

3º) La ausencia de un verdadero poder de decisión que se imponga a la Administración es característica de la institución tanto en Suecia como en Francia y en los países que se han inspirado en el prototipo sueco. *El Mediador dirige a la Administración recomendaciones, no órdenes.* De ahí la importancia de la selección de los hombres llamados a estas tareas: el verdadero resorte que da eficacia de sus intervenciones, es *su autoridad moral*, su reputación de independencia y de competencia. Ellos deben inspirar confianza a los administrados, gozar de estima y respeto por parte de las administraciones. El porvenir de la institución se juega sobre la base de la calidad de los que la tomen a su cargo.

4º) La experiencia francesa demuestra que el Mediador no tiene interés en presentarse como un adversario sistemático de la Administración. Si emprende un combate contra ella, sobre todo en los primeros tiempos, correría alto riesgo de no salir vencedor.

Para lograr éxito en sus recomendaciones, es necesario que convezca, a aquellos a quienes él se dirige, de que él es, no su enemigo, sino su aliado en un común esfuerzo de fidelidad a las razones de ser y a los fines que la ley asigna a todas las autoridades públicas: el servicio a los administrados.

5º) Una última observación se refiere a la forma de someterle los asuntos. Es necesario que esté desprovista de formalismos: una simple carta, una gestión verbal ante el Mediador, deben bastar; y desde tal punto de vista, la necesidad, común a Gran Bretaña y Francia, de pasar por la intermediación de un parlamentario, aunque se explica por el medio nacional, de ninguna manera tiene valor de ejemplo. El Mediador debe estar, ante todo, al servicio de los más débiles, de los más desvalidos frente a la complejidad de las administraciones; eso supone que el acceso hacia él se facilite al máximo. En su defecto, se convertiría en un engranaje administrativo suplementario.

París, 1º de diciembre de 1982.

## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

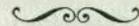
(Concepto y Naturaleza)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Catedrático de la Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica.

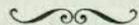
## SUMARIO:

- Resumen
- I. Introducción
- II. Estado de Derecho: 1) Liberal; 2) Social
- III. El Bloque de Legalidad
- IV. El Control de Legalidad
- V. El Control Sobre la Discrecionalidad
- VI. Conclusión
- VII. Bibliografía de Referencia



## SIGLAS MAS USADAS

RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas
RJ	Revista Judicial
RCO	Revista Contraloría General de la República
UCR	Universidad de Costa Rica
RAP	Revista de Administración Pública
LAP	Ley General de la Administración Pública
LAFR	Ley de la Administración Financiera de la República
CT	Código Tributario
PL	Principio de Legalidad



## R E S U M E N

Ya en un anterior escrito (*La Ley de Administración Pública y el Principio de Legalidad*; San José, Revista Judicial, N° 16, 1980), habíamos hecho algunas reflexiones sobre este importante principio o propósito del Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, que se celebró en Madrid en este mismo año, en el cual presentamos ese trabajo como ponencia.

El enfoque en ese trabajo fue distinto al que hacemos aquí.

Lo que ahora nos interesa más que todo es el tratamiento técnico ius-administrativo de la legalidad, en su debido contexto del sistema político democrático y del Estado de Derecho. Asimismo recordamos que para que un acto de la Administración Pública se considere autorizado (principio de habilitación legal), se requiere la regulación previa de un mínimo (principio de legalidad; o, de *regulación mínima*) de tres de sus elementos constitutivos (como acto administrativo; el sujeto, el fin y el motivo o el contenido). Tal regulación debe darse por regla escrita o no escrita; precisa o imprecisa.

## I. INTRODUCCION

En este trabajo se analizará el principio de legalidad, básico en la comprensión del Estado moderno y en la actuación de toda la Administración Pública.

Se trata del principio más irrespetado por los Estados y en ello la violación al entero ordenamiento jurídico.

De ahí su importancia: este principio es esencial para mantener el Estado de Derecho, y con él el sistema democrático, como expresión política del consenso entre los miembros de una sociedad.

## II. ESTADO DE DERECHO

La tesis del Estado sujeto al *imperio de la ley*, tanto en sentido formal (norma emanada del Poder Legislativo) como en sentido material (norma jurídica propia del entero ordenamiento jurídico independientemente de su rango) implica parte del triunfo de la burguesía en la Revolución Francesa de 1789.

