futuro con un cierto contenido, por contraste con las decisiones, entendidas como la formulación de la voluntad misma que resuelve y produce los efectos deseados, es extensible a todos los casos en que también se fijan los posibles medios o modos de actuación del ente, en detalle y no sólo en sus programas. Pues, en efecto, toda deliberación que proyecta un acto, sea en cuanto a su contenido, sea en cuanto a sus fines, impone a éste la adhesión a sus términos, de modo que sólo es válido si se ajusta a los mismos y nulo si los desconoce.

Esta nota de las deliberaciones frente a los actos de ejecución, por razón de la cual aquéllas se ponen como normas condicionantes de la validez de éstos, ha sido erigida en categoría jurídica por la

escuela vienesa del derecho, para la cual todo acto es una perspectiva de doble vertiente, norma que condiciona y dirige la realización de un acto posterior que habrá de aplicarse y, a la vez, aplicación de otro acto anterior —y por eso mismo, superior— que se dictó con vista a regular precisamente su formación y ejecución. Cada acto es norma y aplicación de una norma, según el ángulo desde que se lo mire. Y así, no sólo las reglas generales dictadas para regular la conducta humana, sino también los actos concretos dictados para satisfacer directamente una necesidad jurídica devienen normas de derecho.

“Los actos de aplicación son creadores de nuevos preceptos, por lo cual se ha escrito que, como la cabeza de Jano, tienen siempre dos caras. Examinados desde arriba, esto es, desde el punto de vista de la norma básica, aparecen como aplicadores de los preceptos que condicionan su existencia; mirados desde abajo, es decir, desde el otro extremo de la escala, son reglas condicionantes de ulteriores actos de aplicación. La orden de embargo dictada por un juez ostenta, frente al ejecutor, carácter normativo en cuanto le impone ciertos deberes de índole exigible; pero en relación con la sentencia es aplicación de ésta y en ella encuentra su razón de validez (Eduardo García Maynes, *Lógica del Juicio Jurídico*, pág. 65).

Esta tesis, según la cual todo es norma en el derecho, excepto el acto ínfimo de ejecución material de una orden concreta, que no contiene ninguna formulación de juicio ni de voluntad, es en nuestro concepto errónea. En efecto: la orden embargo dada por el juez no se refiere a un acto futuro para regular su contenido, sino que se limita a hacer posible que el acta de embargo se lleve a cabo y, simultáneamente, produce por sí y autónomamente la afectación de la cosa embargada al pago de la deuda. Es decir, la orden de embargo —como todo acto administrativo o procesal de efecto autónomo— presenta la doble nota, incompatible con la normatividad, de determinar una conducta condicionando su validez y haciéndola posible, pero sin indicar cómo debe ser esa conducta ni sus elementos; y de servir por sí y directamente para producir un efecto de derecho que inmediatamente satisface una necesidad humana, de producir una ventaja o desventaja jurídico-subjetivas, sin depender para ello de un acto posterior de aplicación.

Las notas contrarias —típicas de lo normativo— de regular una conducta futura y sus diversos elementos, y de limitar su

efecto a esa regulación sin producir por sí misma ninguna ventaja o desventaja jurídicas concretas, son precisamente las que presentan las deliberaciones —de gobierno o de administración— a diferencia de los actos administrativos comunes o de ejecución. Por eso puede decirse, según todo lo analizado cuando se examinó la potestad de gobierno, que las deliberaciones son verdaderas normas concretas, como las sentencias, a diferencia de los actos comunes de administración o de trámite, como las órdenes o decretos de embargo.

Es esta la segunda forma —después del acto complejo o acuerdo— que reviste la ordenación de órganos con competencias concurrentes en cuanto a materia y territorio. Si no hay igualdad, a través del acto complejo o del acuerdo, hay una dependencia del acto de ejecución respecto de las deliberaciones, por virtud de la cual éstas mandan sobre aquél y regulan como norma los diversos elementos que lo componen.

4) —**La jerarquía y la autonomía:** Queda, sin embargo, el caso más patente y agudo de supremacía, que es el de la jerarquía.

Aquí, como en las hipótesis de concurso de voluntades iguales (acto complejo, acuerdo) y de relación entre actos desiguales (deliberación, acto de ejecución) hay dos órganos competentes que tienen los mismos campos de acción en cuanto a territorio, materia o personas. O, cuando menos, dos campos parcialmente iguales de acción, uno de los cuales puede ser mayor pero tiene que ser necesariamente comprensivo —y en ese sentido concurrente— respecto a otro. Sin embargo, y es ésta la diferencia fundamental, sobre el mismo ámbito sólo hay un órgano que se reputa el mejor, y todos los otros como inferiores y peores en cuanto a autoridad y eficacia. La jerarquía se funda en esta desigualdad intrínseca e inicial entre los diversos centros que ostentan una competencia concurrente, excepto por razón del grado, dada la superioridad gratuita de uno sobre todos los demás.

En este sentido cabe aclarar que tal caso de competencias concurrentes se da, no cuando se atribuyen varias competencias iguales a órganos pertenecientes a diversos entes, sino cuando una sola competencia es atribuida a un ente complejo, compuesto por varios órganos a los cuales cabe presumir que esa competencia corresponde por igual, en tanto que son partes del todo al que ha sido atribuida. O bien, cuando una misma competencia es

sucesivamente atribuida a varios órganos de un mismo ente, uno superior de los otros, sin decir expresamente cómo se resuelve el conflicto que esa concurrencia plantea. La comunidad de competencia, pues, habrá de deducirse sobre todo de la pertenencia del órgano u órganos a un mismo ente, y no sólo de la coincidencia de esferas de acción entre órganos de diversos entes.

El hecho de que se trate de una sola competencia, correspondiente a una sola persona jurídica, distribuida entre diversos órganos de la misma, y el hecho de que la ley haya presumido una desigualdad intrínseca e inicial entre esos diversos órganos, por modo que los unos se consideren mejores y más eficientes que los otros en la realización del cometido común, produce un doble fenómeno. En primer lugar, permite al órgano mejor excluir con su voluntad la del inferior cuando ambas se contradigan, y en segundo lugar, permite al superior hacer todo lo que puede hacer el inferior, como si fuera éste mismo. Ambas posibilidades combinadas, conducen a la ya apuntada fungibilidad unilateral de la competencia del inferior frente a la del superior, que en cualquier momento puede sustituirse a la voluntad de aquél, o avocarse a sus negocios, como si estuviera conociendo de asunto propio. De aquí resulta que la contradicción y la intervención del jerarca frente al inferior puede darse no sólo después de que éste haya formado su voluntad sino también antes; y expresarse no sólo a través de una resolución dictada a instancia del particular bajo forma de recurso, sino también a través de órdenes, instrucciones, circulares y sustituciones avocatorias como las descritas, que son oficiosas y previas a la resolución inicial del subordinado.

He aquí, entonces, el esquema de la jerarquía por contraste con la autonomía: a) igualdad de competencia, que sólo existe si hay una sola desde el punto de vista de la materia y del territorio, distribuida por igual entre los órganos de un solo ente complejo; b) desigualdad de los órganos, mediante una calificación inicial de unos como más eficientes y sabios que otros, independientemente de los poderes que a cada uno se le atribuyan; y c) fungibilidad de la competencia del inferior frente al superior, que permite a éste intervenir la conducta de aquél antes y después de formada su resolución.

Resulta obvio, por lo dicho, que la jerarquía nunca puede existir entre el ente central y el ente autónomo. Pues no concurre

ninguna de las condiciones necesarias para que aquella tome forma y coexista con la autonomía.

En primer lugar, la autonomía supone —por definición— una especialización en cuanto a la materia, respecto de cuya gestión sólo el ente y sus directores son exclusivamente responsables. Para lograr ese fin ya vimos que nuestra Constitución confiere al ente la totalidad de los poderes administrativos y de gobierno (reglamentarios) que sean imprescindibles, y que, en tal sentido, sólo el ente con exclusión del Estado Central es el titular de esa competencia material. Se trata, según ello, de una competencia exclusiva por razón de la materia frente a la administración central, aunque frente a la legislación se trata de una competencia común y concurrente. Si hay competencia administrativa exclusiva, no puede haber jerarquía, que ya vimos depende de la existencia de una competencia común.

Pero falta, además, la desigualdad de los órganos, porque, salvo frente a la Asamblea, no hay ningún órgano del Estado Central que pueda considerarse como mejor, y más eficiente y sabio, que el jerarca del ente autónomo, dentro del campo específico de su servicio. Y, finalmente, y en consecuencia de los dos anteriores defectos puntualizados, falta también la fungibilidad de las competencias, que son precisamente excluyentes e intransferibles. Imposible, entonces, la jerarquía ni sus intervenciones sobre la vida del ente antes de que éste tome su decisión primera, como si fuera idéntica la esfera del ente central que la del ente autónomo.

5)—**La intervención estatal y la oportunidad:** Esto nos lleva, precisamente, a la afirmación de otra premisa, para resolver el problema del Estado director del ente autónomo. Para saber si el Estado Central, que ya sabemos no puede ser jerarca, puede o no ser director del ente autónomo, se requiere primero confirmar todo lo ya dicho, sobre la imposibilidad en que también se encuentra para controlar la oportunidad de las actuaciones del dicho ente.

Se ha explicado ya que el ente autónomo significa por sí mismo una mayor capacidad de dirección y administración del servicio, frente a todo otro sujeto, incluyendo el Estado Central. Y habíamos fundado tal aserto en tres reflexiones que ahora se pueden resumir.

En primer lugar, la especialización implica una mayor capacidad de servicio por razones supuestas en toda división del trabajo, cuya explicación pertenece a la ciencia de la administración y excede los límites de este estudio. Es evidente, y baste con apuntarlo así, que la división del trabajo implica una complejidad en el mismo que escapa al control y dominio del jerarca único, y, consecuentemente, una incapacidad de éste para conocer de las divisiones hechas, en tanto que tales.

En segundo lugar, la naturaleza misma de la personalidad jurídica significa una presencia de la libertad, cuyo correlato necesario es la plena capacidad de autodirección. Si, como se vio, la exclusividad de la competencia dentro de una organización burocrática es ya motivo suficiente para eliminar todo vínculo jerárquico, por mayoría de razón es imposible la subordinación del ente al Estado, que es más que un órgano por ser una persona, en punto a lineamientos políticos o culturales de administración. En estos aspectos, la sola elección de la entidad autónoma como recurso para separar el centro administrativo de la organización central, implica una esfera amplia de discrecionalidad y libertad a su favor, que significa su completa independencia en cuanto a los criterios que le sirven para usar de esa libertad. Estos criterios son, precisamente, lo que se llama oportunidad o mérito de la administración. Si el ente se separó de la administración sometida a controles en todos sus aspectos, fue justamente para que no estuviera igualmente controlado o intervenido, sobre todo en aquello que implica elección y apreciación discrecional.

En tercer lugar, y es éste el aspecto fundamental, la descentralización tiene por principal objeto el acercamiento de la decisión a la responsabilidad, como un estímulo para la buena administración. Si se mira a la variada apertura de posibilidades y ramos de acción que abarca un Ministerio, así como a la compleja composición del mismo, se comprende la imposibilidad de hacer responsable personalmente al Ministro por los actos de todo el personal subordinado. Pues es demasiado pesada la carga y son demasiados los órganos que pueden intervenir en una sola decisión. Con ello se pierde el principal estímulo en el manejo de un negocio complejo, que es la evitación del fracaso, revelado por las consiguientes responsabilidades. O, todavía más claro, el éxito, revelado por la ausencia de sanciones, personales o pecuniarias. La descentrali-

zación tiene por objeto fundamental, aunque no como más valioso resultado, el logro de un sentimiento continuo de responsabilidad basado en una reducción del campo de actividades y en una ampliación de la confianza en el gestor. Así, si el jerarca es especializado y tiene a su disposición la casi totalidad de los poderes y los criterios de administración, dentro de una organización sencilla y centralizada, el jerarca que lo puede todo puede ser responsabilizado, conjuntamente con el servicio, por cualquier mal funcionamiento del mismo. Pero esto requiere, fundamentalmente, confianza en el gestor, es decir: otorgamiento de todos los poderes de gestión con toda la discrecionalidad posible. Resulta ilógico pensar en un ente autónomo destinado a desenvolver una actividad puramente ejecutiva y ceñida a la ley. Responsabilidad patrimonial del ente y personal de sus directores, equivalen a una y la misma cosa que amplitud de poderes y libertad lo más plena posible para su ejercicio. Esto, a su vez, es lo mismo que soberanía para escoger y manejar las reglas de la oportunidad en la dirección y la administración del servicio.

De este modo, para concluir, especialización, personalidad y responsabilidad del ente y de sus directores, son el fundamento de la supremacía de aquél en lo tocante a la oportunidad o al mérito de su gestión. Desde este punto de vista, que es el de su campo propio de acción, el control que pudiera conducir a paralizar la actividad del ente por simples diferencias de criterio y apreciación con el Estado Central parece estar constitucionalmente vedado. El control central de oportunidad, preventivo o sucesivo, es constitucionalmente imposible frente a nuestras instituciones autónomas.

Pero esta conclusión requiere ser puntualmente entendida. Así enunciada resulta equívoca y peligrosa, porque oscurece y oculta uno de los principales aspectos de la relación que corre entre entes autónomos y Estado Central.

6)—**Discrecionalidad, oportunidad e intervención:** En primer lugar, la discrecionalidad del ente autónomo no es más que eso, lo que quiere decir que es una libertad rigurosamente limitada. Ya se vio cómo las instituciones autónomas están sometidas a la ley, fuera de los aspectos que después se examinarán como ejemplo de lo contrario. Y que, en ese sentido, si gozan de una discrecionalidad es también con base en la ley, que se las permite como un recurso

regulado para el logro de sus fines especializados. Desde este punto de vista, la discrecionalidad de los entes autónomos está sometida al principio común de legalidad en los términos precisos antes enunciados y sólo resulta posible si hay una norma expresa o un principio extraído por analogía con ésta, que contemple un fin, un sujeto y un presupuesto o contenido del acto en cuestión. La discrecionalidad surge, pese a esa determinación de elementos más o menos exhaustiva, por varias razones cuyo análisis pertenece a la teoría general del Derecho administrativo. En resumen, importa aquí nada más hacer una distinción radical entre interpretación de una norma (oscura e imprecisa) y discrecionalidad. Si, por ejemplo, se dice que la Municipalidad desalojará casas insalubres, es cosa de interpretación de la ley según criterios técnicos, y no de discrecionalidad, el determinar si una casa lo es o no. Pero es discrecionalidad, y no mera interpretación, el proceder a la clausura de una casa porque es inmoral el uso que se le da como lugar de diversiones.

La diferencia entre ambas hipótesis resulta clara. En el primer caso se trata nada más de precisar lo que dice la ley, mediante aplicación de reglas técnicas invariables, a procesos o estados de hecho reducibles necesariamente a esas reglas, que son las mismas en condiciones iguales. En el segundo ejemplo, en cambio, se trata de saber qué es moral o inmoral.

La discrecionalidad no nace sino desde el instante en que, por la variación de las circunstancias, se arriba a un punto en que no son reglas técnicas sino cálculos de probabilidades fundados en la experiencia, enteramente personales e imponderables, los que definen el concepto legalmente impreciso. Pero, entonces, se arriba a situación igual a la del segundo caso, cuando se trata de aplicar normas morales o criterios culturales para apreciar la conducta. Porque en el caso de las normas morales y, en general, cuando se trata de apreciar la existencia de un valor y de su realización en la vida social, hay que estar al criterio personal y variable del agente, siempre que sea razonable. Lo que es razonable es, en definitiva, lo que la sociedad y el medio ambiente piensan al respecto, pero aún así y aún admitiendo el carácter objetivo de aquellas normas, siempre resulta decisivo el juicio y la voluntad del ente para la formulación del criterio debido. Lo social y lo objetivo pueden ser un límite para las apreciaciones culturales (no técnico-

científicas) del agente, más allá del cual es absurdo o ilegal lo pensado o decidido por éste; pero no es, en modo alguno, el elemento que llena y determina el contenido de su conducta. Dentro de ese límite el funcionario o jerarca se determina libremente a sí mismo, usando de la posibilidad de elección que le deja abierta la naturaleza intrínsecamente variable e imprecisa de las normas y los conceptos culturales.

La regla para definir lo que puede hacer y no hacer el Estado, en punto al uso de los criterios de oportunidad por el ente autónomo, es pues una regla de doble contenido. Por una parte, el Estado Central no puede interferir la actividad descentralizada ni aún bajo la forma del control, cuando invoque razones y criterios puramente empíricos o culturales. En este aspecto, la autonomía garantiza una irrestricta capacidad de actuación al ente descentralizado, que le permite juzgar libremente y sin control sobre lo que debe o no hacer. Siempre que, puesto en marcha un control central, se arribe a la conclusión de que el criterio decisivo es de aquella naturaleza, el contralor debe aprobar y dejar actuar al ente con absoluta libertad de criterio. Sólo si hay una manifiesta y obvia violación de las reglas que indican lo debido y deseable, puede el contralor ejercer su función enervante y paralizar la actividad de la institución. Se trata, en resumen, del respeto a la pura discrecionalidad administrativa.

Pero, por otro lado, la discrecionalidad del acto estará sometida a la ley, necesariamente en cuanto al sujeto competente y al fin, y, optativamente, en cuanto al motivo o al contenido (principio de legalidad). Las reglas técnicas, además, se considerarán incorporadas a la ley, siempre que se trate de reglas susceptibles de ser aplicadas exacta y totalmente a un caso, sin necesidad del recurso a normas prácticas y puramente empíricas de cálculo o decisión. El control central puede intervenir no sólo para vigilar la puntual observancia de la ley sino también para vigilar la observancia de aquellos límites legales por un acto ampliamente discrecional, en la medida en que no lo es. Es decir, para controlar sucesivamente que el sujeto actor sea el competente, que el fin sea el legal y que en cuanto a motivo o contenido, se haya usado razonable —y no arbitrariamente— de las reglas técnicas y de las normas culturales en juego.

