

II. EXTRANJERO

ESPIRITU Y PERSPECTIVAS DE UNA REFORMA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA (*)

SUMARIO: 1. La situación actual: el contencioso anulatorio y constitutivo heredado de Francia.—2. El contencioso-administrativo francés.—3. La herencia francesa en España y L. A.—4. El «giudizio di ottemperanza».—5. La constitucionalidad de las potestades jurisdiccionales de ordenación y sustitución de la discrecionalidad administrativa.

1. LA SITUACIÓN ACTUAL: EL CONTENCIOSO ANULATORIO Y CONSTITUTIVO HEREDADO DE FRANCIA

La justicia administrativa se rige en C. R. por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA), número 3667, de 12 de marzo de 1966, versión costarricense de la correspondiente ley española del mismo nombre, de 27 de diciembre de 1965 (1). Ello significa que heredamos los principios e instituciones fundamentales del proceso administrativo español, inspirado en el francés, previa reforma constitucional que hiciera posible su recepción en nuestro ordenamiento (2). Dispone hoy el artículo 49 de nuestra Constitución Política (C. Pol. de 7 de noviembre de 1949):

(*) Ponencia presentada en el Congreso sobre «Reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica», organizado por la Corte Suprema de Justicia, durante los días 17 a 21 de marzo de 1986, en San José.

(1) Gonzalo RETANA SANDÍ, *La Jurisdicción Contencioso-administrativa en C. R. y su reforma*, «Revista del Colegio de Abogados», núm. 12, Imprenta Lehmann, San José, 1966.

(2) Disponía el artículo 49 C. Pol., en su versión original:

«Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa, con función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas.»

Esta versión contenía tres restricciones fundamentales al ámbito de la jurisdicción contenciosa que, como se verá por comparación con el actual artículo 49, más abajo transcrito, han desaparecido con la reforma constitucional del mismo; a saber:

«Art. 49. Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses de los administrados.»

Para desarrollar tal creación constitucional dispone el apartado 1 del artículo 1 de la Ley número 3667:

«Art. 1.º Por la presente ley se regula la jurisdicción contencioso-administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo...»

Hay una clara discrepancia entre el texto constitucional y el legal en punto al objeto de la misma jurisprudencia: el artículo 49 garantiza «la legalidad de la función administrativa», en tanto que el artículo 1.1 limita aquélla a conocer de la «legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo».

En efecto, la función administrativa es cosa distinta de los actos y disposiciones de la Administración, por ser más comprensiva. La función administrativa abarca también comportamientos materiales y servicios públicos (prestaciones administrativas), y, en relación con los actos y disposiciones, la actividad previa y necesaria para su emisión, no sólo la incorporada al procedimiento administrativo, sino, sobre todo, la génesis intelectual del acto mismo, en cuanto proceso de elaboración

i) Se limitaba a los «derechos administrativos» las situaciones jurídico-subjetivas objeto de tutela por la jurisdicción contenciosa, sin que jamás se produjera jurisprudencia que definiera claramente el alcance del giro en cuestión. Por lo pronto, quedaban excluidos de tutela los derechos no administrativos, que sólo pueden ser los nacidos de ramos del Derecho Privado, precisamente los más sagrados en las relaciones con la Administración.

ii) Se excluía el control sobre la discrecionalidad administrativa, pues aquél se restringía al «uso de facultades regladas», restricción ésta capital, que reducía a nada la jurisdicción contenciosa.

iii) Se excluía del control contencioso la conducta de la Administración no consistente en disposiciones de la Administración Pública, con lo que se dejaban fuera las actividades, los servicios públicos y hasta los actos concretos, por definición distintos de las «disposiciones», que se entienden normalmente como normas administrativas.