Ahora, la soberanía se ejerce por la ley, en su sentido amplio: guesa revolucionaria en esa época, como ideología insurgente que toma el poder.

Ya el soberano no es el Rey ni el derecho natural como telón de fondo justificador de la arbitrariedad de la nobleza.

Ahora, la soberanía se ejerce por la ley, en su sentido amplio; todo el ordenamiento jurídico. El llamado por Maurice Hauriou *el bloque de legalidad*. No se trata sólo de lo que dice *la ley formal*. Aquella producida por el Poder Legislativo, sino, por el entero *ordenamiento jurídico*.

## ORDENAMIENTO JURIDICO:

*Normas jurídicas escritas, de cualquier rango, más los principios generales de derecho.*

Así el *principio de legalidad* no se refiere a lo que la ley escrita dice, sino a lo que el ordenamiento jurídico manifiesta o expresa. Por ello, es más propio hablar de *bloque de legalidad*, que de *principio de*

*legalidad* ya que algunos operadores del derecho público llegan a extremos de creer que ese principio atañe sólo a lo que la ley escrita dice, confundiendo tal principio con la lectura literal, gramatical del enunciado de la norma jurídica escrita.

Esto es más corriente de lo que se cree. Pero no por difundido el error deja de ser tal.

A ese *bloque de legalidad* se refiere el Artículo 7 de la Ley de Administración Pública (LAP):

*Artículo 7. - 1.*—Las normas no escritas, como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales de derecho servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan.

Tal es el sentido de la sumisión del Estado, como conjunto (incluyendo toda la Administración Pública: Poder Central, Poder Descentralizado —entes descentralizados, empresas públicas, municipalidades—) *al bloque de legalidad*<sup>(1)</sup>, es decir, ese total conjunto de normas jurídicas escritas y no escritas.

Este aspecto es crucial dada la terquedad de algunos agentes públicos en usar el *principio de legalidad* como la *literalidad de las normas* o la interpretación gramatical o literal de lo que dicen las palabras que forman una norma escrita. Esta aberración interpretativa es fatal para el Estado de Derecho ya que en nombre de él violan sus bases y sus instituciones.

En cuanto al *Estado de Derecho*, cabe indicar que nace con la Revolución Francesa (1789), siendo sus principales elementos los siguientes:

- a) *Sujeción del Estado al bloque de legalidad.*
- b) *Posibilidad de llevar al Poder Judicial el Estado*, (subordinación de la Administración Pública a los Tribunales que administran el Derecho, lo cual dio lugar a la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

*Artículo 49 de la Constitución Política de 1949 (vigente):*

*Se establece la jurisdicción contencioso administrativo como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la*

(1) HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public* (París; Recueil Sirey, 1921, p. 52 y 53).

*función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.*

Ya para 1966 (ley N° 3667) se promulga la ley de la jurisdicción citada y se hace el esfuerzo por contar con los tribunales especializados respectivos.<sup>(2)</sup>

En estos momentos hay cuatro juzgados de esa materia y un tribunal superior que cuenta con dos secciones integradas por tres juzgadores cada una.

- c) *Respeto a las libertades públicas* (derechos y garantías individuales, sociales y económicas, en su caso).
- d) *Principio de reserva de ley*, por el cual ciertas materias son monopolio del Poder Legislativo, dentro de la tesis de los frenos y contrapesos de la teoría de Montesquieu.<sup>(3)</sup>

*Esas materias fundamentales son:*

- i) *La propiedad privada de los medios de producción y de distribución*, como factor definitorio del sistema capitalista, que nace tanto con la Revolución Francesa (1789) y la inglesa (1688, Orange).
- ii) *Las libertades públicas* (de comercio, empresa, pensamiento, etc.) fundamentales en el sistema capitalista para el libre trasiego de bienes y servicios.
- iii) *Impuestos y actividad tributaria global*. A los burgueses en ascenso, en el siglo XVIII, les interesaba que toda la gestión de los tributos saliera de la esfera del Rey o del Poder Ejecutivo, *mutatis mutandis*. Será el Parlamento, controlado por la burguesía, el que decidirá lo relativo a la materia impositiva.
- iv) *Servicios Públicos*. Será el Parlamento el que tendrá la potestad de crearlos y darle el régimen jurídico respectivo.
- v) En general la *actividad económica*, que presenta la intervención incipiente al principio y luego cada vez más intensa, del Estado en el sistema económico.