Sobre todo para controlar el uso de estas últimas que marcan la linde última entre vinculación y discrecionalidad.

Es obvio que la naturaleza prácticamente variable y subjetiva —enteramente compatible, por otro lado, con la objetividad de los valores que cristalizan— de los conceptos y las apreciaciones de tipo cultural, impide fácilmente un control sobre su empleo; y que los casos de contradicción entre esos conceptos y apreciaciones y la actividad administrativa, no obstante ser frecuentes, son de difícil sistematización. Basta el principio general de que habrá discrecionalidad en la medida en que haya una decisión lógica y conforme con un criterio cultural medio.

e)—Intervención estatal y discrecionalidad técnica.

Pero resulta muy importante, en cambio, hablar brevemente de la discrecionalidad técnica que tanto se nombra alrededor de los entes autónomos, para saber exactamente qué alcance tiene y en qué condiciones puede el Estado controlarla, invocando precisamente razones de legalidad y no de oportunidad.

La cuestión que cabe levantar es, ¿hay vinculación o hay discrecionalidad, cuando se trata de aplicar reglas y criterios técnicos a la solución de un problema administrativo?

Hemos visto que la hipótesis cuestionada es un caso de vinculación y no un caso de discrecionalidad, pero la conclusión dicha merece un más amplio desarrollo. Desarrollo que haremos, en este punto, casi con literal apego a las ideas y al orden temático de la magistral exposición que hace el profesor Renato Alessi sobre este problema, en su *Sistema Institucional de Derecho Administrativo Italiano*, págs. 164-169, al cual remitimos sin reservas para la forma original del planteo.

1)—El profesor Alessi distingue entre discrecionalidad pura y técnico-administrativa.

La discrecionalidad pura es la que ya explicamos y ocurre siempre que es preciso resolver un problema o tomar una decisión con criterios empíricos o culturales (morales, psicológicos, de equilibrio de fuerzas, de compromiso, etc.). Entre los criterios empíricos tienen principal rango aquellos que pueden referirse, incluso, a una situación técnica pero precisamente en aspectos en que no

lo es, por no reflejar relaciones invariables los instrumentos lógicos que permiten entenderla.

Se trata, por ejemplo, de conceder un permiso de portación de armas, según la mayor o menor probabilidad de buena conducta del solicitante; o, para hablar ahora de instituciones autónomas, se trata de conceder o no un seguro de automóviles, según la biografía de siniestros que tenga el interesado. Igualmente si hay que medir, por ejemplo, la moralidad y solvencia económica de los cónyuges que solicitan la adopción o el depósito en sus manos de un menor abandonado, tanto como cuando hay que calcular la seriedad y buena fe de un pretendiente al crédito de nuestros bancos. Son todos casos en que la institución, una vez cumplidos ciertos requisitos reglamentarios, conserva siempre un margen de apreciación sobre la conveniencia o eficacia del acto o contrato a realizar, para lograr el fin que persigue; apreciación que habrá de resolverse según criterios de moralidad, probabilidad o compromiso, nada exactos y enteramente librados a la elección —igualmente buena siempre que sea razonable— del funcionario llamado.

Estos casos de discrecionalidad pura son incontrolables por el Estado Central. Cuando, una vez iniciado el procedimiento de control se concluya que tal es la índole del problema y de los respectivos medios de solución, el contralor central debe dictar resolución positiva y permitir el acto y su pleno desarrollo ulterior.

Pero hay otros casos que envuelven, simultáneamente, la aplicación de reglas empíricas o culturales, y de reglas técnicas. Son los casos que Alessi llama de discrecionalidad técnico-administrativa.

2)—Son varias las hipótesis a examinar. Hay, en primer lugar, casos en que la cuestión técnica es un preliminar para la administrativa, de modo que una vez resuelta aquella resta siempre un margen de elección puramente empírica o estimativa. Así, por ejemplo, “cuando se trata de constatar, con base en reglas técnicas, la **medida** en que se presenta una cualidad o atribución materiales, de modo que, comprobada la tal medida, corresponda después a la autoridad, con base en criterios administrativos, el establecer si el grado de realización así comprobado es o no suficiente para justificar la emanación de la providencia administrativa”... Así, cuando la ley subordine el abatimiento de una construcción que amenaza ruina a la gravedad del peligro, o bien a la oportunidad

del abatimiento, es cosa técnica establecer si la construcción amenaza ruina y si representa un peligro, pero es cuestión administrativa, a resolver con criterios administrativos, considerando elementos de hecho como la posición de la construcción misma, sobre una calle o un callejón, sobre vía poblada o de poco tránsito, etc., si el peligro representado es uno tan grave como para hacer oportuna la destrucción de la casa”... (Sist. Istituzionale, ob. cit., pág. 165-166).

En segundo lugar, es posible que una cuestión empírica o estimativa (política) involucre una técnica, “en todos los casos en que la actividad administrativa deba ejecutarse a través de una actividad técnica: construcción de obras públicas, adopción de aparatos, mecanismos, dispositivos, instrumentos, de tipo técnico; servicios técnicos (médicos, ingenieros, mecánicos, maestros de obras, etc.)”. Esta actividad técnica debe desarrollarse con base en criterios técnicos y a través de la solución de problemas técnicos... Pero, para todo lo que entra en el concepto **general de elección del medio técnico que habrá de satisfacer un interés público, los criterios a usar no son puramente técnicos sino también y sobre todo administrativos**. En consecuencia, queriendo ejemplificar, para todo lo que concierne la elección de los criterios para la construcción de las obras públicas; la elección de dispositivos, mecanismos, aparatos y similares; la escogencia de médicos, ingenieros, constructores, así como la determinación de los criterios generales que estos habrán de seguir, tratándose de valorar comparativamente el público interés concreto y el medio para su satisfacción (para la elección del medio mejor posible) los criterios a seguir no son puramente técnicos, sino también administrativos” (ob. cit., pág. 167).

En todas estas hipótesis de la llamada discrecionalidad técnico-administrativa, ocurre una verdadera forma de discrecionalidad cuyo uso es incontrolable por el poder central, casi exactamente como en el caso de la discrecionalidad pura. O, mejor, se presenta una posibilidad de elección no fiscalizable en cuanto es libre y representa aplicación de los que Alessi llama criterios “administrativos”, pero controlable —y en esto sí vemos una radical diferencia entre ambas formas examinadas de discrecionalidad— en los aspectos puramente técnicos.

De este segundo tipo de casos sólo queremos extraer una importantísima y muy clara distinción: es puramente discrecional, porque depende de criterios de experiencia o de valoraciones subjetivas de tipo cultural (no jurídicas ni técnicas), la elección del empleo de los medios técnicos y de su modo de organización y de funcionamiento. La razón profunda, que Alessi apenas apunta, es obvia: la técnica es un método de ejecución y no de elección de posibilidades. Es evidente que la técnica sirve también para elegir, pero dentro de circunstancias previamente determinadas por razones empíricas.

3)—En tercer lugar, es posible un caso que haya de resolverse según criterios pura y simplemente técnicos, sin participación de elementos “administrativos”. Son las hipótesis inversas y correlativas de las ya analizadas como normas de discrecionalidad técnico-administrativa. Fundamentalmente se presentan dos hipótesis: a) En primer lugar, cuando se trata de verificar la existencia de “condiciones de hecho consistentes en una cualidad o atributo de naturaleza técnica, sin que sea posible a la pública administración valorar posteriormente la medida (el grado) en que se presentan, en relación con el interés público. Así, por ejemplo, en la destrucción de bestias atacadas por un morbo infeccioso, o de mercaderías o comestibles descompuestos, la providencia está subordinada a la verificación de una condición de hecho consistente en una cualidad de índole técnica (enfermedad contagiosa, toxicidad) mediante criterios puramente técnicos, pero, una vez comprobada la cualidad requerida, no corresponde a la autoridad administrativa el valorar si la misma subsiste o no en la medida suficiente para justificar su actuación” (ob. cit., pág. 168). b) En segundo lugar, cuando se trata de ejecutar técnicamente una obra, o de emplear en igual forma un instrumento, ya seleccionados por la Administración como medio especializado para el cumplimiento de sus cometidos. Esa elección —como se vio— es discrecional, pero es puramente técnica y cubierta capilarmente por la legalidad que la absorbe, la ejecución o el empleo de los medios elegidos. Así, por ejemplo, “una vez que haya sido decidida (la obra técnica, edificio, puente, carretera, tunelación, acueducto, etc.), y determinadas sus líneas generales con base en criterios técnicos y administrativos a la vez, la construcción misma queda librada enteramente a la obra del director, el cual debe guiarse únicamente por criterios técnicos, de donde

viene que la investigación para comprobar si la obra ha sido bien o mal construída desde un punto de vista técnico . . . , no envuelve ningún control de cuestiones administrativas . . . , ya que no tiene (la Administración Pública) ninguna facultad para actuar mal en vez de bien desde ese punto de vista” . . . “Lo mismo puede decirse para la construcción o el funcionamiento de medios técnicos . . . una vez elegido el tipo, es cuestión meramente técnica, y no administrativa, el ver si el funcionamiento del medio ha sido normal, en lugar de anormal o defectuoso por una falta de construcción, de posición, o de previsión, ya que la Administración Pública carece de facultad para construir un medio defectuoso tal que produzca un resultado anormal o dañino, antes que un medio en condiciones regulares” (op. cit., pág. 169).

Alessi —y lo largo queda excusado con lo útil de la cita— finalmente concluye:

“En consecuencia, si discrecionalidad es una libertad, más o menos limitada, de apreciación del interés público para valorar la oportunidad de la acción y del contenido de la misma, vale decir: libertad limitada de determinación y de acción teniendo en cuenta el público interés, malamente se puede hablar de una discrecionalidad meramente técnica, ya que los dos términos —discrecionalidad y técnica— son esencialmente inconciliables: de veras, como se dijo, cuando se trata de una cuestión meramente técnica la misma se resuelve exclusivamente con base en criterios técnicos, y la administración pública no tiene ninguna facultad para desviarse de esas reglas actuando mal o deficientemente, con pretexto de las necesidades del interés público” (op. cit., pág. 169).

En aplicación de tan amplia cita —que, sin embargo, aceptamos íntegramente— podemos perfilar un esquema lo más exacto posible de lo que puede hacer y no hacer el ente central frente a los autónomos, para controlar sin invadir la esfera de discrecionalidad: El Estado no puede controlar la actividad de la institución autónoma por razones de pura oportunidad, que consisten en reglas empíricas o estimaciones (normativas) de tipo cultural. Pero puede controlar la observancia de los límites legales del acto discrecional (sujeto y fin necesariamente) y sobre todo establecer si ha habido un uso abusivo de aquellas valoraciones, así como si ha habido una aplicación debida de reglas puramente técnicas, en cuanto al motivo, al momento o al contenido de la actuación descentralizada.

En tal sentido, entran en el control de legalidad, y no del de oportunidad, todos los casos de discrecionalidad puramente técnica, y todos los aspectos de igual naturaleza que componen las potestades técnico-administrativas, tal y como quedaron dibujadas.

Paradójicamente se ha construido un concepto de la oportunidad aparentemente contradictorio con el carácter técnico especializado —especializado por razón de la técnica— que se supone es el principal bastión defensivo de la autonomía.

f) —El concepto de la especialización funcional.

Después de haber afirmado que personalidad, especialización y responsabilidad procuran a la institución autónoma una suprema excelencia como jerarca, excluyente del Poder Ejecutivo y de todo control de éste sobre la oportunidad de la gestión descentralizada, hemos concluido en afirmar que el Poder Ejecutivo puede controlar y paralizar esa gestión, precisamente en los casos en que hay sólo una cuestión técnica de por medio, y no el manejo de un problema empírico estimativo. Y que es en estos casos, cuando el acto controlado implica el uso de un criterio no técnico, sino empírico y estimativo, cuando es imposible el control del Poder Central; aparentemente todo lo contrario de lo que al principio se dijo.

Y, sin embargo, no hay contradicción. El resultado primero e igualmente paradójico de todo lo dicho es que el control central puede ejercerse sobre toda clase de actos y actuaciones del ente autónomo, sean o no reglados. Ello, en el preciso sentido de que el carácter discrecional o reglado de un acto o de una actuación no debe nunca erigirse en requisito condicionante o supuesto procesal para el ejercicio de la potestad de control. Sólo el resultado del control y no la existencia misma de la potestad correspondiente debe hacerse depender del carácter discrecional del acto controlado. Pues vinculación y discrecionalidad no son notas absolutas y excluyentes, sino formas puntuales y complementarias del acto administrativo, que afectan unos elementos y abandonan los otros a su opuesto.

Resulta imposible saber a priori si el acto concreto que se controla es discrecional o reglado, sencillamente porque es siempre las dos cosas a la vez. Y porque, además, el saberlo a plenitud

depende de todas las circunstancias de hecho que rodean y componen la existencia del acto, y a las cuales puede la ley dar un efecto atenuante del carácter vinculado que éste último puede tener desde otro punto de vista. A priori todos los actos son discrecionales o reglados, y todos, por eso mismo, pueden ser objeto de un control que esté limitado a los reglados. Solo a posteriori y después de concluido el minucioso examen del acto concreto y su ambiente de hecho, puede el contralor saber si es discrecional o reglado, y decidir de conformidad. Pero la conclusión y el alcance de nuestra tesis, cuando afirma la improcedencia del control sobre el acto descentralizado por razones de oportunidad, es precisamente sostener que si, después de finalizado el procedimiento respectivo, se establece el carácter discrecional del acto, el control debe ser positivo y permitir que el acto se realice por ser conforme con la ley.

Hecha esta aclaración fundamental conviene volver sobre aquella extraña inversión de posiciones que se comentaba en el número anterior y confirmar que no existe contradicción cuando se afirma que el ente autónomo es soberano en cuanto a la oportunidad de sus actos, pero sometido a control en materia pura y estrictamente técnica. La razón explicativa va infartada en todo lo dicho.

La función del jerarca del ente autónomo no es obtener un alto grado de especialización por sobreabundancia de conocimientos, que le permitan prever y resolver por simple aplicación de ideas adquiridas todos los problemas típicos de un cierto servicio. Tal posición daría de lleno, a muy poco andar, contra la infinita variedad de la vida administrativa, que difumina aspectos muy importantes sólo para poner a prueba la capacidad perceptiva del verdadero jerarca. Es cierto que hay un imperativo jurídico, para cada uno de éstos, de actuar en cada caso lo mejor posible para el interés público a su cargo, pero es mucho más evidente que determinar ese medio óptimo es cosa fundamentalmente de intuición y organización mental guiadas por la experiencia, mucho más que de erudición o de pura lógica.

Tal tipo de intuición en la gestión no es, en absoluto, una intuición de profano; sólo puede tenerla el especializado que, por su alta preparación, puede llegar muy hondo en el análisis y la

previsión de un problema, a base de reflexión y ciencia. Pero, precisamente, hay un punto donde la ciencia no aclara nada, porque la decisión tiene que ver con otros factores que no son constantes ni necesarios, sino apenas probables en el tipo de asunto o de servicio de que se trata. Es necesario, entonces, no formular conclusiones lógicas, a partir de premisas ciertas, sino calcular posibilidades de éxito y fracaso, frente a un gran cúmulo de detalles y circunstancias banales cuya importancia, sin embargo, puede ser decisiva en concreto y sólo puede valorar bien el que durante largos años ha trabajado y manipulado el problema. Se trata de cálculos que también son reglas, pero flexibles y casuísticas al extremo. Esta fina adaptación intuitiva y empírica, de la ciencia especializada a la administracin, es precisamente el objeto de toda descentralización por servicio. Pero se trata, entonces, no de una ciencia racional del jerarca de esta institución, en tanto que lógica, sino de una especialización científica que condiciona la formación de una mente empírica e intuitiva, capaz de resolver en concreto los problemas técnicos que ni los textos ni las universidades resuelven.

Si lo opuesto fuese cierto bastaría, como alguien ha dicho, que estudiásemos todos en manuales de buen gobierno, para resultar candidatos a Pericles o Julio César. El mucho estudio nos haría genios o presidentes. Pero ello no es así porque la íntima naturaleza creadora está, precisamente, en la capacidad natural para enfrentar un problema por primera vez, resolviéndolo original y no sólo eruditamente. Por eso la evolución de la ciencia es hacia la sabiduría, que consiste en reducir los complicados principios técnicos a conocimientos vulgares y, ya transformadas en instrumentos de fácil trabajo las que fueron difíciles abstracciones, en permitir que el hombre reflexione con libertad imaginativa sobre temas que antes sólo pudo mirar a través de rígidas construcciones lógicas ajenas. Esta sabiduría sencilla, preparada por la especialización científica, es el logro fundamental de la descentralización administrativa y por eso mismo, lo menos propicio a controles externos, provenientes del Estado.

g)—La dirección estatal y la autonomía.

Resta por examinar, precisado ya el alcance del control sobre la oportunidad de la actuación descentralizada por parte del Estado, su papel como posible director del ente autónomo.

Se trata de lo siguiente: un ente es autónomo fundamentalmente porque es un centro público con un ámbito limitado de acción. La descentralización ha sido definida precisamente como un caso de personalidad colectiva, pública y limitada. Limitada desde el punto de vista de los ámbitos de acción en que se desenvuelve, o de vigencia del derecho que crea.

Tal limitación puede darse desde cuatro puntos de vista: el territorio, la materia, las personas o el fin. El Estado Central, por contraposición, es el único caso de personalidad colectiva, pero ilimitada por regla general, salvo excepción expresa del orden constitucional. Una excepción de este tipo es, en cuanto a la función administrativa, la descentralización.

Puede aclararse que el Estado es, según las más sobria y sólida conceptualización jurídica del mismo que conocemos, "una corporación territorial y soberana (Santi Romano, *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, pág. 4).