Las dos primeras limitaciones se aplicaron siempre estrictamente, pero no la última, pues siempre se entendió que el artículo 49 permitía controlar también actos concretos y más bien fue infrecuente —aunque posible— la anulación de reglamentos.

de su contenido (3). La actividad lógica y estimativa por la que se identifican y jerarquizan los intereses nacidos de los hechos de cada caso, que desemboca en la formulación de una regla administrativa individual para éste, consagrando la primacía del interés contemplado por la norma aplicable (la que atribuye la potestad discrecional y le asigna un fin público) (4), ha sido llamada la «función» administrativa, por contraposición al acto (5). Con tal sentido especial, y sobre todo como actividad intelectual y volitiva necesaria para la adopción y externación del acto administrativo, la función suele tenerse en C. R. —doctrinal y jurisprudencialmente— como parte del mismo, no obstante la posibilidad de tal fino distingo. Pero quedan indiscutiblemente fuera de los actos y disposiciones de la Administración todas sus demás formas de conducta para el logro de sus fines públicos, antes enumerados, y, naturalmente, el silencio administrativo, aun el que puede tenerse legalmente como denegación presunta de lo pedido (por la expiración de un lapso legal de dos meses sin respuesta expresa y notificada de la Administración), pues de éste puede discutirse, incluso, si es verdaderamente tal y auténtico ejercicio de la función administrativa, lo que no parece (6). Al aceptar su impugnabilidad —como lo hace—, la LRJCA está, si no contradiciendo, ampliando el estrecho ámbito de control jurisdiccional contencioso señalado por el artículo 1.1 LRJCA. La falla constitucional apuntada no es un acto de empirismo o de ignorancia del legislador, sino todo lo contrario: es el testimonio de una larga tradición cultural en la materia. Es obra del Derecho francés, quizá exagerada en su más cercana fuente de Costa Rica, que es el Derecho español, matriz de nuestra LRJCA.

En efecto, en Costa Rica —como en España— se exige la constitución previa de un acto impugnabile para ingresar a la jurisdicción contenciosa, mediante el llamado «agotamiento de la vía administrativa» o «vía previa» (por el uso oportuno de los recursos administrativos disponibles), y no sólo en acciones de resarcimiento, sino también en acciones de anulación, y aquí, en Costa Rica, tanto en asuntos de Derecho Público como de Derecho Privado de la Administración (dada la total unificación de jurisdicciones de o contra la Administración en Costa Rica).

En Francia, el requisito es exigible únicamente en el contencioso de derechos, subjetivo o de plena jurisdicción, no en el de legalidad o anu-

(3) Franco LEVI, *L'Attività Conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Turín, 1967, págs. 210 y ss., esp. 217 a 220.

(4) Massimo Severo GIANNINI, *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milán.

(5) Feliciano BENVENUTI, *Eccesso di Potere Amministrativo per Vizio della Funzione*, «Rassegna di Diritto Pubblico», Giuffrè, Milán, 1950, págs. 22 a 30.

(6) Véanse a este respecto los precedentes jurisprudenciales de la antigua Corte Federal de Venezuela a favor de la exclusión de la jurisdicción contenciosa en contra de hechos y comportamientos, así como el silencio administrativo, citados por Allan Randal BREWER-CARIAS, *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Universidad Central de Caracas, 1964, páginas 400 a 403.

lación (donde es de cumplimiento potestativo) (7), y exclusivamente dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa formal [encontrada orgánicamente en el Poder Ejecutivo o Administración Pública (francesa)], y no en los procesos de Derecho Privado contra la Administración o, en general, propios del juez judicial (8). Importa detenerse brevemente en el sistema francés, cuyos rasgos esenciales hemos heredado.

2. EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FRANCÉS

En Francia, como bien se sabe— la participación fundamental de la justicia de o contra la Administración es la que se da entre sus asuntos de Derecho Público y los de Derecho Privado: los primeros pertenecen al contencioso-administrativo propiamente dicho, a cargo de un sistema de jueces que hacen cúspide en el *Conseil d'Etat* y —como se apuntó— orgánicamente encuadrado dentro de la Administración francesa, con total autonomía funcional y jurisdiccional, y los segundos a cargo del Poder Judicial y de los jueces ordinarios, que funcionan bajo la autoridad suprema de la Corte de Casación.