El Poder Ejecutivo carecerá de potestades para planificar o interferir o intervenir en la economía, *salvo* cuando existe autorización legislativa expresa.

Tal es el marco esencial del *Estado de Derecho*, cuya concepción es burguesa, ya sea en la versión francesa o en la inglesa; de las revo-

(2) Cf. ROMERO, J. E., *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso administrativo* (ponencia al Congreso de Derecho Administrativo, celebrado en Cartagena, Colombia, 1982).

(3) ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu; la política y la historia* (Barcelona, Ariel, 1974. in toto).

luciones de la burguesía de cada país, y en sus peculiaridades concretas y específicas.

Ese *Estado de Derecho Burgués*, se ha presentado en dos versiones, al menos:

- 1) *El liberal*, individual o "político", y
- 2) *El intervencionista*, del bienestar, social o planificador.

Por supuesto, y ello debe valer como una *observación básica*, cual es la siguiente:

El desarrollo del derecho administrativo va acorde con la evolución y los requerimientos del sistema económico, porque aquel derecho es la expresión jurídica de las relaciones de poder-libertad (imperium-gestión del particular) del Estado y los administrados, materializados en las relaciones mercantiles de la economía.

Esta *observación básica es de corte metodológico* y da lugar a un tratamiento por aparte que incide sobre la propia naturaleza del derecho administrativo en un sistema capitalista (que engloba tanto al Estado como la sociedad civil).

Esperamos desarrollar esta propuesta metodológica en un ulterior trabajo de investigación.

*¿Qué implicación breve se puede dar acerca de la concepción de cada uno de esos tipos de Estado capitalista?*

- 1) *Estado liberal (individual o "político") de Derecho.*

Se le llama así porque el resultado de las corrientes del liberalismo político y del económico era un Estado gendarme o policía, preocupado por el orden legal en la sociedad, poco interventor, y cuyas reglas de acción las fijaba la Carta Magna, que contenía las pautas contenidas en la constitución formal y con poco eco en la constitución real.

Ese *Estado liberal de Derecho* tiene su acta de nacimiento en los siguientes documentos, entre otros:

*Ingleses*: Carta Magna del Rey Juan (1215), habeas corpus amendment act (1679), bill of rights (1689), act of settlement (1701) parliament act (1911); *de los Estados Unidos de América*; declaración de derechos —Virginia— 1776. Constitución Política, 1787; y los *franceses*; primeras constituciones políticas de derechos del hombre y del ciudadano, 1789.<sup>(4)</sup>

(4) SANCHEZ AGESTA, Luis, *Documentos constitucionales y textos políticos*, (Madrid, Editora Nacional, 1982). BURDEAU, Georges, *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, (Madrid, Editora Nacional, 1981). GODECHOT, Jacques, *Les constitutions de la France depuis 1789*, (París, Garnier-Flammarion, 1970).

- 2) *El Estado intervencionista, del bienestar, social o planificador.*

A raíz de la Revolución Rusa (1917), las dos guerras mundiales (1914 y 1944, v. gr.) como de la crisis del sistema económico internacional (1929) el Estado intervino en la economía y en la sociedad para paliar los efectos de las crisis política y la económica.

Las medidas de intervención fueron muchas y variadas, constituyendo una revolución jurídica importante como lo fue en la economía la llamada *revolución keynesiana*.<sup>(5)</sup>

En nuestro país el gobierno de Calderón Guardia (1940-44) planteó reformas que le dieron al Estado costarricense el perfil que tendría definitivamente, después de 1949 y la Carta Magna respectiva.<sup>(6)</sup>

*Tales reformas fueron, entre otras*: La emisión del capítulo de garantías sociales en la Constitución Política, la promulgación del Código de Trabajo, la reapertura de la Universidad de Costa Rica, la creación de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Ya no la corriente social cristiana de Calderón Guardia sino en la social demócrata de Rodrigo Facio Brenes, con el triunfo del Partido Liberación Nacional en 1953, con José Figueres a la cabeza (luego del impacto de las reformas establecidas en la Constitución Política de 1949), se instauran reformas intervencionistas en la economía y en la sociedad.<sup>(7)</sup>

Se trata de un Estado que ayuda a los capitalistas a socializar las pérdidas y a privatizar las garantías.