Con lo de territorial se dice algo vago, pero que significa al menos lo siguiente: la causa de la autoridad del Estado, de conformidad con el orden jurídico del mismo, es su asiento en un determinado territorio, que se estima su espacio total. Dentro de éste, el Estado puede actuar para cualesquiera fines, frente a cualesquiera grupos y en forma perpetua, salvo expresa disposición constitucional limitativa. El Estado es, pues, desde el punto de vista de las materias o servicios que puede tocar con su poder, un ente a fin general, porque puede perseguir cualquiera, salvo el que esté expresamente sustraído a su esfera de competencia. Y ello a diferencia del ente autónomo a fin determinado, que sólo puede perseguir uno específico bajo pena de incompetencia si lo desborda. Desde este punto de vista el ente a fin general aparece realmente como soberano, porque puede fijarse libremente a sí mismo los cometidos que habrá de perseguir, sin importar el tipo de intereses que afecten; en tanto que el ente a fin especial sólo puede perseguir aquellos fines que le están impuestos, pero nunca ampliarlos por sí mismo, salvo en excepciones y muy particulares condiciones.

Todo esto significa que el Estado Central conserva una capacidad de administración y dirección no sólo en aquellos campos que no le pertenecen al ente autónomo, porque salen de su espe-

cialización funcional, sino también en el campo de la coordinación entre varios entes, para lograr un plan nacional de servicio.

Más claro: el carácter total e ilimitado de los fines del Estado y las inevitables colisiones que tiene con el cumplimiento de los mismos la gestión limitada y parcial de los entes autónomos, produce una facultad de principio a favor del Estado para coordinar ambas esferas, potestad que no le pertenece al ente autónomo por salir de su ámbito especializado y afectar precisamente intereses extraños. Esa potestad de coordinación se ejerce para mantener el interés del Estado y no el del ente autónomo, y, eventualmente, en perjuicio de éste.

Si se optara por lo contrario, y se diera igual potestad al ente en su propio favor, se estaría permitiendo que un criterio especializado juzgara la forma de acomodamiento entre fines totalmente dispares, el conocimiento de cuyas relaciones resulta incompatible con la especialización de cada ente. Y se estaría privando en cambio al Estado, que tiene experiencia en el manejo de problemas puramente administrativos y no especializados, de su consecuente potestad para resolver los conflictos entre intereses diversos, utilizando criterios políticos y empíricos, de alcance general. Es la técnica de la centralización, contrapuesta a la de la descentralización. Por eso, así como dentro de su campo parcial el ente es el supremo juez de la oportunidad de sus actos, así también fuera de ese campo y en cuanto se ponen en juego problemas que envuelven varios intereses distintos y discrepantes entre sí, el Estado Central es el juez supremo de la coordinación. Coordinación es concepto contrapuesto a especialización y es siempre el enlace de elementos opuestos o dispares, según un criterio que refleja un tercer interés más amplio. Significa fundamentalmente un plan de acción que beneficia a un ente en su aspecto menos especializado posible. Es decir, no en tanto que interés independiente y dotado de fuerza interna para excluir o combatir otros, sino en tanto que parte de una unidad más amplia de fines, jerárquicamente constituida.

La coordinación, en consecuencia, tiene dos aspectos principales: ser un plan y ser un plan lo más general posible, que a cada cosa le da un puesto no en tanto que es ella sino en tanto que sirve a otra, según una escala de satisfacciones. Por eso la coordinación es una forma —y tal vez la fundamental— de la potestad

de gobierno: es una forma de planear fines y no medios detallados de acción, programas y no modos de ejercicio de una función.

¿Es compatible con nuestra autonomía una función coordinadora del Estado?

Obviamente no nos referimos aquí al control de legalidad sobre las relaciones de competencia entre un ente y otro, o entre los entes y el Estado Central. Tal contralor es posible, si lo es un contralor de legalidad, como lo demostraremos. Nos referimos aquí, exclusivamente, al control de la actividad de una institución que puede resultar inoportuna, no para el ente o sus usuarios, ni desde el punto de vista de los criterios puramente discrecionales o administrativos que aquél acostumbra emplear dentro de su especialización funcional, sino para el Estado u otros entes y estrictamente desde el punto de vista de las repercusiones que sobre la gestión de todos pueda tener la del ente que se pretende controlar.

Podría pensarse, por lo pronto, que la solución está ya dada cuando se criticó la idea de un control de oportunidad sobre la institución autónoma. Pero la formulación del problema es ahora diversa: se trata de ver si es posible un control sobre la oportunidad de la gestión del ente en cuanto no es especializada, sino dependiente de criterios políticos y no altamente técnicos, usualmente utilizados por el Estado.

Según lo explicado la potestad de coordinación tendría que fundarse en motivos de oportunidad, se expresaría a través de aprobaciones o improbaciones y, en general, en todas las varias formas del control que después examinaremos brevemente. Y, ante todo, en la formulación de planes o programas de acción pública, dentro de los que estaría asignado a la gestión del ente un puesto jerarquizado, en el aspecto financiero y en la extensión de sus servicios. Los planes de acción del ente no dependerían sólo de éste sino de los límites que le impondría el Estado en cuanto a esos fundamentales aspectos.

Sería precisamente el caso del Estado director, que actuaría a través de directrices destinadas al jerarca de la Institución a modo de fijaciones de los fines más importantes de ésta, desde el punto de vista del interés nacional y con la obligación para el

dicho jerarca de observarlas, salvo grave motivo para no hacerlo. Igualmente que a través de fijaciones de límites mínimos o máximos de inversión en ramos determinados de actividad, según un criterio nacional de distribución de los fondos o recursos públicos.

Pareciera que la intervención que aquí se examina, en cuanto se refiere a la coordinación del ente con otros y con el Estado, y no al interés exclusivo del mismo, resulta procedente y posible en Costa Rica, aún en el silencio de la Constitución. Ello así porque, como se dijo, tal posibilidad sería una forma de control que se ejercería en una zona de actividad distinta a la propia del ente, dentro de la cual, en consecuencia, resultaría imposible violar la autonomía especializada de ésta. Respecto de los fines perseguidos por el Estado con esta forma de intervención el ente no sería autónomo porque no sería competente.

Un grave obstáculo se da, sin embargo, dentro de nuestro actual régimen constitucional de la autonomía, para la admisión de tal potestad. El control y la dirección estatales sobre los entes autónomos sólo podrían distinguirse del control prohibido de oportunidad, y de la suplantación de la potestad de gobierno del ente por la del Estado, respectivamente, atendiendo al motivo invocado y, en definitiva, la decisión que el Estado llegara a adoptar en cuanto a su calificación. De este modo serían lícitos el control y la dirección en los aspectos de coordinación, en primer lugar si se tratara realmente de un problema no especializado, pero en segundo lugar y aunque no se tratara de ello, si el Estado Central decidiera por sí y ante sí que hay un problema de coordinación institucional y no uno de especialización descentralizada de por medio. Pues, en efecto, si al Estado se le otorga la potestad de coordinación por ser ente central y en tal sentido más capaz que el descentralizado para la coordinación, por igual razón hay que otorgarle la potestad de decidir unilateralmente sobre la naturaleza del conflicto y del motivo de intervención, que condiciona su competencia al respecto. La superioridad que le permite coordinar, quedaría viciada en su raíz si, cuando menos en el ámbito administrativo, no se le permitiera también decidir cuándo y por qué actuar esa su posición de privilegio, decidiendo unilateralmente sobre los conflictos de competencia con el ente autónomo en cuestión.

El reverso de este problema, que así es más práctico que lógico, enseña claro que la potestad para la coordinación y limi-

tación de la actividad descentralizada de que se ha hablado, consiste principalmente en ejercer una potestad de gobierno sobre dicha actividad, que choca y anula la propia del ente. Pues la coordinación, según lo explicado, consiste en planeamiento y el planeamiento en determinación de metas y objetivos básicos del ente. Ahora: es obvio que resulta prácticamente imposible —aunque lógicamente no sea así— que el ente gobierne su actividad sin interpretar, al tiempo, las reglas de relación con otros entes o con el Estado, para evitar conflictos que paralicen política o legalmente su gestión. De hecho cada ente se autocoordina con otros y resulta —como en el Derecho Internacional— el juez de sus propios actos políticos. La descentralización tiende a incluir la potestad de planear las relaciones del ente con el Estado y con otros entes, con exclusión del Estado mismo.

En realidad, lo que ocurre es que aquí, para justificar esta exclusión de la potestad directiva del Estado sobre los entes, con base en los términos amplios de nuestra Constitución cuando consagra la autonomía y su potestad de gobierno propio, se acude a un método teleológico y no a un método lógico de intervención.

La potestad de coordinación del Estado sobre los entes, a través de planes y controles creadores de armonía entre los mismos, es un típico ejemplo de cómo la mera deducción conduce a una tesis aberrada, si no se mitiga su rigor con consideraciones —también lógicas— de tipo práctico o finalista. Pues, como se dijo, del hecho de ser dos y no una las esferas de acción en juego dentro de aquella intervención coordinadora, y del hecho de ser una sola la esfera propia del ente, puede bien concluirse que el Estado debe poder en todo caso y sin asomo alguno de conflicto con la autonomía, planear la vida de los entes en aquellos aspectos que salen de su competencia e invaden o afectan la de otro, porque así actuaría en un campo de nadie. Pero es claro que tal planteamiento resultaría lesivo de la autonomía y enteramente destructivo de la potestad de gobierno independiente que ésta incluye. Pues, por un lado, la vida práctica obliga a extender esa potestad fuera de la estricta competencia del ente para planear también su vida de relación política, y, por otro, la superioridad del Estado le permitiría promiscuar sin recurso alguno —al menos dentro de la esfera administrativa— los casos de coordinación con los de mera oportunidad especializada, privativos del ente en cuestión.

De donde puede concluirse que, sopesadas en igual balanza la necesidad de coordinación de existencia tácita e impreciso contorno, con la de gobierno autónomo de tan claro fundamento y utilidad, debe darse el peso mayor a esta última y tener aquella por inexistente en nuestro medio, salvo en la forma expresamente permitida por nuestra Constitución, que es la potestad de nombramiento de los directores autónomos.

Pero ya aquí entramos en una nueva zona de reflexiones. Hasta aquí hemos visto lo que el Estado no puede hacer frente al ente autónomo, en razón del contenido de la autonomía ya previamente definido.

Y vimos, para resumir, que el Estado no puede realizar intervenciones preventivas ni condicionar con autorizaciones la vida del ente, antes de que éste adopte libremente y por vez primera su decisión o su actuación externas; ni tampoco erigirse en jerarca y girar órdenes, instrucciones o circulares obligatorias al ente, ni sustituirse a éste en el uso de sus potestades administrativas; como tampoco controlar la oportunidad de la actuación descentralizada con base en normas de política o prudencia administrativas, ni convertirse en director de su gestión o su programa, ni formular las bases principales de uno y otro.

Lógica y consecuentemente han surgido así los límites fundamentales a la potestad de intervención del Estado sobre el ente autónomo.

Pero se trata ahora de decir lo que el Estado sí puede hacer para intervenir la vida del ente y mantener aquella unidad dinámica en el funcionamiento —y no sólo estática en el común origen— que es corolario de la unidad del Estado mismo. Las siguientes líneas habrán de estar dedicadas a un esquema breve del llamado control de legalidad sobre las instituciones autónomas. Este control tal y como será definido es el meollo de la tercera forma de relación posible entre los entes y el Estado, diversa de la jerarquía y la dirección: hablamos de la tutela administrativa. Sólo ésta y la limitada forma de dirección que implica la potestad de organización del ente y de nombramiento de sus jerarcas, son las formas constitucionalmente permitidas al Estado en Costa Rica para orientar la vida de la autonomía administrativa y hacer de la misma un principio de vitalidad nacional. Con tan limitados medios a su alcance, mucho logrará si evita al menos que las instituciones autónomas se conviertan en el niño terrible de nuestra vida política y administrativa.

LA TUTELA ADMINISTRATIVA

Se han examinado las relaciones de jerarquía y de dirección como formas de supremacía de un centro sobre otro centro público. Se había dicho que el tercer tipo de organización entre sujetos desiguales —uno superior a otro— es la tutela. Este breve capítulo estará dedicado al análisis esencial de esta institución administrativa. Este análisis contiene un esquema de lo que el Estado Central sí puede hacer frente a las instituciones autónomas.

a) —La justificación de la tutela administrativa.

Cuando se habló de la unidad del Estado, como principio lógico general del derecho, se expresó que la misma significa una unidad entre los diversos órganos que lo componen no sólo en su origen sino también en su funcionamiento. Se expresó que la unidad consistía en que hubiera siempre un órgano al que estuvieran subordinados en su funcionamiento todos los centros creadores de derecho, titulares de imperio, o, en general, todos los que estuvieran revestidos de un carácter público. Tal subordinación funcional tiene que consistir en la posibilidad para un ente de intervenir sobre la vida de otro y su organización, vigilando y disciplinando a sus titulares, y reteniendo la potestad de transformarlo o eliminarlo, una vez ya creado; o bien en la posibilidad de influir en el curso de su conducta, determinando su contenido antes de que se forme, o alterando su eficacia una vez ya formada.

Vimos, por otro lado, que nuestros entes autónomos son todos dueños de una función exclusivamente administrativa y de una potestad reglamentaria únicamente para el fin de permitir que aquélla se desenvuelva correctamente. Y que la Asamblea conserva irrestricta su potestad legislativa frente a los entes autónomos, para regular su funcionamiento y organización.

Cuando se define la necesidad de una intervención ordenadora sobre la vida del ente, por el Estado Central, tiene que tomarse

en cuenta la presencia de esos factores. Quiere decirse, que la tarea fundamental de la intervención del Estado sobre las instituciones menores será la de lograr que éstas funcionen de acuerdo con su acto de fundación —que es legal— y lograrlo así para obtener la aplicación de la ley en forma adecuada a la función administrativa, que se desarrolla a través de actos concretos. Esa intervención tiene que ser concreta también y contar con todos los elementos necesarios para constatar la ilegalidad.

Ya vimos que, en Costa Rica, este control tiene que ser posterior a la adopción del acto por la institución autónoma, aunque sea anterior a la eficacia y ejecución del mismo.

Hemos visto, también, que el ente autónomo es limitado por razón de sus esferas de acción y que —en ese sentido— tiene una capacidad de administración menos amplia que el Poder Ejecutivo. De resultas de lo cual vimos que existe una subordinación del fin de la institución al del Estado, en lo que se refiere a su coordinación con otros fines y otros entes de diversa especialidad.

De estas dos subordinaciones —a la Asamblea Legislativa por el origen y al Poder Ejecutivo por el fin— nace la tutela administrativa. En cuanto al fin y su necesaria coordinación con el resto de los cometidos nacionales, ya se vio como la autonomía impide todo control central y, en este sentido, también la tutela administrativa por razones de oportunidad. En otros regímenes, donde la autonomía no es constitucional —o si lo es— existe atada al control y dirección del Estado, tal limitación de la materia acarrea la suplantación del ente por el Estado en cuanto al contenido de sus programas funcionales y financieros, que son fijados por el Estado. En Costa Rica ello no es posible por regla general, pero ha encontrado cabida en la potestad del Consejo de Gobierno para nombrar a los directores de las instituciones autónomas.

Lo que sigue es una explicación de estos dos aspectos de la tutela administrativa en Costa Rica: el control de legalidad, con los alcances que se le dará, y el nombramiento estatal de los jefes de la autonomía.

b) —Los límites de la autonomía administrativa.

Cuando se explicó el carácter exclusivo de la potestad reglamentaria de los entes autónomos hubo manera de justificar este

hecho fundamental: que la sola y nuda personalidad pública y limitada equivale a una supremacía de juicio dentro del campo de la especialización. Concluimos de esto que la personalidad implica la libertad y ésta la responsabilidad. Pero logramos de inmediato otra conclusión no menos importante: que el ente autónomo está sometido a la ley y a la técnica y que, en esos aspectos de aplicación de una y de otra, cuando la misma es aplicación sin creación, el ente autónomo funciona subordinado al Estado.

Consecuentemente, el Estado sólo puede determinar la conducta del ente en aquella parte de su actividad que sea nada más aplicación de reglas técnicas y legales precisas, sin mezcla de estimaciones subjetivas y empíricas de alta administración. Es decir, en lo que es vinculado y no en lo que es discrecional.

Se explicó que, a partir de ese supuesto y precisamente por el mismo, era posible afirmar la postestad reglamentaria ejecutiva de las instituciones autónomas como excluyente de la del Poder Ejecutivo al respecto, por ser aquella potestad la forma más eminente de la discrecionalidad administrativa y de regulación de esa discrecionalidad. Reglamentar, se dijo, es resolver en forma anticipada y general lo que el jerarca podría resolver libremente y caso por caso, en uso de sus potestades discrecionales.

Podemos ahora coronar este itinerario lógico y concluir que, una vez que el ente ha actuado por vez primera y no antes (en razón de todo lo ya expuesto) el Estado puede hacerlo todo con su pronunciamiento inicial por razones de técnica o de legalidad, y utilizar toda clase de procedimientos posteriores para declarar y remediar la ilegalidad o el empirismo indebidos.

En tales aspectos de pura técnica y legalidad, sin mezcla alguna de ingredientes discrecionales (criterios culturales, técnico-empíricos) el Estado conserva íntegra su capacidad superior de juicio frente al ente, no sólo porque tales instrumentos lógicos son aprehensibles en abstracto por todo el que los estudie en la seriedad de un gabinete (y no hay por qué negarle un gabinete tranquilo a un técnico del Estado) sino fundamentalmente porque el Estado acostumbra también su manejo, siendo como es la aplicación correcta de instrumentos de ese mismo tipo —ley y técnica— requisito mínimo de toda buena administración, incluyendo la central. Si se trata de un elemento connatural con la administra-

ción como tal, que el Estado puede conocer y manejar igualmente que el ente autónomo, el Estado debe poder imponerse como ente mayor a cualquier otro ente menor en ese aspecto. Y, una vez aceptada la superioridad administrativa del Estado frente al ente autónomo en cuanto a la pura técnica y estricta legalidad de su gestión, que no exige apreciaciones discrecionales, sólo cabe concluir en que el Estado puede paralizar al ente en aquellos aspectos, después de que éste ha ejercido su autonomía en forma plena. Es decir, después de que éste ha actuado por primera vez.