Casi igualmente importante es la segunda partición interna de la jurisdicción contencioso-administrativa entre la objetiva, de legalidad o anulación, y la subjetiva, de derechos o de plena jurisdicción. En la primera se discuten la legalidad y validez de los actos de Derecho Público de la Administración; en la segunda, de la existencia y restablecimiento de los derechos subjetivos frente a ella, también de Derecho Público, principalmente en materia de contratos y de responsabilidad civil. Es lo típico de la jurisdicción objetiva el que sólo se puede pedir y obtener la anulación del acto ilegal; y de la segunda, el que pueden obtenerse, además, condenatorias al pago de indemnizaciones pecuniarias contra la Administración.

No obstante las apuntadas diferencias, hay reglas comunes a ambas jurisdicciones contenciosas. En ambas lo normal —cuando no lo necesario— es que toda acción sea, en primer término, de anulación, incluso la que se da en el contencioso subjetivo o de derechos (9). Lo cual sig-

(7) J. M. AUBY y Roland DRAGO, *Traité de Contentieux Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984, vol. 2, pág. 502.

(8) El fin mismo de la separación entre jueces administrativos y jueces judiciales en Francia es —entre otros— que los primeros puedan crear un régimen procesal especial y distinto del procesal común, lo que significa, de rechazo, que el juez judicial se rige por este último en todo caso, sin conceder privilegios a la Administración, como el de la vía administrativa previa, exclusivo de la jurisprudencia contencioso-administrativa. Los tratados franceses ni siquiera rozan la cuestión sobre si la vía previa también debe observarse por el juez judicial cuando juzga a la Administración, pues la respuesta negativa va implícita en el hecho mismo de su existencia separada de la del juez contencioso-administrativo; véase, respecto de la autonomía de ambas jurisdicciones sobre la Administración y del derecho procesal aplicable en cada una, Bernard PACTEAU, *Contentieux Administratif*, PUF, 1985, pág. 18.

(9) AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 2, pág. 492; René CHAPUS, *Droit du Contentieux Administratif*, Montchrestien, Paris, 1982, pág. 75.

nifica que el objeto del proceso es siempre, y en primer término, la validez de un acto que se impugna, por sí o como causa de lesiones a los derechos que se invocan. Y, consecuentemente, las acciones y sentencias posibles son meramente constitutivas o, a lo sumo, condenatorias al pago de sumas de dinero, es decir: para la anulación del acto o, además, para la reparación pecuniaria del derecho subjetivo violado por éste. No hay posibilidad de establecer acciones condenatorias para obtener actos o prestaciones de la Administración, cuya denegación ilegal o arbitraria puede generar únicamente responsabilidades civiles de ésta (10). Y las acciones declarativas o bien se dan por reenvío de un juez judicial (cuando interpretar el sentido o pronunciarse sobre la validez de un acto administrativo es cuestión prejudicial para el fallo) o bien por acción directa (de quien es parte de un caso ya surgido o inminente dentro del cual se discute el sentido o la validez de un acto existente o por dictarse) (11). Se trata, en todo caso, de acciones y sentencias declarativas comunes, en cuanto autónomas respecto de anulaciones y condenatorias posteriores, y que por ello aportan seguridad jurídica. Las declaraciones sobre el modo, método o forma de ejercer las potestades discrecionales frente al actor no parecen estar contempladas en la justicia administrativa francesa. Por mayoría de razón, tampoco es posible que el juez contencioso sustituya a la Administración y haga lo que ésta debe, pero no hace (12). La sentencia, excepcionalmente, contiene consejos y directrices sobre la forma de ejecutar el fallo, pero no son obligatorios para la Administración (13).