A partir de 1970, la maquinaria estatal se torna más agresiva en la intervención social y económica, con los gobiernos tanto de Figueres (1970-74) y de Oduber (1974-78), dando lugar al tema polémico del Estado-empresario y a la acción de la Corporación de Desarrollo S. A. (CODESA).<sup>(8)</sup>

(5) Cf. KEYNES, J. M., *Teoría General de la ocupación, el interés y el dinero*, (México, CFE, 1963).

(6) Entre nosotros, ORTIZ, Eduardo, *Costa Rica: Estado social de derecho*, San José, RCJ, N° 29, 1976; y, nuestra tesis de graduación en la maestría de sociología *La quiebra del Estado liberal oligárquico y la descentralización administrativa de 1949*, (San José, sociología, UCR, Sep. 1983).

(7) Cr. RODRIGUEZ VEGA, Eugenio, *El pensamiento neoliberal*; TINOCO, Luis Demetrio, *El pensamiento social cristiano* (San José, Editorial Costa Rica, Biblioteca Patria, N° 18, El pensamiento contemporáneo costarricense, 1980). Y, las *Obras*, en cuatro tomos que esa misma editorial publicó sobre el pensamiento de Rodrigo Facio.

(8) Nuestro trabajo sobre el Estado y la descentralización administrativa publicados en la RCJ Nos. 43, 49 y 50, San José. Tómese en cuenta el Decreto Ejecutivo N° 16007-P-MEC del 1° de febrero de 1985 (Gaceta N° 24, lunes 4 de febrero de 1985) por el cual se ejecuta la ley N° 6811 del 10 de setiembre de 1982, para la venta, disolución y liquidación de las empresas de CODESA.

### III. EL BLOQUE DE LEGALIDAD

El *Bloc Légal*, como expresó Hauriou, hace relación con todo el ordenamiento jurídico, tanto escrito como no escrito.

Como indica André De Laubadère, el ejercicio de la función administrativa está bajo el control del principio fundamental de la legalidad. Este principio es una limitación al poder administrativo.<sup>(9)</sup>

*OBSERVACION: Para los efectos de este trabajo se debe entender por principio de legalidad, el bloque de legalidad, de tal suerte que las expresiones las usaremos en forma sinónima.*

Por su parte García de Enterría nos informa que el principio de legalidad es un instrumento lanzado directamente contra el Estado absoluto; frente al ejercicio del poder arbitrario del Rey (en el Antiguo Régimen), se da el gobierno en virtud del ordenamiento jurídico. Se trata del ejercicio del poder en función de la protección de leyes de libertad, para la vida del grupo social. Todo el fin del estado se reduce en el derecho, con el objetivo de proteger la libertad de los administrados. Es un derecho para la libertad y en función de ella.<sup>(10)</sup>

El derecho y el Estado sujeto a él, es una construcción para garantizar la libertad del administrado; y se hace esa construcción mediante la forma política por excelencia; el Estado con su modalidad jurídica, el derecho administrativo. Esa racionalización del derecho, el Estado y la sociedad, la expresa muy bien el pensamiento de Max Weber, talento que detalló esa trama de libertad jurídica y política en el Estado de derecho burgués.<sup>(11)</sup>

Lamentablemente, ese sentido original y primario se ha perdido, ahora el Estado y el derecho administrativo son instrumentalizados para violar las libertades públicas, para favorecer al *Leviathan* moderno y aniquilar la libertad en nombre del *imperium* del Estado.

El Estado de derecho burgués y el derecho administrativo que nacen con las Revoluciones francesa e inglesa surgen para la libertad del administrado.

Ahora se vive una dictadura encubierta en nombre de la soberanía de la ley.

(9) LAUBADERE, André de, *Traité élémentaire de droit administratif* (París, LGD), T. I., p. 212, 1970).

(10) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Revolución Francesa y administración contemporánea*, (Madrid, Taurus, cuaderno 113, 1972, p. 9 a 19).

(11) Cf., nuestro estudio sobre *La sociología jurídica en Max Weber*, (San José, UCR, 2ª ed., 1980).

El derecho administrativo no está al servicio del administrado, sino bajo la instrumentalización del aparato estatal. Esta *inversión es corruptora* de las raíces del Estado de derecho burgués; propende a deslegitimar al Estado y al entero sistema político.