Puede así formularse un principio general de relación (de supremacía) entre Estado y ente autónomo, que es el siguiente: todo ente autónomo posee fines y poderes propios frente al Estado Central, pero le está subordinado, porque el Estado lo creó por ley y posee un fin general que le permite ejercer una función coordinadora. Esta subordinación significa que el Estado puede disponer de los actos del ente siempre y cuando lo haga invocando razones de técnica y de legalidad puras. Esta potestad dispositiva sobre la actuación descentralizada se da en interés del Estado y aunque nada digan la ley ni la Constitución al respecto. Su existencia emana, en cuanto a esos aspectos, de una razón lógica ínsita en el origen y función de la autonomía y es siempre posible, aunque no esté expresamente impuesta.

Cabe preguntar, de conformidad con ello, si tal subordinación es necesaria y constitucional, de modo que no haya ley que pueda eliminarla, o si es apenas posible y puede ser eliminada por ley.

c) —La tutela administrativa constitucional y de principio.

En relación con la subordinación del ente al Estado, que permite el control de la legalidad, puede decirse sin lugar a duda que es esencial y necesaria en nuestro sistema, y que la ley que la eliminara sería inconstitucional. Por el solo hecho de su origen legal, la institución está sometida a una supremacía especial y tácita del Estado, que exige un mínimo de intervención de éste en su vida y funcionamiento. Ese mínimo está en la potestad de revisar y anular lo actuado por la institución, con base en aquellas razones de tipo legal. Y hay un máximo posible que es la potestad de sustituir la omisión ilegal con el acto regular y debido, si se trata de conducta jurídica; lo mismo que la de sustituir la acción

empírica o ilegal si se trata de una prestación material. Así puede decirse que la autonomía oscila frente a la ley entre dos extremos: los controles impeditivos o represivos (que impiden o destruyen la conducta ilegal del ente) y los controles sustitutivos (que suplen esa conducta y toman la debida en su lugar) ambos de existencia tácita y de principio en nuestro sistema.

La posibilidad de constatar la ilegalidad y de tomar las medidas necesarias para su inmediata eliminación resulta esencial si se acepta, como aquí se ha demostrado que debe hacerse, la subordinación de los entes autónomos a la ley, en iguales condiciones que cualquier otro particular. Es inconstitucional y atenta contra el principio de unidad del Estado, toda ley que permita una autonomía funcional completa y absoluta, con entera y definitiva independencia del ente para decidir y mantener sus decisiones sin intervención alguna posterior de los poderes centrales (concretamente del Poder Ejecutivo). Por eso resultan inconstitucionales la mayoría de nuestras leyes creadoras de instituciones, que, apenas en su primer artículo, acostumbran hacer de esa tesis el fundamento absurdo de su competencia y personalidad.

Las potestades centrales para anular y aprobar o improbar los actos del ente, son de principio y existen aun contra texto expreso de ley. En este aspecto la supremacía especial y de principio del Poder Ejecutivo sobre los entes autónomos puede afirmarse como indiscutible.

Tal tesis no parece igualmente fácil cuando se trata del control sobre el aspecto técnico de la actividad descentralizada. El mismo ya dijimos que puede considerarse parte del aspecto legal básico de la autonomía, siempre que se trate de cuestiones meramente técnicas —aunque sean especializadas— y no de cuestiones de pura decisión administrativa, basadas en cuestiones técnicas. Y hemos afirmado el principio de que también debe ser posible una revisión de las actividades descentralizadas o una anulación de las respectivas deliberaciones, si es demostrable exactamente dentro de un procedimiento de control que han incurrido en una violación grave y perjudicial de las reglas de la técnica. Pero la aplicación de este principio presenta también sus dificultades.

Se trata de lo siguiente: la condición de la especialización en el servicio descentralizado es la técnica, su conocimiento erudito

y detallado, aunque la misma no sea la causa inmediata de la sabiduría administrativa que forma la verdadera especialización. Sin aquella erudición esta especialización no es posible aunque sean muchos los años de experiencia en el servicio. Pero es innegable que el paso de la mera técnica a la verdadera sabiduría administrativa especializada puede ser insensible, así como que una vez dado resultan inseparables los aspectos de alta técnica de la pura valoración profesional del jerarca especializado, que es precisamente el ámbito de la discrecionalidad y la meta de la autonomía. La trama y mutua penetración de lo científico y calculable, con lo probable y apenas estimado, es tan íntima dentro de un servicio público, que controlar la técnica puede resultar lo mismo que dominar también la especialización de la autonomía administrativa. Esto lleva a la doctrina a admitir el control central por motivos de tipo técnico sólo en los límites de la ley expresa que regule su existencia. Y con ello lo contrapone claramente al control de verdadera legalidad, que sí se admite debe existir por principio y fuera de toda disposición de ley. Es decir: el control técnico sobre la actividad descentralizada es posible pero no necesario y sólo en la estricta medida en que lo permite la ley.

Tal tesis parece similar a la ya expuesta por nosotros, sobre el tema de la potestad coordinadora y planificadora del Estado sobre los entes autónomos como conjunto de poder dentro de una comunidad política. Se dijo entonces que tal potestad, dada la titularidad exclusiva y natural que corresponde al Estado para la coordinación y planificación nacionales, parecía lógicamente propia del mismo. Pero que, dada su inevitable incidencia práctica sobre la potestad de gobierno del ente, incluso en aquellos aspectos que más atacan el interés restringido y especializado que es la función propia de este último, tal potestad directiva debe ser rechazada y considerarse como inexistente. Similar tesis, repetimos, se mantiene en cuanto al control por razones técnicas sobre el ente autónomo, pues, se afirma, toda intervención o sustitución de los criterios del jerarca autónomo en materia de ese tipo produce inevitablemente una restricción e impide a menudo la libre formación de decisiones también especializadas y discrecionales, como las ya antes aludidas. La ley expresa que autorice tal tipo de ingerencia resulta siempre necesaria.

Contra la tesis dominante, creemos que debe mantenerse en este caso la regla general, sin exigir una ley expresa para fundar

esta potestad de control. Pues, así como antes con las potestades de aprobar y poner vistos buenos, puede decirse ahora con las de sustituir o hacer cesar la ejecución de una obra obviamente contraria a las reglas de la técnica, conocidas o conocibles por el mero estudio profesional. Tal potestad del Estado sobre los entes autónomos, aun no expresamente regulada, es el mínimo de intervención que debe estimarse concedido para evitar que se dañe ilegalmente el interés público, en virtud de actividades absurdamente opuestas a la técnica o a la ciencia aplicables.

Es preciso admitir que aunque sea el Poder Ejecutivo u otro órgano central sucedáneo el llamado a decidir como ente superior sobre la existencia de tal conducta empírica, siempre debe quedar abierta al ente lesionado por el acto de control la instauración de un contencioso administrativo, que ponga las cosas en su punto definitivo y anule el control técnicamente infundado o arbitrario. Pero, en tanto así no ocurra, es el Poder Ejecutivo el que debe decidir, aun sin base en ley expresa al respecto y aun con riesgo para la autonomía del ente, si el mismo ha actuado bien o mal en los asuntos puramente técnicos de su responsabilidad, o, al menos, en los aspectos técnicos de los asuntos que se le hayan encomendado.

Desde este punto de vista el Estado debe tener, también, otro cúmulo de poderes mínimos que le permitan constatar el empirismo indebido y remediarlo, eliminándolo de inmediato. La contrapartida de las potestades de improbar y de anular, viene a ser, en cuanto a la técnica, la potestad de sustituir o hacer cesar el servicio empírico o inadecuado.

Cabe recordar —a modo de parangón— una idea fundamental sobre las relaciones entre lo discrecional y el procedimiento administrativo, contencioso o voluntario. La discrecionalidad no es un presupuesto de la posibilidad de un control ni de la iniciación de su trámite. El carácter discrecional de un acto no puede determinarse ni a priori ni antes de recibir toda la prueba posible sobre las condiciones y circunstancias de hecho en que se realizó, sino sólo después de agotada esa prueba y definida exactamente la relación entre el acto y la ley. En consecuencia, la determinación de un elemento de un acto como discrecional —que existe siempre con la de otros elementos de ese mismo acto, como reglados— es

motivo para un pronunciamiento de control favorable al acto y no para una declinatoria de competencia que vede la decisión sobre el fondo. El acto discrecional es legal porque aunque no se ajuste a ninguna norma precisa se ajusta a una ley imprecisa, que deja margen para que el agente respectivo sea original e independiente en sus decisiones.

Todo este razonamiento puede aplicarse al concepto de lo técnico como motivo determinante del control sobre el ente autónomo. El hecho de que, como se dijo, el aspecto técnico de la actividad descentralizada vaya involucrado casi siempre con el aspecto especializado y puramente administrativo de la misma, no puede ser un motivo para abstenerse a priori de todo control. Puede ser un motivo, nada más, para fallar favorablemente al ente y mantener su conducta como debida, si después de agotado el procedimiento de control queda demostrado que aquella ha observado cabalmente la técnica y ha sido determinada, además, por criterios empíricos o culturales de decisión, que no son puramente técnicos ni completamente exactos. Entonces el Estado debe mantener la actuación descentralizada porque es técnica y porque en aquello en que no lo es —porque es empírica— la ley permite la discrecionalidad y autoriza ese empirismo fundado sobre la técnica misma.

En este sentido resulta imposible la discriminación previa de los casos en que el Estado debe actuar para controlar la técnica de la gestión descentralizada, con potestades para paralizarla por un indebido empirismo, de aquello en que habrá de permitir su libre desenvolvimiento por ser casos de pura discrecionalidad.

El control sobre la técnica envuelve igual problema que el control sobre la oportunidad, que ya vimos que está prohibido. Sin embargo, lo que está prohibido es fallar sobre cuestiones de oportunidad con criterios de oportunidad, no el determinar si realmente se trata o no de una cuestión de este tipo. Esto convierte al Poder Ejecutivo, como contralor, en juez de la competencia de la entidad autónoma porque es él quien decide si se actúa o no dentro de la pura discrecionalidad, o dentro del campo de lo técnico y vinculado. Pero esto es así dentro del mundo administrativo, fuera del cual el juez puede decidir si el contralor central se ha mantenido o no dentro de su esfera propia —que es la de lo reglado— y anular el acto que al extralimitarse viole el derecho de la institución a funcionar independientemente, en el ejercicio de lo discrecional.

Admitimos no ser ésta la doctrina dominante entre quienes rechazan la concepción monista de la organización pública y adoptan en su lugar la concepción plural, que admite la completa independencia del ente autónomo frente al Estado Central. “Un ente es tanto más autónomo cuanto más distinto sea del Estado” (Vittorio Ottaviano, *Consideraciones sobre los entes públicos instrumentales*, pág. 22).

Creemos que la doctrina actual conduce inevitablemente a esa oscilación por la que se identifica al ente con el Estado o se lo separa totalmente de éste, siempre en perjuicio de uno o de otro. No hay otra forma operante de conciliar la unidad estatal con la existencia de entes autónomos que admitir que, por la doble subordinación necesaria de éstos a aquél, en cuanto al origen y en cuanto a fin, hay también una supremacía del Estado sobre el ente, que se revela y cristaliza en esta doble interferencia sobre la legalidad y la técnica de la actuación descentralizada, a través de algunos poderes mínimos y tácitos de control, constitucionalmente garantizados. Puede la ley ampliar esos modos de intervención y hacer más estrecha y onerosa para el ente su relación con el Estado; pero no puede debilitarla y privar al Estado de ese mínimo arriba descrito, sin lesionar su derecho tácito de supremacía sobre las instituciones autónomas.

Es necesario advertir, al respecto, que en cuanto al ejercicio de esos poderes de intervención y control el Estado debe poder actuar de oficio, aun sin instancia alguna ni recurso de particular o de otro ente lesionado. Pues la necesaria dependencia del Estado frente a la instancia ajena haría que el sujeto o el órgano autor de ésta —y no el Estado mismo— fuesen los jueces de la técnica o la legalidad de la actuación descentralizada. Y como el motivo básico de la intervención estatal es el interés del Estado, en la aplicación de la ley y la técnica como instrumentos de administración, es lógico que sea el Estado como tal y no ningún otro centro el que decida si debe actuar y cuándo, o dejar que las cosas sigan su curso.

d) —La tutela tácita y la autonomía administrativa

No parece operar contra esta tesis de la supremacía tácita del Poder Ejecutivo sobre el ente autónomo la razón de que así

se pone en peligro la autonomía. Las razones que se han dado son todas lógicas y no existe una contradicción insalvable entre ese contralor y la discrecionalidad de la Institución, en conexión con principios técnicos.

Todo contribuye a perfilar la necesidad de un control oficioso y continuo del Estado sobre el ente autónomo en estos aspectos técnicos de su actividad, motivado por el interés de la Administración en lograr que el ente administre bien.

Es ya sabido que aun en los casos en que la Administración aplica e interpreta la norma lo hace para lograr el fin material que persigue, que siempre es diverso del de mantener la eficacia de la ley y que puede ser múltiple, a diferencia de lo que ocurre cuando actúa el Poder Judicial.

La razón de que la Administración deba aplicar la ley está en la jerarquía de las fuentes y en la de la Asamblea Legislativa, como Poder superior a aquélla. Pero, aparte de esta razón de organización pública, está también la necesidad funcional de que la Administración tenga un orden de trabajo, que limite y relacione todos sus órganos y sus actividades, y ese orden único —en cuanto no puede ser derogado, cuando existe— es el cristalizado en la ley. De este modo, aun si la Administración actúa externamente en recurso jerárquico o agota la vía administrativa, y se limita a declarar la ley en un caso concreto, el móvil de tal juicio es la eficacia de la administración y no la eficacia de la ley misma, y su resultado una resolución que sirve —como la recurrida— para satisfacer directamente una necesidad de la Administración. Esta se halla obligada a obedecer la ley como cualquier sujeto del orden jurídico, pero la ley frente a la Administración cumple además la misión de guía interno, que impone un fin y establece —precisa o imprecisamente— cómo conseguirlo. De aquí su decisiva importancia dentro del derecho público.

El control en la aplicación de la ley cumple también un fin propio y específico, enteramente distinto del que cumple el acto controlado y la sentencia judicial. De lo que se trata es de realizar otra actividad administrativa, el control, cuyo fin específico es lograr que la Administración cumpla los criterios fundamentales para conseguir sus fines, que son los sentados por el más importante órgano central, la Asamblea. Las leyes, desde este punto de

vista, no son ya leyes, sino instrumentos de ciertas formas pre-visibles de gestión, que el Estado estima como muy importantes, aunque no infalibles.

El control es, entonces, otro medio más para someter la institución al Estado o para impedir que se desvíe de los mandatos de éste que aseguran un mínimo de eficacia en la gestión y de coincidencia entre los criterios de los dos jefes, el central y el descentralizado.

La consecuencia de todo esto es que el control es de ejercicio discrecional, de modo que puede haber una actividad ilegal no controlada ni paralizada porque así convenga por razones de oportunidad administrativa; y que el motivo de ese ejercicio no tiene que ser una instancia del perjudicado con la actividad controlada, sino una iniciativa propia del Estado mismo, en defensa de lo que considera su propio interés. Por igual razón, el acto de control puede ser revocado aun después de emitido y el procedimiento de control suspendido o terminado aún antes de haberse agotado todas sus naturales y necesarias etapas de perfeccionamiento.

En esencia se trata de un instrumento ágil de verificación de la conformidad del ente menor con la voluntad del Estado en lo que toca al fin general que éste persigue por medio de la actividad de aquél, mucho más que de una verificación de la conformidad con la ley.

Todo esto es igualmente sostenible cuando se trata de verificar la técnica de la administración descentralizada, porque ya vimos que la misma es tan vinculante y verificable como la ley misma, en virtud de una tácita pero indiscutible incorporación a ésta. La ley no permite, ya se dijo, actuar empíricamente cuando es necesario actuar técnicamente.

Es preciso revelar que todas estas notas del control como instrumento de tutela administrativa —ejercicio discrecional, iniciativa de oficio, posibilidad de suspensión o terminación sin juicio de fondo, revocabilidad del acto de control ya emitido— son nada más una consecuencia del fundamento de esa potestad, que está en una necesidad del Estado como administrador, y no del Estado como legislador. Es decir, en el hecho de que frente al control la ley no es la ley sino un instrumento de la Administración, para

finés múltiples de ésta. El control se ejerce no siempre que haya una ilegalidad, sino siempre que esa ilegalidad resulte dañina e inconveniente para el Estado o la comunidad, a juicio del Estado.

En cuanto el control es un medio para someter al ente menor a los criterios del Estado sobre lo que debe ser su gestión, el control también abarca zonas obviamente ubicadas fuera de la acción judicial, cuando menos en lo tocante a la protección de los derechos individuales. Para que haya un juicio administrativo se requiere un interés o un derecho (en Costa Rica, concretamente, un derecho) lesionados, y no meramente la violación de una ley. Es posible que existan normas de cuya aplicación no provenga lesión a intereses ni derechos privados frente al ente autónomo, y en cuya aplicación, consecuentemente, no tenga intervención ninguna un sujeto determinado con una pretensión propia. El caso, por ejemplo, de las llamadas normas de acción que imponen al Estado o al ente una obligación frente a la comunidad de llevar a cabo una obra y no otorgar a nadie el derecho para exigirla ni aún siquiera para pretender que se lleve a cabo efectivamente. O las que imponen obligaciones indivisibles frente a la comunidad como un todo, como por ejemplo, la prestación del servicio de alumbrado público o de cuidado y conservación de parques. En general la administración militar y de seguridad es una obligación de este tipo, porque nadie está particularmente autorizado por título exclusivo para exigir el buen funcionamiento del ejército o la policía. Finalmente, existen las normas internas de organización, que son también normas de observancia exigible en cuanto provengan del orden jurídico general del Estado y no del orden organizatorio interno de cada ente. No hay particular que pueda exigir la aplicación de tales reglas, pero sí hay un obvio interés del Estado en lograrla como un medio para un ordenado y eficiente desarrollo del servicio descentralizado, en su propio interés. Este interés es propio, se repite, en cuanto el del Estado comprende el del ente menor, no como interés especializado sino como conexo y coordinado con todos los otros de la total administración nacional.