Las limitaciones de los poderes del juez frente a la Administración alcanzan también, naturalmente, la fase de ejecución de la sentencia contenciosa. Dada la prohibición de que el juez contencioso dirija órdenes a la Administración, ni por sentencia ni en su ejecución, tampoco puede hacerlo, ante la rebeldía de la Administración, contra el fallo anulatorio. En Francia —y en todo sistema de justicia administrativa—, la anulación del acto administrativo puede implicar la obligación de dictar otros para ajustar la conducta de la Administración a Derecho, y sobre todo para satisfacer verdadera —y no sólo formalmente— las pretensiones del actor victorioso, quien, sin tales nuevos actos, obtiene un triunfo pírrico. Si, por ejemplo, se ha anulado la denegación de una autorización, concesión o subvención, esas pretensiones se satisfacen únicamente si lo pedido es otorgado, nunca con la sola anulación del rechazo. El juez francés no puede, ni aun en tal hipótesis, ordenar a la Administración el otorgamiento de la autorización, etc. Puede, a lo sumo, si la Administración ejecuta o reitera el acto anulado, anular la reite-

(10) AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 2, pág. 376; CHAPUS, *op. cit.*, págs. 392 y ss.

(11) Se trata del contencioso «de interpretación» por reenvío o del de interpretación por acción directa, en ambos casos referido a un acto administrativo, dictado o por dictarse; véase, al respecto, Charles DEBBASCH, *Contentieux Administratif*, Dalloz, París, 1981, págs. 871 y ss.

(12) AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 1, págs. 228 y 229; Raymond ODENT, *Contentieux Administratif*, París, «Cours de Droit», fasc. 2, págs. 843 y 844.

(13) ODENT, *op. cit.*, págs. 846 y 847; AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 2, pág. 422.

ración e, incluso, imponer responsabilidades civiles (pecuniarias) a la Administración, y, eventualmente, hasta penales al funcionario culpable, pero para lograrlo el frustrado actor tiene que hacer otro juicio declarativo, que, así, es el primero de una cadena potencialmente infinita (14). Esto es así, sobre todo, en materia discrecional, pero también en cuanto a actos reglados o debidos.

Resaltan tres rasgos en el sistema contencioso francés:

a) El deliberado respeto de la autonomía de la Administración frente al juez, con titularidad por aquélla de una semiplena discrecionalidad sobre el caso, antes y después del fallo contencioso (15).

b) La consecuente focalización del control jurisdiccional sobre una mínima y crítica porción de la conducta de la Administración, que es el acto administrativo.

c) La eliminación de acciones y sentencias declarativas o condenatorias contra la Administración, sobre todo en el ejercicio de sus potestades discrecionales, salvo si se trata del pago de sumas de dinero.

Estos rasgos tienen larga historia, que es la única que puede explicar el sistema contencioso francés. En síntesis, obedecen al hecho de que el *Conseil d'Etat* —creado por el artículo 52 de la Constitución Republicana de 22 de Primario del año VIII— fue en un principio una dependencia del Gobierno francés con funciones meramente consultivas en lo tocante a la decisión de litigios con la Administración, que correspondían en propiedad al Ministro de cada ramo o Ministro-Juez (justicia administrativa retenida), hasta la Ley de 24 de mayo de 1872, fecha en la que se convirtió en tribunal de alzada contra las decisiones de primera instancia del Ministro (justicia administrativa «delegada») (16). Y no fue sino por jurisprudencia del mismo *Conseil d'Etat*, C. E. Cadot, 13 de diciembre de 1889, que éste pasó a ser juez con jurisdicción propia, independiente de las resoluciones previas del Ministro, que simultáneamente dejaron de tener autoridad jurisdiccional, para convertirse en lo que hoy son: en resoluciones administrativas de última instancia, que agotan la «vía previa» a la propiamente contenciosa y, más específicamente, a la de derechos, subjetiva o de plena jurisdicción (17).

El nacimiento y consolidación de la jurisprudencia originaria del *Conseil d'Etat*, bastante tardíos, son una consecuencia, por otra parte, del principio de la separación constitucional del Poder Judicial y del Gobierno, tal y como lo interpretó el Derecho de la Revolución Francesa, que por la Ley de Organización Judicial de la Asamblea Constituyente

(14) AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 2, págs. 432 y 433.