La juricidad bien puede ser solo formal (cumplidora de procedimientos), pero no protectora y sujeta a los principios orientadores del Estado de Derecho (aspecto sustancial y material).<sup>(12)</sup>

Bien lo expresa también García de Enterría, cuando afirma que la ley, en sentido genérico, ha pasado de ser una garantía de libertad y se ha convertido en un arma más del poder público. De ahí que la ley, puede ser una fachada que tapa cualquier cosa, como el nazismo, el fascismo o el comunismo.<sup>(13)</sup>

Se trata de una mera legalidad formal, que encubre una dictadura real o sustancial. Y así el Estado de derecho no es tal porque produzca leyes, sino porque se respete en la vida real, la libertad y la dignidad de los administrados, de las personas de carne y hueso. Todo lo demás es mera habladería. Esa legalidad fascista, comunista o nazi, es falsa, porque viola los derechos y las libertades de las personas, no se respetan las libertades públicas ni los derechos humanos.

Se da una perversión del ordenamiento jurídico como indicó von Hippel.<sup>(14)</sup>

*OBSERVACION: Cualquier dictadura es la negación del Estado de Derecho y la perversión del bloque de legalidad.*

Ya se sabe que la legalidad burguesa, está garantizada *formalmente*; pero *sustancialmente*, la plutocracia niega esa legalidad y la igualdad ante la ley formal.

Además, del uso del Estado y del ordenamiento jurídico para violar las libertades públicas. Empero sigue siendo un desafío para las clases subalternas la lucha contra el abuso del poder público y por instaurar un Estado de Derecho efectivo.

En otras palabras, se está ante un reto democrático.

(12) GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Administración Pública y Libertad* (México: UNAM, 11 J., 1971, p. 39 a 46).

(13) Cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del Poder*, (Madrid, Civitas, 1974, p. 79 a 82).

(14) F. VON HIPPEL, *Die Perversion von Rechtsordnungen*. Tubingen, 1955, cit. GARCIA DE ENTERRIA, idem, p. 80.

#### IV. EL CONTROL DE LEGALIDAD

El sistema administrativo, jurídicamente expuesto, parte de la suposición de que la actividad de la pública administración es conforme a Derecho.

*OBSERVACION: Se supone la legalidad de la administración.*

Lo que se pone en juego es la capacidad para efectuar el control de la legalidad administrativa, a cargo de los agentes públicos, operadores del derecho y jueces en sentido amplio.

Los conceptos que se pueden correlacionar aquí son: Legalidad, discrecionalidad, arbitrariedad y oportunidad.

- a) *Legalidad*: Cumplimiento de la actividad administrativa con el ordenamiento jurídico.
- b) *Discrecionalidad*: Actividad del Estado facultada por el Ordenamiento Jurídico. Como bien lo expresa Ortiz, la discrecionalidad consiste en la elección de los elementos no regulados del acto administrativo, según un criterio subjetivo e individualizado, pero jurídicamente aceptable, desde el punto de vista de su adaptación al fin. Ello implica dos operaciones importantes:
  - i) La ponderación de los intereses públicos en juego frente a una situación de hecho, para determinar el fin del acto y la forma mejor posible de satisfacerlos en relación con los demás intereses y eventualmente, para no hacer nada y abstenerse.
  - ii) La elección de una configuración determinada del motivo y/o del contenido del acto, dejados en blanco por la ley, como medios para lograr el fin perseguido, si se opta por actuar.<sup>(15)</sup>

Como la ley (en sentido amplio) no puede preverlo todo ni tener en cuenta todas las circunstancias (el principio de legalidad pensado en forma literal, estricta es *irreal*), la Administración queda facultada para actuar siempre dentro del marco del total ordenamiento jurídico, aplicando criterios de discrecionalidad.

Así, la discrecionalidad es la libertad —jurídicamente tutelada— del Estado (en sentido laxo) para determinar y decidir su conducta imperativa frente a otros sujetos en cuanto a los aspectos de esa conducta no regulados por la ley.<sup>(16)</sup>

- c) *Arbitrariedad*: Se trata de la conducta del Estado (en sentido laxo) contraria a la ley, ya sea por desviación de poder o por *exceso de*

(15) ORTIZ, Eduardo, *Límites y contralor de la discrecionalidad administrativa en Costa Rica*, (San José, R.J. N° 28, 1984, p. 12).

(16) ORTIZ, Eduardo, *Límites y contralor...* op. cit., p. 11.