Es, pues, necesario un instrumentos para la protección a la eficacia de la ley como medio de administración y no como norma, que será enteramente diverso, por eso mismo, de la jurisdicción, que sólo tiende a proteger la eficacia de la ley. Resulta absurdo reducir la tutela administrativa al ejercicio de un poder jurisdic-

cional para conocer los recursos interpuestos contra la ilegalidad o el empirismo administrativos, por todas las razones expuestas.

e)—La tutela jurisdiccional y el contralor administrativo

Asumimos así partido definido ante las que fueron y no son las dos grandes posiciones ante la tutela administrativa. La que se da a través de recursos y actos jurisdiccionales —por el efecto y el procedimiento— y la que se da a través de intervenciones oficiosas del Estado sobre el ente autónomo. Claramente creemos que en Costa Rica este último sistema, siendo necesario alguno, es el tácitamente autorizado por nuestra Constitución, en razón de ser el único utilizable.

Para traer un ejemplo interesante de lo que es o fue la tesis opuesta a la de este estudio conviene extraer algunas citas del viejo pero todavía utilísimo estudio de Demichelli sobre **Los Entes Autónomos**.

Ha dicho Demichelli:

“El Administrador —que siempre ejerce sus prerrogativas discrecionalmente— es un ser activo, dotado de autodinamismo, que no necesita solicitudes externas para poner en movimiento su autoridad. El Juez es un ser positivo, inerte, sin impulso propio, cuya autoridad es preciso provocar para que se ponga en movimiento...” Es distinta también, en su esencia, la autoridad del Administrador de la autoridad del Juez. El juzga cuando alguien le pide justicia. El Administrador, por la naturaleza misma de su autoridad, tiene facultades discrecionales, poderes explícitos e implícitos que le imprimen un fuerte carácter autoritario. El Juez tiene sólo poderes explícitos, según la ley, como reconocimiento de “lo mío de cada cual”. Por último el Administrador una vez que interviene puede detenerse libremente; sus actos, en efecto, son esencialmente revocables. El Juez, una vez solicitado no puede detenerse; tiene que fallar y su sentencia está destinada a hacer cosa juzgada... Por tanto, organizar una tutela jurisdiccional es desvanecer la autonomía; confiarle la tutela a un Juez, en cambio, es permitir su amplio y eficaz desarrollo en forma armónica con el propio principio autonómico” (Ob. cit., págs. 120-121).

Posteriormente Demichelli ha reafirmado, casi con iguales palabras, su fe en la tutela de forma y efecto jurisdiccional para

contener y legalizar la actividad administrativa descentralizada. En la que creemos su última obra, **El Poder Ejecutivo**, ha vuelto a decir:

“La autonomía de un ente público y la tutela del Ejecutivo, obran a la manera de los vasos comunicantes. La autonomía existe en función de la tutela, y llega al nivel que ésta lo permite. El alcance de la autonomía se puede medir por el alcance de la tutela. Si ésta fuera discrecional, terminaría prácticamente con aquélla. El método **jurisdiccional**, en cambio, la resguarda y protege” (Ob. cit., pág. 131).

Discrepamos absolutamente de tal planteo del problema. La tutela no intenta proteger al ente sino al Estado, porque intenta obtener la subordinación legal o administrativa de aquél a éste, como institución mayor y más comprensiva dentro del ordenamiento. La autonomía queda salvaguardada con que se permita al ente actuar inicialmente sin control ni intervención preventivos de ninguna especie, en pleno uso de su especialización y de los poderes que implica.

Una vez realizada esta actuación inicial del ente es no sólo imposible sino necesario que el Estado pueda impedir que viole aquello que el Estado mismo ha creado —conjuntamente con la autonomía— para ordenarla y coordinarla con todas las otras administraciones y necesidades públicas del país: la técnica y la ley, condiciones básicas de toda buena administración pública. Tal necesidad institucional de sumisión del ente menor al Estado es tan importante que el Estado no puede depender —ni debe— de ningún particular ni sujeto extraño para iniciar el control que permita enmarcar la actividad descentralizada dentro de aquellas reglas. El Estado, movido por interés propio y superior al del ente, debe poder impedir siempre y en todo caso que éste viole la ley o la técnica con sus actuaciones o resoluciones. Y debe poder hacerlo con tal agilidad y flexibilidad de criterio que pueda hacerlo a libre discreción, aun si hay una ilegalidad o empirismo evidentes, cuando a su juicio no amerite actuar. En contrapartida, el Estado debe poder vigilar como autoridad la actuación del ente autónomo y también usar de los que llama Demichelli poderes implícitos siempre que sean necesarios para frenar su arbitrariedad o empirismo. Aunque la Constitución no lo diga, por el solo hecho de

ser entes públicos menores, las instituciones autónomas están supe-
ditadas a los poderes de aprobación o improbación del Estado por
razones de pura legalidad o técnica, y a los de anulación, suspensión
o revocación de sus actos, por iguales razones, cuando ya han sido
llevados a ejecución.

El ente debe actuar y el Estado debe tener la posibilidad de impedir que actúe contra la ley o la técnica, mediante la improbación, suspensión, anulación o revocación de sus actos irregulares en esos dos aspectos: tal es el principio que debe regir una sana y eficiente autonomía. Ni separación ni unidad total. articulación a través de una tutela mínima y tácita, de origen constitucional, entre Estado e institución descentralizada.

Con esto se eliminan aquellos planteos duales y radicales: el que identifica al ente con el Estado; o el de Demichelli que lo escinde radicalmente de éste y lleva a la concepción ya combatida, de una tutela administrativa de tipo jurisdiccional, sólo admisible a instancia de parte y a texto expreso de ley.

Es ésta, en efecto, la última y contradictoria conclusión de quienes sostienen, extremando la autonomía, que la misma sólo es compatible con la tutela jurisdiccional y no con la administrativa. Pues, en efecto, resulta inconcebible una función jurisdiccional, con efecto de cosa juzgada, si no hay ley que expresamente la regule y la otorgue. Aún suponiendo la cosa juzgada como efecto único de tal control de tipo jurisdiccional propugnado por una parte de la doctrina, siempre resultaría excepcional en un acto administrativo e incidente sobre el equilibrio distribuido que produce la división de poderes, en términos tales que ameritaría disposición constitucional expresa que así lo hiciera posible, permitiéndolo. Para que un acto de control, emanado del Poder Ejecutivo, resulte cubierto con la virtud de la cosa juzgada es preciso que la Constitución así expresamente lo disponga, hipótesis que no es la de Costa Rica. Y para que, también, la tutela administrativa discrecional resulte susceptible de ejercicio sólo con los procedimientos judiciales, a exclusiva instancia de parte lesionada y con las solemnidades estrictas de bilateralidad y, sobre todo, de poder dispositivo de la parte sobre el procedimiento, típicas de aquella forma de remedio legal, es igualmente indispensable una disposición constitucional, que coarte al Poder Ejecutivo el ejercicio

libre de una poestad de vigilancia e intervención, que es consecuencia lógica del origen legal del ente menor y de la supremacía natural del ente mayor, el Estado.

f) El carácter tácito de la tutela administrativa

Estamos absolutamente de acuerdo con el tratadista Demichelli en que un régimen tutelar como el uruguayo descrito en su famosa monografía (régimen tutelar ampliamente superado por otro de tipo mixto en su propio país) requiere de una expresa consagración constitucional, sin la cual el mismo resultaría lesivo de la autonomía. Pero discrepamos si este principio quiere llevarse también a la tutela administrativa propiamente tal y a exigir disposición expresa —de ley o de Constitución— para la existencia de las mencionadas potestades de aprobación e improbación, anulación, revocación, suspensión y sustitución de los actos del ente.

“Para los entes autónomos, en efecto, la capacidad es la regla: la tutela o el contralor por el Estado es la excepción. Surge esto, en primer lugar, de la autonomía de estos organismos, y, en segundo lugar, de la enumeración taxativa de materias contenidas en el artículo 100 al consagrar los derechos del Consejo Nacional sobre los consejos especiales. Para restringir la capacidad o la libertad de estos institutos, precisanse textos expresos que autoricen esa restricción. El ente autónomo puede ejecutar libremente todo aquello que no le prohíbe la ley constitucional, o la ley ordinaria o reglamentaria de los preceptos condicionados del artículo 100; y tan sólo debe abstenerse de hacer aquello que la ley prohíbe por modo expreso. Por otra parte, el silencio de la ley es forzoso interpretarlo siempre en pro de la autonomía (Ob. cit., pág. 85 y 186). “Como ya lo hemos afirmado, el contralor tutelar tan sólo existe cuando algún texto lo impone expresamente; la regla, en silencio de la ley, es la autonomía de la persona moral” (Ob. cit., pág. 91).

Es la equiparación de la autonomía privada a la pública, como si fuesen especies de un mismo género de libertad. Pero el propio Demichelli —en quien nos detenemos tanto por el mágico prestigio que ejerce en nuestro medio la invocación de su monografía— advierte que hay una radical diferencia cuantitativa y no sólo gradual, entre libertad privada y autonomía administrativa.

Esta diferencia ha sido afinada por la doctrina posterior y hoy es dato casi indiscutido del derecho público. Todo el fundamento de la radical diferencia que separa ambos tipos de libertad, es el siguiente: el particular es un fin en sí mismo, dentro de un sistema democrático liberal como el nuestro, en tanto que la institución autónoma, como el Estado todo dentro de ese mismo sistema, no es otra cosa que medio al servicio del hombre. Significa ello que la libertad del individuo —como expresión de ese supremo valor del liberalismo político, que es la personalidad humana— debe reputarse ilimitada, mientras no esté expresa y razonablemente limitada, en tanto que el poder de la institución debe reputarse como intrínsecamente limitado por el fin de servicio público que persigue, y no sólo desde afuera por la demarcación de lo que le está prohibido sino desde adentro por la regulación de su existencia toda y de la preparación, constitución y ejecución del acto administrativo o de la prestación pública en cuestión. La ley no es el límite del ente público o de sus actos sino que es el origen y sustancia de éstos. Aún si hay poder discrecional el mismo es siempre una posibilidad para un fin regulado por ley, dentro de otros ciertos requisitos ya especificados en este trabajo, que delimitan y determinan positivamente el contenido y la función del acto o del servicio en cuestión.

La discrecionalidad, además, es un carácter puntual y no pleno de lo administrativo y por serlo no es algo radicalmente contrapuesto a la legalidad, sino una forma atenuada de ésta, que relaja la vinculación. De aquella fundamental orientación de poderes —la autonomía pública y la privada— nace el que ésta última sea propiamente una forma de libertad, en cuanto es un medio al servicio de un fin propio y creado por el que lo persigue; mientras la primera —la autonomía administrativa— no es otra cosa que una potestad puesta al servicio de un fin impuesto por la ley y no por el ente a sí mismo, en condiciones también reguladas por la ley y no, fundamentalmente, por el ente. Administración discrecional o diferencia de libertad privada, es la actividad sometida a la ley, excepto en aquello en que la misma ley le permite ser libre. Por eso la institución autónoma, al revés de lo afirmado en la cita que antecede, no es libre sino para aquello en que está facultada para serlo, e incompetente en todo aquello en que no lo está.

Si, pues, la vinculación existe aún bajo la apariencia de la discrecionalidad, resulta necesaria la admisión de un control que la actualice aún contra la voluntad del ente, cuando éste haga su propia ley so pretexto de aplicarla. Para evitarlo procede un control de tipo tácito y constitucional, como el que en estas líneas propugnamos.

La interpretación última del viejo artículo 100 de la Constitución uruguaya de 1918, arriba citada, puede considerarse como una exégesis ceñida a un texto positivo, en cuyo caso carecería de toda importancia. Pero excede de tal exégesis y aborda un problema mucho más grave y general, la fundamentación que se da a la misma.

Parece entrar en contradicción todo el que afirma el carácter connatural de la tutela administrativa y la autonomía, hasta el punto de afirmar que “partiendo de una idea romántica como lo es la de la libertad, y restando de ella todas las restricciones de derecho impuestas a la libre actividad de los entes, obtendremos, como síntesis, la autonomía” (Ob. cit., pág. 63); y hace afirmaciones, por otro lado, como las citadas más arriba sin ninguna explicación que produzca la armonía entre unas y otras.

Si la tutela administrativa es esencial no puede depender de la ley para su existencia y existe, aunque sea en un mínimo razonable, aunque no haya ley que la consagre. Y si, por otra parte, falta la tutela siendo esencial —como dice Demichelli que es y lo aceptamos nosotros— faltaría también la autonomía y nacería en su lugar una especie de Estado Federal por especializaciones materiales, no por zonas espaciales. Sería una desmembración material de la soberanía, que obviamente requeriría expresa previsión y sobre todo expresa limitación constitucional.

La tesis de Demichelli es peor que la monista, porque ésta protege al Estado que es superior, y aquélla a la autonomía, que es lo mismo que sacrificar al que vale más por el que vale menos. Entre el Estado y su unidad, y el ente y su feudal señorío —aunque sólo sea administrativo— nos quedamos mil veces con el Estado.

Hoy la tesis de Demichelli ha sido ampliamente superada en su propio sistema. Basta leer al respecto el magnífico tratado de Sayagués Laso (tomo 11, pág. 208, *Tratado de Derecho Administrativo*) para conocer el nuevo contralor tutelar instaurado en

aquel orden, fundamentalmente basado en una intervención discrecional y oficiosa del Poder Ejecutivo sobre la vida del ente autónomo, que puede conducir a una final decisión del Senado uruguayo, siempre con carácter de una decisión administrativa y no jurisdiccional. El contralor ha llegado a extremarse en Uruguay hasta el punto —lógico por otra parte— de incidir no sólo sobre la legalidad y la técnica de la administración descentralizada, sino también sobre la pura oportunidad y conveniencia de la misma. Ahí esta posibilidad se ha realizado porque hay norma constitucional que expresamente la permite; aquí tal solución tendría que acudir a igual medio constitucional para ser operante. Pero resulta claro, de la obra citada, que después de “Los Entes Autónomos”, han ocurrido múltiples reformas en Uruguay —nuestro ancestro y linaje en descentralizaciones— y que las mismas han logrado acordar la realidad legislativa uruguaya a las necesidades de un Estado moderno, asediado por la fuerza centrífuga de grupos inmensos de presión, que muchas veces nacen llamándose autonomía.

El Estado moderno está en crisis: el comunismo lo ha minado en lo internacional, suplantando la nacionalidad con la clase y el deber político con la convicción de partido; y el sindicalismo —dondequiera que es tal— lo ha disgregado en lo interno suplantando los partidos con los sindicatos. Antes el deshacimiento de una institución que tan ilustre pasado tuvo, y tan menguado presente tiene, el hombre de hoy —como lo ha dicho Balladore Pallieri— se pregunta a solas por la nueva forma de organización pública que habrá de sustituir aventuradamente esta sola que conoce y que ya no respeta: si la federación de las naciones, si la colaboración de servicios especializados, o la universal comunista. Y el hombre de hoy sólo puede responderse tímidamente a sí mismo que a ese Estado que desaparece —atacado desde dentro y desde fuera— nada sino la anarquía lo va a sustituir. La descentralización ha hecho crisis y ha aumentado con la suya la crisis del Estado. Con el sindicalismo moderno, ha sido el principal agente de fractura en su unidad política y sólo en los pueblos que a tiempo han sabido enervar esas dos fuerzas de desmembración no han podido las mismas insembrar su virtud de incertidumbre económica y política. No estamos contra una ni contra otra, pero preferimos su control necesario por el único poder que todavía puede controlarlos, el Estado. Creemos en la necesidad de esta

evolución desintegrante, pero creemos igualmente que no puede favorecerse como debida mientras el Estado siga siendo —como es— la única forma eficiente y probada de dirección y coordinación dentro de una comunidad nacional.

Nuestra tesis, que afirma la existencia de una tutela administrativa tácita, constitucional y de principio, cuyo contenido mínimo lo forman los poderes indispensables para declarar y eliminar la ilegalidad y el empirismo infundados de la actividad descentralizada, no se basa, sin embargo, en esta preferencia estimativa y política por el Estado y su fortalecimiento en la presente crisis de autoridad. Se funda en la aplicación del principio de unidad a los entes autónomos, en cuanto su origen está en la Asamblea Legislativa y su fin depende del Estado mismo, que lo ha reconocido y debe continuar manteniéndolo dentro de los límites legales y técnicos precisos que son la condición mínima para que ese reconocimiento se renueve en forma continua frente a su funcionamiento.

El rechazo de esta tesis sólo puede conducir a las contradicciones y extremismos ya apuntados, o a la anarquía de un ente nominalmente sometido a la ley que estaría facultado para crearla, bajo pretexto de su aplicación. Aun si en este caso restara el recurso a lo jurisdiccional y judicial, para resolver el conflicto entre la Administración Central y la descentralización, quedaría siempre fuera de todo control y límite la aplicación de ciertas zonas de derecho como las relativas a la organización interna del ente, y se perderían las ventajas del sistema de control típicamente administrativo, ya apuntadas en contraste con las propias del sistema judicial. Se trataría, en todo caso, de una forma de tutela que, además de ser ineficaz para el fin que persigue, por su misma naturaleza, es inexistente en los países como el nuestro en que no hay un contencioso administrativo de anulación sino uno de plena jurisdicción, donde para establecer el respectivo juicio hay que tener un derecho administrativo o de otro tipo, violado por la actuación del ente autónomo. En esta situación el Poder Ejecutivo carece de todo derecho a la actuación legal de la institución autónoma, porque no hay norma alguna que proponga esa actuación para su beneficio exclusivo y divisible, con potestad de acción para exigirla, que son los signos del derecho subjetivo. Si no hay normas que expresamente prevean el control del Poder Ejecutivo sobre el ente autónomo, para impugnar sus actos ilegales o técnicamente

defectuosos, el Poder Ejecutivo carece de todo derecho a la legalidad de las gestiones descentralizadas y del derecho a recurrir contra éstas por la vía del contencioso administrativo. Ese derecho sólo nace con el establecimiento de potestades de control y sólo en la hipótesis de que el ente paralizado persista en ejecutar sus decisiones improbadas. Puede el Ejecutivo, entonces, atacar la validez y licitud de las actuaciones improbadas por ejecutarse en defecto de un requisito legal indispensable con ese fin, que es la existencia de un control positivo que las autorice. Pero tal posibilidad desaparece si la potestad de control no existe, salvo si —como es nuestra tesis— se admite su existencia tácita y constitucional.

La existencia de entes libres e incontrolados por principio, salvo excepción expresa en contrario de la Constitución o de la ley, es un peligro de fragmentación y feudalismo institucionales inconcebibles en un Estado moderno, cuando ya es clara la existencia del Estado por encima de toda clase de feudalismos. Para corroborarlo no nos queda sino citar nuevamente a Demichelli, que con lucidez y precisión, pero en contradicción con sus otras afirmaciones, también ha mantenido ocasionalmente igual tesis que la nuestra:

“La existencia de un derecho subjetivo a favor de una persona administrativa, implica un grave peligro para la unidad orgánica del Estado. Los seres morales son órganos de la Administración Pública, personalidades oficiales integrantes de ese conglomerado jurídico que se llama Estado. El Estado, a su vez, se caracteriza por su unidad orgánica: el Estado es uno e indivisible. Entidades absolutamente libres funcionando dentro de la administración étática, entrañarían la ruptura de esa unidad y la divisibilidad del Estado mismo”. De aquí que, en la organización pública, todos los órganos del Estado se encuentren unidos por ciertos enlaces más o menos estrechos. Los entes autónomos, a pesar de su relativa libertad no escapan a esta regla, por cuya causa se encuentran sujetos a cierto grado de vigilancia y contralor especial confiado a los órganos superiores del Estado. Este contralor especial se conoce con el nombre de tutela administrativa” (Ob. cit., pág. 89).

Mejor ni más preciso no puede decirse: la tutela administrativa es el contralor necesario —y por eso mismo tácito y esencial— para impedir que la existencia de entes autónomos rompan

la unidad e indivisibilidad del Estado. Sin Estado no hay descentralización, pero sin tutela habría una descentralización sin Estado. Para que haya descentralización se requiere ineludible e inexorablemente el que haya una tutela de contenido constitucional necesario e invariable, por encima de la misma ley. La tutela administrativa tácita, esencial y constitucional que hace posible la autonomía es aquélla que permite actuar libremente al ente y, al tiempo, le impide actuar ilegalmente, contra la técnica o la ley. En Costa Rica esa tutela existe y, tarde o temprano, tomará vida en la misma ley que ahora la niega o la lesiona, cuando habla de la absoluta autonomía del ente en materia de gobierno y administración. Para que haya autonomía tiene que haber coexistencia con el Estado y éste sólo puede convivir afirmando su innata e inevitable superioridad. La tutela es la superioridad del Estado que salva la autonomía, porque tiene por fin público el suplir las parcialidades y limitaciones de orientación que ésta pueda padecer, frente a la ley o al interés público; por eso se llama tutela y evoca algo de paternidad efusiva y activa. Por eso, negar la tutela es no sólo debilitar al Estado que así pierde un miembro poderoso de su existencia, sino también estimular el deshacimiento de la autonomía y provocar conflictos de coexistencia entre entes menores incapaces por sí mismos para abarcar todo el panorama de la vida pública nacional. Y por esto, también, afirmar esta tutela como aquí lo hacemos, es dar vida al ente en el único origen del que puede tomarla, que es la paternidad del Estado y de su autoridad suprema. Podrá negarse y discutirse el máximo de esa autoridad, pero no su mínimo indispensable: improbar, anular, revocar, suspender o sustituir los actos de la institución por motivos de legalidad y técnica puras.

h)—Los actos de tutela administrativa

h-1) Aprobación e improbación

No creemos que requiera minuciosa explicación ninguna de las potestades mencionadas, coincidentes con el mínimo de control actuable por el Estado frente a las instituciones autónomas. Se ha explicado ya la naturaleza de la aprobación y de la improbación, como juicio que condiciona un efecto habilitante o impediendo de las consecuencias jurídicas del acto controlado.

Se trata, más claro, de un control que incluye sólo una primera etapa consistente en la declaración de regularidad o irregularidad del acto frente a la norma aplicable, y que no contiene orden, prohibición ni medida volitiva alguna que esté dirigida a producir por sí misma aquél especial efecto sobre la eficacia del acto. Es la ley, se dijo, la que lo produce y para ello considera y adopta el acto de control como hecho jurídico con aquél resultado, sin atender intención alguna de su agente. De aquí, también, la radical diferencia entre aprobación y acto último de adhesión en la hipótesis, usualmente confundida, del acto complejo.

No obstante que creemos claras y ciertas las afirmaciones hechas en relación con la naturaleza y efecto de la aprobación nos parece oportuno reafirmarlas, en frente de tesis opuestas —algunas de ilustre origen— que configuran la aprobación o, sobre todo, la improbación, como formas de control que encapsulan una potestad de mando, que permitiría al contralor comandar al controlado, determinando la forma y contenido de sus actos. Nada menos que Ugo Forti, el viejo y prestigiado maestro de la Universidad de Nápoles, lo mantiene así:

“La orden o la prohibición contenidas en una providencia de tal tipo (se refiere a la improbación) son menos obvias, porque no sólo tienen carácter ejecutorio sino que contienen incluso un elemento coactivo, que es la ejecución por sí, verdadera y propia (de lo que las mismas disponen). Esto no quiere decir que falte la declaración obligatoria para el ente público, en el sentido de que el mismo debe proceder a ejecución de un determinado comportamiento. Es que hay, en la providencia misma, también la corrección del comportamiento disconforme con el principio. Los dos momentos son tales que no se pueden confundir desde el punto de vista lógico; y de la distinción resulta que el segundo (la corrección en la que se concreta toda la influencia posible del control sobre el acto) no sólo no excluye sino que necesariamente presupone el primero (esto es, la declaración obligatoria para el ente de su obligación positiva o negativa en el caso concreto). Por lo cual, para concluir, es siempre cierto que estos controles se dirigen a la persona directamente, como lo afirma Mayer; y por otra parte, no se entendería el sentido concreto de este innegable principio, si no se admitiese simultáneamente también que se formulan bajo la forma de orden o prohibición, o en general, de

declaración de un principio obligatorio para el ente” (citado por Luigi Galatteria, *Teoría jurídica de las órdenes administrativas*, pág. 49).

Esta tesis tiene su origen, como se desprende de la cita, en Otto Mayer quien la expone al hilo de lo que él llama el poder de vigilancia (surveillance) del Estado sobre los entes. Pero el mismo Mayer (*El Derecho Administrativo Alemán*, tomo IV, pág. 311, trad. francesa) advierte bien que lo que, en el caso, se llama “orden por derecho de vigilancia” no es en realidad tal sino una mera declaración, especie de formulación de un juicio o de una valoración, sin mezcla alguna de una voluntad dirigida a modificar la conducta del ente y a determinar, vinculándolo, lo que éste haga en el curso de su administración.

Dice Otto Mayer:

“Lo que uno llamaría una orden dirigida al “cuerpo de administración” autónomo en virtud de una potestad de vigilancia, es, en realidad, la declaración de que dicho cuerpo está obligado a hacer alguna cosa o, de expedir alguna otra, quiere decirse: una constatación de su deber...”

Se trata, por lo menos en el caso de la aprobación o la improbación, de una constatación o representación lógica de un deber considerado como objeto de estudio y prueba en el caso concreto; exactamente como puede constatarse o tenerse por existente otro hecho —no lógico jurídico, sino físico causal— mediante una certificación o un dictamen pericial sobre su existencia. Es decir, se trata —en el caso de las órdenes o prohibiciones de hacer o no hacer, que se pretenden ocultas bajo la forma del control negativo por improbación del acto— de un juicio y no de un acto de voluntad, que no va dirigido a ningún sujeto, ni siquiera al controlado, ni pretende determinar jurídicamente su conducta. Se trata de un evento que está jurídicamente regulado como condición para que se consolide una conducta anterior en virtud de un poder propio, independiente de la misma aprobación. Esta —lo mismo que la improbación— no crean situaciones jurídicas subjetivas, derechos u obligaciones, sino que hacen posible o imposibilitan que otros actos anteriores los creen, y pueden estimarse, por ello, como creadores de situaciones jurídicas objetivas, según antes quedaron definidas: la posibilidad de ejercer o no ejercer una situación jurí-

dica subjetiva —derecho u obligación— en virtud de un hecho anterior cuya función es preparar la aparición de ese ejercicio bajo la forma de una condición indispensable para el mismo.

Concluimos por todo ello, y pese a la autoridad de Forti, en negar el carácter negocial o dependiente de la voluntad creadora del contralor, de las aprobaciones o las improbaciones. Estas sólo contienen un juicio sobre la regularidad del acto en relación con un canon, que en Costa Rica sólo puede ser legal y no de mera oportunidad; y, una vez expresado ese juicio, se produce automáticamente y con entera independencia de la voluntad del órgano el efecto conectado por la ley a dicho acto, no como tal sino como hecho jurídico, consistente en mera declaración de juicio o de conocimiento sobre la ley. Efecto que es el posibilitar o impedir la eficacia y la ejecución regular del acto aprobado o improbad.

h-2) Potestades de control represivo

Las otras potestades de control mencionadas, todas llamadas sucesivas y represivas, porque se ejercen después de un acto que es ya eficaz y que está siendo ejecutado, presentan la diferencia frente a la aprobación o improbación de ser poderes compuestos por dos posibilidades legales, la de pronunciarse sobre la legalidad del acto y la de suprimirlo, si se concluye en que es irregular. Es decir, la potestad de juicio infartada en la de aprobar o improbar —que ya se describió— y, además, la potestad de adoptar la resolución dirigida a producir el efecto voluntario y deliberado de impedir que continúe siendo ejecutado el acto violatorio e ilegal.

No se trata aquí de un simple juicio al que la ley adscribe un efecto fuera de todo elemento voluntario —como en el caso ya arriba mencionado— sino de una verdadera manifestación de voluntad que tiene la consecuencia propia y autónoma de impedir que el acto ilegal sea llevado a cabo. No se requiere de una orden del órgano central contralor, dirigida al ente autónomo, para que éste suprima el acto o suspenda su efecto, sino que el control causa tal resultado impeditivo directamente por sí mismo, y abandona al ente autónomo únicamente la facultad —que de todos modos conserva, como mejor se verá después— de retomar de nuevo la necesidad pública en juego y volver a emitir el acto sustituto del anulado, revocado o suspendido. No hay, en ningún caso, órdenes del contralor al ente autónomo, ni menos aún susti-

tución de éste por aquél. La institución conserva siempre su plena autonomía de actuación, y su completa desvinculación frente a órdenes o interferencias activas del contralor. Ya se vio, en efecto, que las órdenes (aun las fundadas en razones de ley o de técnicas) y las sustituciones resultan necesariamente contrarias a la autonomía.

El ente autónomo, por el solo hecho de serlo, tiene libertad y responsabilidad propias para decidir sus asuntos por vez primera y en ningún caso, salvo excepción constitucional expresa en contrario, puede el contralor sustituir su conducta. La sustitución de la conducta que lleva no sólo a eliminar lo indebido sino también a adoptar la conducta regular y oportuna en su lugar, implica una decisión completa, incluyendo la determinación de elementos discrecionales que está vedada al contralor, por tratarse de un campo en que es soberano el ente autónomo. El ente, una vez manifestada su voluntad o conducta, pierde toda titularidad en cuanto a su aspecto legal, que puede ser revisado. Pero conserva su potestad para proveer de nuevo sobre la misma materia, en uso de potestad igual a la inicialmente ejercida y, sobre esta base, conserva la disponibilidad del acto irregular y sus efectos, de modo que sólo él y nadie más que él puede adoptar otro en su lugar. Actuar en lugar del ente, reformando o dictando nuevamente el acto debido con el fin de que se trata, sería privar a aquél de la posibilidad de ejercer su competencia al respecto y, si tal potestad de sustitución está legalmente consagrada, sería también violar esa competencia de origen constitucional.

De estas potestades de tipo represivo la de anular es la principal.

La anulación es la extinción de un acto por vicios originales de legalidad o de oportunidad. Cuando el órgano retira un acto sin apoyarse en motivos supervinientes e invocando razones de oportunidad, significa que si se hubiesen considerado bien las circunstancias de su emisión el acto no se hubiese dictado por inconveniente o inoportuno. Se habría considerado el acto, quiere decirse, como carente del mínimo de oportunidad exigido por la ley para la emisión del mismo, desde el punto de vista del interés público en juego. En consecuencia, cuando se retira un acto por un vicio original de oportunidad, se tutela en realidad la aplicación de la ley que exige ese mínimo y que prohíbe emanar el acto sin su presencia. El retiro por inoportunidad original es una anulación.

La revocación, por contraste, es el retiro del acto por razones supervinientes de legalidad. La revocación por motivos de oportunidad ya vimos que está prohibida, en tanto que es un control de ese mismo tipo. De ese modo, la revocación a que aludimos anteriormente, como forma de control sobre el ente autónomo, se funda en lo que la doctrina acostumbra llamar también decaimiento del acto que ocurre, según palabra de Sayagués, cuando los actos administrativos pierden su eficacia jurídica “independientemente de la voluntad de la administración, por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o derecho indispensable para su existencia”. El decaimiento es la situación jurídica que se opera en tal hipótesis, pero el mismo puede no darse automáticamente y requerir expresa declaratoria si, por ejemplo, la ley dispone la necesidad de esa declaración o, aunque nada diga al respecto, el ente autónomo insiste en la ejecución del acto pese a su automática decadencia jurídica. El control extintivo que surge, entonces, y hace lo que el ente debió hacer con el acto indebidamente operante, por razones de decadencia legal, es lo que aquí estrictamente llamamos revocación.

h-3) Suspensión

La suspensión del acto, y no del funcionario, es poco conocida en Costa Rica. Pero es, en todo caso, posible. Aquí aceptamos ampliamente que el acto administrativo es ejecutorio y puede ejecutarse pese a su ilegalidad, mientras la misma no sea jurisdiccionalmente declarada. Tal principio, así aplicado, resulta equívoco en nuestro caso y puede tener todas las lamentables consecuencias que su existencia misma trata de evitar. Pues la ejecutoriedad del acto administrativo intenta primordialmente facilitar la acción administrativa, según una valoración de intereses que da preferencia a las de ésta por encima de los del particular o ente extraño quejoso, para evitar que las necesidades públicas se vean paralizadas por la oposición de un interés privado inferior. Esa valoración, sin embargo, debe extremarse y acabarse lógicamente, llevándola también a las relaciones entre Estado y ente autónomo. Ya se vio cómo —por razón del origen y del fin limitado— el ente autónomo puede reputarse institucionalmente inferior al Estado y subordinado a éste en cuanto a la aplicación de la técnica y de la ley. Resulta de ello que mientras las consecuencias lógicas

de esa superioridad no estorben ni contradigan la autonomía constitucionalmente garantizada, siempre habrá de preferirse el Estado al ente autónomo en todo conflicto de intereses entre ambos y que, por eso mismo, cuando haya un acto de la institución impugnado por el Estado deberá suspenderse mientras el criterio estatal se mantenga, para evitar que prevalezca el interés menos valioso y amplio sobre el que lo es más, a través de su ejecución. Puede sentarse así el principio general de que el acto administrativo de la institución descentralizada no es ejecutorio frente al Estado Central, en los conflictos que éste promueva o plantee con motivo de su ejecución y eficacia. Según esta tesis el Estado puede siempre suspender un acto del ente autónomo cuando considere sospechosa su legalidad, sea por disposición expresa con ese fin, sea por interposición de las observaciones y de la oposición con el pedimento de que el acto sea corregido. En Costa Rica la figura más típica de la suspensión es el veto del Gobernador sobre los actos municipales, que no es otra cosa que una suspensión de los mismos.

h-4) La violación de la técnica y la anulación

Quede claro, finalmente, que también entendemos por anulación, en este estudio, el retiro del acto por violación de las reglas científicas aplicables en el caso. Ya se vio, en efecto, que tales reglas en cuanto sean de aplicación ineludible y exacta, sin excepciones ni inadecuaciones producidas por la discrecionalidad administrativa pura (en los términos a su tiempo definidos), resultan incorporadas a la ley que exige aplicarlas también exacta y plenamente, sin atenuaciones ni desviaciones.

Resta por examinar brevemente el llamado control sustitutivo.

h-5) El control sustitutivo

Es obvio, en este respecto, que el contralor carece de la potestad, que sí tiene naturalmente la institución, para proveer inicialmente y por primera vez sobre la necesidad pública en juego.

Ya se vio que el control tiene por objeto someter el ente al Estado en cuanto a la legalidad y a la técnica de su actuación. Sistemas hay —como el italiano, el francés y el uruguayo— en que los motivos del control pueden ser también de oportunidad.