*poder.*<sup>(17)</sup> Es decir, la actividad pública no cumple con los fines asignados, sino que se desvía de los mismos o va más allá de los facultados por el ordenamiento jurídico.

- d) *Oportunidad*: Si la discrecionalidad es la libertad dejada a la Administración Pública de seleccionar y producir los elementos materiales del acto administrativo<sup>(18)</sup> que no han regulado ni la ley ni la jurisprudencia, la oportunidad es la adecuación del acto a su fin; es decir, la aptitud del acto para efectuar el fin legal que debe cumplir, en función de su motivo y/o de su contenido discrecional. Aplicando las reglas o criterios de la oportunidad, puntualiza Ortiz, se logra esa adecuación del motivo y/o del contenido discrecional al fin del acto. Tales criterios o reglas, también se conocen como pautas de la prudencia o de la *sana administración*. Ello conlleva el *deber* de buena administración.<sup>(19)</sup>

#### V. EL CONTROL SOBRE LA DISCRECIONALIDAD

Se tiende hacia un control más sustancial del poder discrecional por medio de: a) El control de los hechos determinados; b) Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados; c) El control por los principios generales del derecho.

El *control sobre el poder discrecional* no sólo se da mediante los elementos reglados del acto discrecional, por la finalidad de la actividad del Estado (como se vio anteriormente, apartado IV), sino también, y en forma más sustancial, mediante el control de los hechos determinados y por medio de los principios generales del derecho, además de la correlación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados.

- a) *Control de los hechos determinados*

Se trata del control sobre los hechos reales (el *factum* propio de la realidad) sobre o a partir de los cuales, la Administración afirma su actuación o potestad discrecional. Se analizan los hechos de la realidad, los cuales son (en cuanto que efectivamente), se han producido, o no son (en cuanto a que no existen).

Los hechos de la realidad no pueden ser inventados por la Administración para darle fundamento a actos discrecionales.

(17) ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de derecho administrativo*, (Madrid, Tecnos, T. I. 7ª ed. 1982, p. 159 a 161).

(18) Cf. Nuestro estudio sobre *El acto administrativo*, (San José, RCJ, N° 45, 1981).

(19) Cf. ORTIZ, *Límites y contralor...* op. cit., p. 18 a 21.

### b) *Los conceptos jurídicos indeterminados*

(Buen padre de familia, interés público, utilidad pública, buena fe, uso natural de las cosas, sana administración, buenas costumbres, orden público, etc.) juegan como un mecanismo de control respecto de los actos discrecionales.

Esos conceptos están presentes en todo el derecho y sus correspondientes ramas. También en política existen (democracia, libertad, etc.) y en economía (soberanía del consumidor, leyes del mercado, etc.), por ejemplo.

Esos conceptos son esponjas o multívocos, en el sentido de que existe un deber de indagar acerca de su contenido en un contexto del discurso determinado. Si se habla de "utilidad pública" o de "orden público" hay que analizar el contexto en el cual usan esos conceptos. Si se habla de "buen padre de familia", se debe situar históricamente ese concepto (en Roma antigua, Alemania, Francia, etc.), para su entendimiento dentro de las coordenadas de espacio y de tiempo.

Cuando la Administración argumentó que actuó discrecionalmente por "*causa de utilidad pública*", lo que procede es investigar acerca de si existió realmente esa "*utilidad pública*" o al contrario, si fue solo un argumento para darle cabida a la arbitrariedad del Estado.

El control mediante esos conceptos radica en el hecho de que el juez o el administrado puede comprobar si la argüida "*utilidad pública*" fue arbitraria o legalmente esgrimida por la Administración.

La discrecionalidad, legalmente amparada, implica que se debe hacer buen y legal uso de dichos conceptos. Es decir, actuar por razones de "orden público", cuando en la realidad se comprueba que ese "orden" está en peligro o desestabilizado (véase, entre otros *Orden público y conflictos sociales* de Gonzalo Diéguez, Pamplona, Universidad de Navarra, 1976).

### c) *Principios generales de derecho*

Ejemplos de tales principios son: igualdad, libertad, equidad. Estos principios resumen las ideas jurídicas dominantes en una época y lugar determinados con la experiencia cotidiana que una sociedad dada tiene de ellos (véase el artículo de García de Enterría *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Revista de Administración Pública, N° 40, 1963).

Sabiendo que el Ordenamiento Jurídico está formado por la "Ley escrita y por la no escrita" (cf. los artículos 7 y 8 de nuestra Ley de la Administración Pública), formando lo que se ha dado en llamar el "blo-

que de legalidad", tenemos que los principios generales de derecho integran ese bloque y ese ordenamiento. Forman parte de él. De este modo, el Juez pasa a ser un defensor del Ordenamiento Jurídico y no un mero aplicador de la letra de la Ley (aplicación mecánica y gramatical del texto de la norma jurídica).

La apelación (o el uso) a tales principios es fundamental en el derecho administrativo, de ahí el papel significativo de la jurisprudencia en defensa del Estado del Derecho y de la legalidad.

Se torna en vital el control de la discrecionalidad de la Administración, mediante dichos principios (sana administración, probidad en el uso de los fondos públicos, etc.) en manos del juez no sólo aplicando los principios de irracionalidad manifiesta, ilogicidad factual, proporcionalidad de los medios empleados a los fines establecidos, naturaleza de las cosas, sino también los de buena fe, ecuación financiera equitativa en los contratos administrativos, por ejemplo.

Los grandes principios de libertad e igualdad jurídica son entre otros, límites importantes a la citada discrecionalidad de la administración y gravitan esencialmente, frente a la arbitrariedad del Estado.

Así, con la ley escrita y la no escrita como límites a la discrecionalidad administrativa, se trata de imponerle al Estado el debido respeto a los valores, normas y principios básicos de carácter jurídico, que conforman el Ordenamiento Jurídico de un país.

## VI. CONCLUSION

El Estado de Derecho, vital para la sociedad democrática, tiene como punto de apoyo esencial el principio de legalidad; y, en su mejor acepción: *el bloque de legalidad*. Mantener vivo el *bloque de legalidad* implica una lucha por la sociedad democrática tan amenazada por aquellos sedientos de golpear la institucionalidad del país desde sus atalayas de poder económico, informativo, político o de cualquier otra índole.

Hoy más que nunca la defensa de la democracia y de las libertades públicas significa la presencia de ciudadanos dispuestos a vivir por el derecho y a morir por él, si fuere necesario.

## VII. BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

- ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu: la política y la historia*, (Barcelona, Ariel, 1974).
- BREWER-CARIAS, Allan, *Derecho Administrativo*, T. I. (Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981).
- BURDEAU, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, (Madrid, Editora Nacional, 1981).
- ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, (Madrid, Tecnos, 1982, T. I.).
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Revolución Francesa y administración contemporánea*, (Madrid, Taurus, 1972); *La lucha contra las inmunidades del poder*, (Madrid, Civitas, 1974); *La administración española*, (Madrid, Editorial Alianza, 1972).
- GODECHOT, Jacques, *Les constitutions de la France depuis 1789*, (París, Garnier-Flammarion, 1970).
- GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Administración pública y libertad*, (México, UNAM, 1971).
- HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, (París, Recueil, Sirey, 1921).
- KEYNES, John M., *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, (México, CFE, 1963).
- LAUBADERE, André de, *Traité élémentaire de droit administratif*, (París, LGDJ, 1970).
- ORTIZ, Eduardo, *Costa Rica: Estado social de derecho*, (San José, RCJ, N° 29, 1976). *Límites y contralor de discrecionalidad administrativa en Costa Rica*, (San José, RJ, N° 28, 1984); *Propiedad y urbanismo en Costa Rica: evolución y perspectivas*, (San José, RC, N° 30, 1981).
- ROMERO PEREZ, Jorge Enrique, *La ley de administración pública y el principio de legalidad*, (San José, RJ, N° 16, 1980); *Comentarios de la jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica*, (San José, Facultad de Derecho, 1982); *El acto administrativo*, (San José, RCJ, N° 45, 1981); *La sociología del derecho en Max Weber*, (San José, UCR, 1980); *La quiebra del estado liberal oligárquico y la descentralización administrativa*, (San José, UCR, Tesis de maestría en sociología, 1983).
- RODRIGUEZ VEGA, Eugenio, *El pensamiento liberal*, (San José, Editorial Costa Rica, 1980).
- SANCHEZ AGESTA, Luis, *Documentos constitucionales y textos políticos*, (Madrid, Editora Nacional, 1982).

## INDICE