En ambos casos se trata nada más de impedir que la institución desborde ciertos límites que le vienen impuestos por el Estado, como supremo administrador o creador del orden jurídico, y frustre su misión especial o cause un daño serio a los otros bienes jurídicos creados o protegidos por el Estado.

La función del control, como la de la policía, es puramente preventiva o represiva, nunca de impulso ni de iniciativa. El sujeto y órgano contralor carecen de un interés directo en la satisfacción de la necesidad pública a que mira el acto controlado, y sólo persiguen la misión invariable de impedir que la misma se satisfaga sin observar los medios, los requisitos y las formalidades prefijados por el Estado para garantizar un mínimo de éxito al respecto. El interés del contralor no es el del acto controlado, sino el de la eficacia de las normas o reglas aplicadas por éste, concebidas como instrumentos o garantías mínimas de buena administración, desde el punto de vista de Estado Central. Así, el sujeto del control carece de motivo legal para proveer sobre un interés propio del ente autónomo, en sí mismo considerado como un bien jurídico, antes de que éste último lo haga en su lugar, como titular de ese interés y de la potestad para juzgar el momento de su logro y para iniciar los procedimientos a ese fin conducentes. Mientras, el ente autónomo no actúe, no está en juego el único motivo posible de la actividad contralora, ni el único fin que puede interesar al respectivo contralor, que es asegurar la aplicación de las reglas por parte del sujeto controlado. Igualmente, cuando el acto de la institución ha sido anulado, suspendido o revocado, el Estado carece de potestad para dictar otro nuevo en su lugar, sea totalmente nuevo, sea parcialmente tal, mediante la reforma o modificación del acto, en lugar de su extinción total. La reforma y la modificación implican una anulación de lo reformado o modificado y, además, una sustitución por lo que se estima correcto. De este modo puede decirse que el Estado no puede, en uso de su poder de control, ni sustituir totalmente el acto anulado, suspendido o revocado, ni tampoco reformarlo ni modificarlo. Sólo puede, precisamente, disponer del mismo en los términos impositivos o extintivos que arriba se puntualizaron.

Se desprende de todo lo dicho, sin embargo, que hay una posibilidad lógica en que el Estado sí puede sustituir al ente autónomo en su actuación, usando de un poder de iniciativa propia.

En realidad se trata de una apariencia, porque también en este caso se intenta nada más poner las condiciones legales mínimas y necesarias para el buen desarrollo de la actividad descentralizada, de conformidad con la técnica y la ley, a juicio del Estado Central. El rechazo del poder sustitutivo de la actividad descentralizada, tal y como quedó explicado, se refiere a la hipótesis en que el ente actúa ilegal o empíricamente.

La posibilidad de control sustitutivo apuntada se relaciona, en cambio, con la hipótesis de omisión o inacción del ente, cuando él mismo está legalmente obligado a una determinada conducta y no la realiza. Es decir, cuando es reglado y no discrecional el motivo y el momento de la actuación del ente, y la misma no se produce con violación de las reglas respectivas.

Cuando la institución se abstiene de actuar en tales circunstancias es porque, en realidad, está actuando ilegalmente y rechazando o denegando su voluntad favorable (o su servicio) sin fundamento alguno. El Estado puede, entonces, intervenir en un doble sentido. En primer lugar, intervenir en los términos comunes y hacer uso de su potestad tácita de anulación de los actos de la institución autónoma, sin necesidad de recurso ni instancia de sujeto extraño que a ello lo impulse u obligue. Pero, dada la particularidad de la conducta ilegal que es negativa, el Estado con anular esa omisión se limita nada más a manifestar un juicio sobre una ilegalidad, sin cambiar en absoluto la situación jurídica preexistente. Cuando, en efecto, la conducta anulable es positiva su anulación es constitutiva y produce una nueva situación jurídica, que es la cesación del efecto o la acción irregulares. Cuando, como en nuestra última hipótesis, es omisiva, su declaración de ilegalidad ningún resultado produce, ni como hecho ni como acto jurídico, pues el ente logra continuar y afirmar su conducta ilegal con el mero desatender aquella declaración del contralor y reiterar su omisión. Se requiere, entonces, que el Estado intervenga para impedir que el ente continúe su conducta ilegal y para lograr un cambio en la situación jurídica anterior, como en los otros casos de control, pero aquí, a diferencia con éstos, en la única forma adecuada, que es la emisión de la conducta debida en lugar del ente.

Esta conducta sustitutiva pone en movimiento una potestad igual a la del ente pero a nombre y por cuenta del Estado. El Estado actúa en lugar del ente, pero en su propio interés. La

autonomía no sufre con tal sustitución, porque también en esta hipótesis el ente ha usado plenamente de ella, al decidir abstenerse ilegalmente de la conducta necesaria desde antes de la sustitución. El Estado, como en los otros casos de control, interviene sucesiva y no anteriormente a la emisión de la conducta primera del ente autónomo; y éste, también como en los casos comunes de control, queda sujeto al Estado desde ese mismo momento, en cuanto a la legalidad de su propia conducta. Queda residuada —como única característica del control en examen— aquella posibilidad de actuar en lugar del ente, para lograr así la eliminación de la ilegalidad, que es elemento final y la función indispensable de todo control. El ámbito de ese control sustitutivo queda limitado —precisa reiterarlo— a los casos en que siendo reglada y no discrecional la conducta del ente en cuanto a motivo y momento, éste se abstiene ilegalmente de actuar.

Surge así en nuestro itinerario la consideración del control sustitutivo, cuya forma elemental y más clara de existencia que sostenemos tácita y constitucional en Costa Rica es la ya expuesta, la sustitución de omisiones concretas de la institución autónoma. Hemos dicho que en este caso el interés en la sustitución es del Estado como contralor, empeñado en mantener la legalidad de la actuación descentralizada como un medio para someter a ésta a sus criterios sobre tal administración. O, todavía mejor, es un interés que coincide con el del Estado administrador en que se desenvuelvan conforme a la ley las otras ramas de la administración que completan la suya propia. La ley es concebida como un principio de orden y de eficiencia cuya observancia garantiza el éxito de la acción administrativa. Puede decirse que, sobre la base de este interés central e integrando su potestad de control, el Estado tiene una competencia propia y concurrente con la de los entes autónomos sobre la especialización de éstos, cuyo ejercicio está condicionado a la omisión del mismo por parte de estos entes, cuando tal omisión es ilegal en las condiciones ya descritas. Se trata, más claro, de una competencia del Estado supletoria de la del ente, en interés del propio Estado. Competencia que no es la de administrar lo que administra el ente, sino la de aplicar la ley administrando en lugar del ente, cuando éste la viola por omisión.

El Estado tiene, entonces, no la potestad de ejercer las competencias o derechos del ente omiso sino la de ejercer una

competencia propia de carácter extraordinario, por estar supeditada en su ejercicio el caso anormal de que el ente llamado a actuar en primer término decida no hacerlo. No se trata, en consecuencia, de un Estado que únicamente ejerce poderes ajenos, en interés del ente menor; ni tampoco de un Estado que actúa a nombre propio, por cuenta o en interés del ente. Ni aún siquiera de un Estado que actúa a nombre de otro en interés propio. Aquí el Estado actúa a nombre propio y en interés propio, exactamente como en el caso de sus otros órganos comunes (que no son de control) pero en condiciones de carácter anormal y extraordinario, únicas que crean su competencia al respecto.

Resta una importante observación sobre el control sustitutivo descrito: todo lo dicho al respecto se refiere, en realidad, al control de la conducta negativa del ente, que la suple cuando ilegalmente se omite. Y se dijo ya el motivo para ello: la imposibilidad lógica de suplir una omisión con una mera declaración jurídica, sin recurrir directamente a la acción que llena el hueco dejado por la inercia del ente. Ahora podemos decir, parangonando situaciones, que igual razón es aplicable cuando se trata de una acción empírica y material (no jurídica) gravemente peligrosa para la vida, la salud o la integridad física o moral de la comunidad o sus habitantes. Más claramente: cuando se trata de una actividad peligrosa para los bienes públicos tutelados por la policía, en el sentido estricto y tradicional de su definición. “Función administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad y salubridad públicas, y de la economía pública en cuanto afecte directamente a la primera” (Benjamín Villegas Vasavilvaso, **Derecho Administrativo, Limitaciones a la Libertad**, tomo V, pág. 88).

En la hipótesis de una conducta con tales notas —material, empírica y peligrosa a la comunidad— resulta igualmente infructuosa toda intervención puramente jurídica o volitiva del contralor, sin pasar a las vías del hecho y sustituirse, material y no sólo volitivamente, a la institución que pone en movimiento un aparato o un servicio claramente peligrosos o nocivos para el público. Lo que aquí hay, en realidad, es una aplicación del principio ya antes expuesto, en virtud del cual se afirmó que el Estado prevalece sobre el ente en aquellos aspectos de técnica exacta o inflexible propios de su gestión, porque cuando esa prevalencia no puede asegurarse con simples declaraciones por razones de hecho, deviene

necesario asegurarla con la interrupción inmediata del estado de peligro a través de conductas físicas sustitutivas o correctivas de las del ente que se halla en falta.

Así, puede afirmarse que un principio general de la tutela administrativa es que la autonomía cesa cuando choca con la policía del Estado, y que ello sólo ocurre —para dar una interpretación restrictiva que es la única acorde con aquella— cuando la institución realiza actividades materiales que lesionan la seguridad, moralidad o salubridad públicas, o la “economía pública en cuanto afecte directamente” esos otros bienes jurídicos.

Fuera, entonces, de las dos hipótesis igualmente fundadas del control sustitutivo por omisión y por acción peligrosa del ente, parece no existir ninguna otra que dé cabida a la sustitución de su actividad. ¿A quién es imputable la conducta del contralor que se sustituye al centro controlado? ¿Al ente o al Estado?

Creemos que la figura que se dibuja a través de aquel tipo de control es la pura y simple del órgano o del sujeto Estado actuando en términos comunes, pero en ejercicio de una competencia extraordinaria.

La competencia del contralor sustituto, cuando actúa en lugar de la institución omisa, es suya propia y se ejerce en beneficio del Estado, no del ente. En consecuencia, los efectos y todas las responsabilidades que nacen de esa conducta —y no de la omisión, cuyas consecuencias sí pertenecen exclusivamente a la institución— son también del Estado, contra el cual habrán de dirigirse las acciones respectivas.

Para confirmar esta conclusión resulta ilustrativo transcribir un párrafo definitivo de Arnaldo de Valles, donde el ilustre autor —por diverso camino— ha sentado las premisas de nuestra tesis. Podemos decir, sin reservas, que nuestra tesis coincide enteramente con la de la cita siguiente:

“La oficina (sustituta) ejerce una competencia propia, tanto que, desde el punto de vista del contenido, su voluntad puede comportarse en modo diverso a la de la oficina sustituida; pero, sobre todo, el aspecto formal prueba que la imputación de su voluntad es directa, y no obtenida a través de la oficina sustituida, cuando menos en la mayoría de los casos. Esto induce a rechazar

la idea de representación, y aún más aquélla de órgano de otro ente u órgano, porque la característica del representante está en que éste puede actuar en nombre de otro y hacer valer su voluntad en esa condición, como propia del representado por virtud de ley; mientras en el caso examinado, el órgano sustituto, aunque acepte tomar sus poderes de la inacción de otro órgano, no imputa a éste su voluntad sino al Estado directamente, en el ejercicio de derechos también del Estado. La competencia que se ejercita no es exclusiva del sustituido, sino, como se dice, competencia del Estado que no puede ejercer sino en determinada hipótesis, con imputación directa al Estado mismo (Teoría Jurídica de la Organización, pág. 237, tomo I).

h-6) El control comisarial

He aquí, sin embargo, que la doctrina admite la posibilidad de otro tipo de control sustitutivo, que acostumbra llamar comisarial. Consiste éste en la posibilidad de remover al titular del órgano jerarca del ente autónomo y sustituirlo con otro nuevo y provisional, de nombramiento exclusivo del Estado, cuando el destituido ha incurrido en una acción u omisión gravemente ilegal y perjudicial para el interés público que satisface la institución. ¿Puede considerarse posible el control sustitutivo comisarial en Costa Rica?

Cabe decir, por lo pronto, que tal control es más sobre las personas que sobre los actos de la autonomía y que, como tal, está constitucionalmente vedado, mientras no esté expresamente permitido por la Constitución. El control mediante sanciones contra las personas del jerarca de la institución no es parte de la tutela administrativa mínima, de existencia constitucional tácita afirmada en este estudio, porque el mismo no conduce a eliminar la ilegalidad o empirismo de un acto de la institución, individualmente considerado, sino sólo a poner una de las condiciones —la fundamental— para determinar el rumbo u orientación general de las actividades del ente concebidas como un todo, y no como una suma de actos separados en el tiempo. Es decir, se trata de un control que intenta asegurar la fidelidad del ente al Estado, asegurando para éste la solidaridad político-administrativa de los jefes de aquélla.

Tal control afecta la totalidad de la gestión por razones políticas y no meramente legales o técnicas, y no sólo los actos aislados de la institución por motivos de esta última índole. Aun si se logra sancionar al jerarca rebelde y solidarizarlo con el Estado —sustituyendo al titular antiguo— queda abierta la posibilidad de nuevas ilegalidades o empirismos, aunque disminuyan los conflictos con el señor Presidente.

En cuanto el resultado de este control es la solidaridad política de los funcionarios descentralizados, y su objeto la gestión total del ente, y no su legalidad ni su técnica, acto por acto, tal tipo de control indirecto no tiene que ver con la tutela administrativa mínima aquí descrita, que asegura inevitable y directamente, por su propio objeto y función, aquella legalidad y técnica descritas. El control sustitutivo comisarial no es posible en Costa Rica, al menos en forma tácita, sino sobre la base de un disposición constitucional que la prevea y autorice por modo expreso, como ocurre con la potestad de nombramiento de los directores de la institución.

A través de esta fundamental potestad, de tipo político y no meramente administrativo, puede el Estado lograr aquella sustitución comisarial que de otro modo le estaría prohibida. Aquí, en esta potestad de nombramiento del jerarca descentralizado, está el pivote y la fuerza de la actual tutela administrativa constitucional en nuestro medio. Sin ella, restaría la tutela mínima referida, pero moriría la coordinación política de gestiones administrativas, que ya vimos está constitucionalmente vedada al Estado en su forma directa. Con ella, en cambio, aunque muera aquella tutela mínima por expresa disposición constitucional que la suprime, sobrevive una poderosa y abundante fuente de dirección y coordinación de los entes autónomos, bajo la autoridad suprema del Poder Ejecutivo.

Examinemos más de cerca, finalmente, esta potestad de nombramiento de los directores autónomos, constitucionalmente atribuida a nuestro Consejo de Gobierno.

CAPITULO VII

EL NOMBRAMIENTO DE LOS DIRECTORES AUTÓNOMOS

a)—La potestad de nombramiento de los directores autónomos

Se ha explicado previamente que la institución autónoma tiene la titularidad exclusiva de su competencia y que, dentro de ésta, ostenta una libertad de decisión que impide toda jerarquía o dirección sobre sus actos. De ello se concluyó que la autonomía queda salvaguardada en tanto se permita al ente manifestar su voluntad primera en forma independiente, y no se llegue hasta sustituirla por la voluntad del Estado después, salvo caso de omisión ilegal. La misma razón que nos permite hacer esta afirmación, nos lleva a afirmar ahora que [no se opone a la autonomía la intervención del Estado antes de que aquella haya empezado a funcionar, cuando duran todavía los momentos de su constitución y del nombramiento de sus jefes. En esta etapa que se desarrolla a través de la organización y fundación de la entidad, y el nombramiento de sus altos representantes, no hay posibilidad alguna de determinar la voluntad del ente, puesto que no existen todavía siquiera las condiciones en que esa voluntad es posible y puede ser operante. Puede decirse, de este modo, que tal potestad central de nombramiento y organización se coordina con la autonomía y es posible en todo caso, a condición de ser expresa. No se trata, en efecto, de una potestad necesaria para el control de la legalidad y la técnica de la actividad descentralizada, por todo lo ya explicado en relación con las intervenciones disciplinarias sobre el personal de la administración, enteramente aplicable también a la hipótesis en examen. Pero es perfectamente admisible su existencia legal, aún si no está fundado —como en Costa Rica— en una expresa disposición constitucional.

b) —Bases y carácter constitucional de la potestad de nombramiento

Dice el artículo 147 inciso 4) de nuestra Constitución:

“El Consejo de Gobierno lo forman el Presidente de la República y los Ministros, para ejercer, bajo la Presidencia del primero, las siguientes funciones: ... inciso 4) Nombrar a los directores de las Instituciones Autónomas cuya designación corresponda al Poder Ejecutivo”.

Esta norma consagra explícitamente la potestad que tiene el Consejo de Gobierno para nombrar algunos directores —no todos— de las instituciones autónomas, y lo hace sin consignar límites precisos de ninguna especie. No fija tal norma las calidades de los posibles directores, si particulares o funcionarios públicos, ni el procedimiento para su investidura, ni, sobre todo, su carácter representativo, si del Estado o del ente mismo. Algunos de estos extremos los ha aclarado la ley, pero han quedado dudas graves sobre los alcances de ésta, especialmente en lo tocante a la facultad establecida para remover —y no sólo para nombrar— aquellos directores.

Queremos, en seguida, indagar brevemente el motivo, el fin y el efecto de esta potestad de nombramiento.

Y es preciso considerar, ante todo, el hecho mismo tan significativo de que sea nuestro Consejo de Gobierno —y no el Poder Ejecutivo común, integrado por el Presidente y los Ministros— el órgano constitucionalmente llamado a realizarlo a nombre del Estado.

Si examinamos la naturaleza de las funciones encomendadas a este cuerpo constitucional (potestad de gracia, declaratoria del estado de defensa, nombramiento de representantes diplomáticos, decisiones en asuntos de gravedad nacional, etc.), podemos extraer rápidamente una muy importante conclusión; el Consejo de Gobierno es un órgano deliberante y político, no un órgano administrativo.

Mucho se ha discutido en doctrina —con pobre resultado— sobre la llamada actividad política del Estado, que usualmente se identifica con su función de gobierno. Y se han ideado al respecto múltiples explicaciones que se resumen en las dos ideas irreconciliables del gobierno como una actividad caracterizada por el móvil

—el porqué de la acción pública— y del gobierno como función caracterizada por su fin, el para qué de la acción. Así, según la primera, acto de gobierno puede ser cualquiera, siempre que de sus antecedentes históricos o documentales resulte probado que el funcionario lo adopta porque era imprescindible para salvar la unidad o el funcionamiento del Estado; y, de acuerdo con la segunda doctrina, sólo es acto de gobierno aquel que tiene por meta y resultado el afectar realmente (según el derecho) esa unidad y funcionamiento básicos y generales.

De ambas doctrinas sólo la segunda es cierta, y, además, la única posible en un Estado liberal de derecho. Pues la consecuencia fundamental del carácter político de un acto es su impugnabilidad jurisdiccional, tal y como lo dispone nuestra ley del contencioso administrativo y lo explica la fundamentación que arriba quedó expuesta. De donde, abandonar a la caprichosa motivación histórica o psicológica de los actos del gobernante, el carácter político de éstos y la posibilidad de su impugnación, sin ninguna consideración para su fin y efecto jurídicos, sería tanto como erigir en creador de la ley a ese gobernante y consolidar aquellos caprichos con base en la misma ley. Es claro, además, que la tesis del móvil como criterio distintivo del acto político padece el grave error lógico de pasar desapercibido que para la aplicación de ese criterio es preciso tener ya adoptado el opuesto y saber con certeza que reviste carácter político todo aquello que afecte o intente afectar la unidad en el funcionamiento básico del Estado. Son éstos, como materia u objeto del acto, y no el móvil, la causa del carácter político del acto.

De este modo, las doctrinas dominantes aceptan hoy que es acto político aquél que tiene por objeto mantener y promover la unidad y la existencia del Estado, sin relación con intereses parciales ni fines especializados; y que, por la complejidad y variedad de elementos dispares que pueden entrar en su ámbito así como por la variedad y urgencia de sus motivos, tiene una consistencia marcadamente discrecional e insusceptible de violar derecho alguno, o de ser atacado jurisdiccionalmente por una violación de ese tipo. En resumen, acto político es el que resulta indispensable para la conservación de la integridad material del Estado Central, o para la conservación de su unidad jurídica, considerada bajo el prisma de las relaciones entre sus órganos fundamentales, o de las relaciones con otros poderes extraños, internos o internacionales.

Puesta a aplicar este criterio, la doctrina más autorizada ha optado por las enumeraciones, basadas en la generalización de los casos más comunes dentro de la ley o la jurisprudencia de los estados liberales de hoy día.

Un autor reciente, en una egregia monografía sobre los actos administrativos ha elencado los actos políticos hoy claramente definidos y aceptados por la doctrina con aquel criterio, como sigue:

“a) Actos atinentes a las relaciones entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, por ejemplo, decretos de convocatoria o de disolución (en regímenes parlamentarios) de la Asamblea, la omisión de someter un proyecto de ley al Parlamento (o el envío del mismo) la promulgación de la ley;

b) Actos del Jefe de Estado relativos al ejercicio de la potestad de gracia, no obstante que una contraria opinión niegue a estos actos su carácter de gubernamentales;

c) Actos por los cuales se adoptan medidas generales de seguridad pública, tanto en el interior como en el exterior, tales como la movilización, la declaración de guerra, la declaración del Estado de defensa nacional o de sitio. Algunos autores agregan los hechos de guerra, el pillaje, la calamidad nacional, etc.; y

d) Actos diplomáticos, concernientes a la protección de los nacionales en el extranjero, las instrucciones y nombramientos diplomáticos, la expulsión de extranjeros, y, en general, los actos de soberanía externa” (Michael Stassinopoulos, *Tratado de Los Actos Administrativos*, pág. 30-31).

Hemos hecho esta larga transcripción por su exacto ajuste al caso de nuestro Consejo de Gobierno y sus funciones. Si se hace un rápido cotejo entre la cita y nuestro artículo 147 mencionado, podrá constatarse la plena coincidencia entre las funciones del Consejo y la actividad política del Poder Ejecutivo. Pues si toda ésta compete al Consejo, toda la actividad del Consejo es política. En efecto: todas las funciones que le corresponden presentan la doble característica de no ser susceptibles de realización por ningún Ministerio en particular, por afectar a la totalidad del Gobierno como unidad frente a entes o poderes extraños, y de ser de ejercicio ampliamente discrecional y no detalladamente regulado ni limitado en ninguno de sus elementos.

Cuando el Consejo de Gobierno nombra diplomáticos hace posible la representación externa del Estado, en la que éste no aparece a través de un órgano con una competencia especializada, ni como una suma de competencias parciales, sino como unidad de poder y de acción, indiscriminada en cuanto a sus componentes internos. Y, también, cuando solicita de la Asamblea la declaratoria del Estado de defensa, provee a una necesidad que afecta a todos los ministerios y ramos de la actividad administrativa y a la colectividad toda, sean cuales fueren los intereses contrastados que los componen. Igualmente con la potestad de gracia, que permite en última instancia el buen funcionamiento de la justicia penal indispensable no sólo para proteger la libertad del hombre, sino para mantener el prestigio del Estado ante éste y la comunidad natural, fuente de todo gobierno democrático. No hay especialización y hay casi entera libertad de decisión: lo exigen los asuntos encomendados al Consejo y el carácter eminentemente político de éste, como órgano llamado a velar por la unidad y coordinación del Estado frente a toda clase de entes o poderes distintos y disgregantes.

El Consejo de Gobierno ha sido encomendado para nombrar los directores de los entes autónomos precisamente en ese su carácter eminentemente político y para que en este caso, como en los otros que le competen, provea a mantener la unidad y la coordinación del Estado frente al poder desmembrante de la autonomía. El Consejo de Gobierno nombra a los directores de las instituciones menores en su carácter de órgano de alta administración no especializada, exactamente como cuando nombra a los representantes diplomáticos. Si alguna disparidad existe entre ambos casos es de grado y no de esencia, porque ambas hipótesis son fundamentalmente la misma, por el motivo, el efecto y el fin. Se trata de un nombramiento dirigido a favorecer al Estado, y no al ente, asegurando para el Poder Ejecutivo la coincidencia con el jerarca nombrado sobre las guías de administración fundamentales para el servicio descentralizado.

No se trata, en absoluto, de procurar sus directores al ente autónomo, por imposibilidad inicial de éste para hacer sus nombramientos primeros; ni aún siquiera, en realidad, de un simple sistema de integración de directivas, como medio indispensable para el funcionamiento normal del ente. Si así fuera, los nombra-

mientos posteriores al primero habrían sido cometidos a la Junta Directiva de la propia institución, más capaz que el Consejo para escoger a los candidatos mejores desde el punto de vista de la especialización; y, en todo caso, se habría permitido expresamente a aquella, para desvanecer toda duda al respecto, la remoción de los directores ineptos o irregulares. Esto revela un hecho fundamental: que si el nombramiento proviene de un órgano político, constructor de la unidad estatal, y es periódico, tal nombramiento tiene el fin de instaurar una relación normal de dependencia entre el Ejecutivo y el jerarca del ente autónomo, que permita a aquél orientar a éste en cuanto a sus programas y realizaciones básicas, mínimas o máximas. Esta intervención, consecuentemente, no intenta sólo evitar un daño a los intereses nacionales sino explotar al máximo las disponibilidades del ente, por su buena repercusión en las otras ramas de administración pública a su cargo o a cargo de otros entes autónomos. Todo lo logra sin ordenar ni dirigir, posiciones que le están constitucionalmente prohibidas al Poder Ejecutivo, con el solo nombrar a un director que le sea políticamente adicto. Con esto queda aclarado el fin y función de la potestad de nombramiento en examen.

c) — El efecto del nombramiento central de los directores de entes autónomos

¿Cuál es el efecto de este nombramiento, el común del acto respectivo o un efecto excepcional? El efecto depende del fin del acto y sólo puede aceptarse, en ausencia de precisión constitucional al respecto, el efecto que armonice con éste, tal y como claramente se dedujo del texto constitucional, y no otro cualquiera insuficiente para su cabal realización. Si el fin del nombramiento, tal y como se desprende de los lacónicos textos constitucionales que lo consagran, es la instauración de una relación de dependencia permanente entre el Poder Ejecutivo y el ente, el efecto sólo puede ser aquél que posibilite una ulterior intervención del Consejo de Gobierno sobre el jerarca descentralizado y, más concretamente, sobre los titulares de este jerarca nombrados por él. Es decir, aquel efecto que cree una relación permanente de dependencia entre el Consejo de Gobierno y el director nombrado, que le permita determinar en alguna forma acorde con sus criterios de alta administración, la conducta de éste en la dirección del ente autónomo.

¿Significa esto que el director del ente autónomo es un funcionario público dependiente del Estado, que representa a éste y no al ente, cuando menos frente al Estado mismo? ¿Puede el Poder Ejecutivo o el Consejo de Gobierno, dirigir guías, instrucciones u órdenes al dicho director nombrado, como si fuese un subordinado jerárquico del Presidente y el Ministro del ramo? Y si no es la jerarquía ni la dirección —que ya vimos están vedadas—, ¿cuál puede ser la naturaleza y el contenido de esta dependencia sui generis que afirmamos existe entre Consejo de Gobierno y directores por él nombrados de las instituciones autónomas?

Una clara advertencia se impone: el director nombrado, sea cual fuere su relación con el Consejo de Gobierno, es, además, director de la institución y su representante ante terceros y ante el Estado mismo. Si el director pudiese sostener sin contradicción funcional alguna —que paralizaría o desviaría ambas representaciones— la doble calidad de funcionario del ente y del Estado, respecto de los mismos asuntos o materias de trabajo, tal afirmación bastaría para resolver el problema y afirmar, sin preocupación, que el director es tal y es a la vez funcionario. Sin embargo, si es funcionario del Estado y sometido al poder de mando de éste, es, por su origen y su función, un representante del Estado y no del ente, dentro del cual representaría más bien un interés extraño. Por otra parte, si con el nombramiento deja de ser representante del Estado, el director pasa a representar nada más a la institución, aun frente al Estado, y éste perdería toda influencia o capacidad de determinación de su conducta, que ya vimos es el origen esencial de la potestad de nombramiento titulada por el Consejo de Gobierno. Se trataría, entonces, de una relación antinómica con la potestad de que emana.

El problema se complica si se piensa que la plenitud de poderes de administración que corresponde al ente autónomo por el solo hecho de tener total independencia en su materia le otorga potestad para oponerse a toda directiva u orden del Estado que determine su conducta o la de sus jefes previamente a la resolución inicial de un asunto cualquiera de su servicio. Todo el problema está en conciliar la doble calidad del director nombrado, como representante y funcionario del Estado, y como jerarca de la institución, sin destruir simultáneamente la autonomía de ésta.

La solución está en admitir que el director nombrado continúa siendo un agente y representante del Estado ante la institución

y exclusivamente ante ésta (y no ante los terceros usuarios del respectivo servicio) pero dentro de una relación de dependencia que no es ni de dirección ni de jerarquía, porque no contiene a favor del Estado las respectivas potestades de una ni otra, ni la obligación de obediencia a cargo del funcionario subordinado. ¿Cuál es esa relación de dependencia, que es tal y, sin embargo, no permite al Estado dar órdenes, ni imponer programas ni directivas al jerarca o director del ente autónomo?

Esta relación de dependencia es una figura jurídica de organización pública muy conocida especialmente en regímenes parlamentarios, cuyo contenido se agota en dos potestades extremas, la de nombrar el órgano y la de removerlo por falta de confianza en su solidaridad política —y no administrativa— con los jefes políticos del Estado Central. Tiene por objeto la totalidad de la gestión del ente y no un acto particular de la misma, como los controles anteriores ya examinados; y tiene por fin aquella indirecta determinación del Gobierno descentralizado, a través de la solidaridad política del director autónomo con el Poder Ejecutivo, dentro de una relación de confianza, de contenido ampliamente discrecional.

Una vez nombrado el director es representante del ente ante terceros y sólo a nombre de éste es responsable, con todos los derechos y obligaciones que le corresponden de acuerdo con el reglamento interior de organización del ente mismo. Desaparece toda subordinación al Estado en cuanto a sus actos concretos y conserva plena libertad para decidir los asuntos de la institución sin atender órdenes ni directivas impuestas por el Estado. Como, para copiar un afortunado símil de Minervini, el director de una sociedad anónima nombrado por la mayoría es director de la sociedad —que representa incluso a la minoría que se le opuso y no sólo a la mayoría que lo eligió—, así el director de la institución nombrado por el Consejo de Gobierno es tal por las instituciones y no sólo por el Estado que lo ha nombrado.

Ello no obstante, frente al Estado este director es un instrumento de dominio y control sobre la total gestión del ente autónomo y al Estado le queda la potestad de revocarlo como única forma de asegurarse este dominio, cuando el funcionario no le merezca más confianza como un instrumento dócil al efecto. Una vez acep-

tado y demostrado que tal es la única función del nombramiento, y que, a la vez, la relación de dirección y jerarquía resultan incompatibles con la autonomía, resulta inevitable admitir —por exclusión y por necesidad lógica— la potestad revocatoria en manos del Consejo de Gobierno con el motivo y la finalidad políticos, de unidad administrativa, ya apuntados. Si no se admite tal potestad revocatoria por motivos de confianza, discrecionales y no regulados, aparece una potestad de nombramiento enteramente incompatible con la naturaleza del órgano y del carácter periódico que le ha otorgado nuestra Constitución.

Se confirma ello plenamente cuando se piensa que nuestra Constitución, previendo el grave peligro que tal potestad podría representar para la autonomía sin un contrapeso que la debilitara, dejó abierta la posibilidad —absurdamente desaprovechada por el legislador— de atribuir a otros sujetos distintos del Poder Ejecutivo y del Consejo de Gobierno, un poder igual al de éstos, para el nombramiento de directores de instituciones menores. Todo el que lea cuidadosamente el artículo 147 arriba citado, podrá darse cuenta de que al Consejo no le corresponden todos los nombramientos respectivos; porque el Consejo puede hacer únicamente los que le correspondan.

Con el sistema legal que nos rige en la materia, por virtud del cual todos los nombramientos de directores de instituciones autónomas se atribuyen al Consejo de Gobierno, sólo resta una alternativa; o eliminar por ley la potestad de libre nombramiento y remoción de los mismos que la Constitución le otorga a aquél; o reconocer esa potestad, tal y como emanada de la Constitución, y destruir simultáneamente la autonomía. Nuestra ley ha optado por la primera posibilidad y ha privado así al Poder Ejecutivo del arma más fuerte en su lucha contra la disgregación administrativa y política, representada por la autonomía. Ello es inconstitucional, como lo es dar al Consejo de Gobierno el nombramiento de la totalidad de los directores de las instituciones autónomas, cuando la Constitución abre la posibilidad de integrar con nombramientos de origen diverso las respectivas Juntas Directivas.

El sistema correcto y sano es el implícito pero claramente consagrado en la Constitución: varios intereses y entre ellos necesariamente el de la Administración Central, a través del Consejo

SUMARIO:

Subestimación del Pasado y Manía de lo Nuevo	7
Giorgio del Vecchio	
Facultades y Limitaciones de las Convenciones Constituyentes y Reformadoras de Constituciones	13
Prof. Salvador M. Dana Montaña	
Las Acciones Comunes u Ordinarias	73
Lic. Francisco Morelli Cozza	
El Capital en las Sociedades por Acciones Conforme a las Legislaciones Italiana y Costarricense	83
Lic. Fernando Mora Rojas	
El Control en la Sociedad por Acciones	103
Lic. Edgar Rojas Vargas	
Los Organos Sociales en las Sociedades Anónimas	117
Lic. Rodrigo Oreamuno Blanco	
La Autonomía Administrativa en C. R.	127
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz	

de Gobierno, nombran a los directores de las instituciones autónomas, de modo que el límite al predominio político del Estado, en la Junta Directiva integrada, se produzca automáticamente dentro de ésta, por el choque y compromiso entre fuerzas dispares, y no coactiva y externamente, por la eliminación legal (e inconstitucional) de las potestades que corresponden al Estado para remover libremente a sus representantes en esa Junta. Todo lo que no sea esto es dañar la autonomía, por su fortalecimiento desmedido a costa del Estado, o por su desmedida sujeción al poder político y directivo de éste.

d)—La potestad disciplinaria sobre el director autónomo

Resulta de lo expuesto que se trata, en el caso, de una relación que se inicia con el nombramiento y se termina con la revocación del mismo, sin ningún acto intermedio. Pero ya se vio cómo la ley, en tanto que creadora de las bases necesarias de toda organización y gestión administrativa, resulta un instrumento fundamental de las mismas, cuya observancia se busca e impone por el control estatal con un fin también puramente administrativo. Desde este punto de vista resulta claro que, aparte de la relación de confianza que pueda haber entre director nombrado y Consejo de Gobierno, existe otra relación disciplinaria, nacida y fundamentada en la anterior, que permite al Poder Ejecutivo —por mayoría de razón— sancionar todas las ilegalidades cometidas por el director nombrado. La potestad disciplinaria sobre los directores de las instituciones puede considerarse fraccionada, de acuerdo con lo dicho, en dos diversos titulares: el Poder Ejecutivo a través del Consejo cuando la falta sancionable consiste en la violación de la norma general, emanada del Estado, porque entonces hay un interés central y no sólo del ente en su aplicación y observancia; y el ente mismo, cuando aquella falta consista en la violación de un reglamento o norma especial emanados de su potestad de autoorganización o de reglamentación internas ya examinadas en la parte primera de este estudio.