(15) ODENT, *op. cit.*, fasc. 2, págs. 837 a 849. Después del fallo anulatorio, el juez francés queda en libertad para volver a decidir la misma materia y, eventualmente, lo mismo, siempre y cuando no reitere los vicios censurados por aquél; se trata de una reducida limitación, que deja en pie una discrecionalidad casi plena frente y más bien en contra del actor victorioso.

(16) AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 1, págs. 222 y 223.

(17) *Le Conseil d'Etat*, Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1974, págs. 685 y 686; DEBBASCH, *op. cit.*, pág. 178.

de 16 de agosto de 1790 separó las funciones judiciales y las administrativas y prohibió radicalmente a los jueces interferir o perturbar la marcha de la Administración y juzgar a los administradores por actos de su función (18), lo que confirmó la Convención Nacional por Decreto de 16 de Fructidor del año III (de la Primera República Francesa), al prohibir a los jueces ordinarios conocer de cualquier especie de actos de la Administración (19). Obedecían los legisladores revolucionarios al temor contra los jueces heredado de la Monarquía absoluta, que vivió en constante conflicto con los antiguos *Parlements* (tribunales de la nobleza nombrados por el Rey) a lo largo de todo el Antiguo Régimen. Y la razón fundamental de tal separación de jurisdicciones judicial y administrativa se explica, todavía hoy, como una forma de autolimitación del Gobierno y de su Administración en favor de la justicia, por virtud de la cual se someten a un juez propio y comprensivo, que, si bien totalmente independiente en lo funcional, es, al menos, parte orgánica de ellos y, en todo caso, más conocedora de sus necesidades y de su régimen propio, en tanto que impartida por quienes, simultáneamente, son sus asesores o sus funcionarios (20). La autoridad jurisdiccional del *Conseil d'Etat* —jerarca de la justicia contenciosa francesa— ha sufrido, como lógica consecuencia, frecuentes ataques al hilo de los vaivenes políticos del Gobierno, sobre todo por obra de este mismo, que censura acremente aquellos de sus fallos que desmienten la sumisión del Alto Tribunal a sus dictados o políticas (21), en lo que este último ha sido siempre y es cada día más ejemplarmente altivo y audaz. En síntesis, se trata de una justicia administrativa altamente independiente, pero, al mismo tiempo, históricamente diseñada para no perturbar a la Administración y, en todo caso, para garantizarle sustancial autonomía dentro del campo de su competencia, al mismo tiempo que para ofrecerle una justicia especializada y más adaptable que la judicial común a las exigencias de autoridad de esa Administración. De conformidad, se trata de una justicia que nunca debe actuar como superior de la Administración, dándole órdenes o sustituyéndola, y que, sobre todo, está llamada a juzgar sólo la parte crítica de la incidencia del funcionamiento de la Administración sobre los otros sujetos, que es el acto imperativo y ejecutorio (*l'acte exécutoire* de HAURIOU), con exclusión del resto de la conducta administrativa, llamada a permanecer bajo la autoridad incontrolada de la Administración misma en la medida de lo posible.

Esta justicia parece incompatible, sobre todo, con una jurisdicción

(18) AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 1, págs. 380 a 386.

(19) AUBY y DRAGO, *op. cit.*, pág. 382.

(20) AUBY y DRAGO, *op. cit.*, pág. 182; la afirmación es casi unánime en la doctrina francesa, para lo cual véase, igualmente, ODENT, *op. cit.*, fasc. 1, págs. 279 a 281. En cuanto a la acumulación de funciones consultivas y administrativas en los jueces que integran el *Conseil d'Etat*, aparte de la propiamente jurisdicente, la tendencia en Francia es no sólo a aceptar tal situación, sino más bien a fomentarla, con el objetivo de lograr «una jurisdicción compuesta por jueces mezclados a la acción administrativa» (PACTEAU, *op. cit.*, págs. 45 a 47).

(21) AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 1, págs. 183 y ss.

general que no sólo controle el uso de la discrecionalidad administrativa, sino que la sujete a directrices u órdenes para su posterior ejercicio al actor victorioso, a partir del reconocimiento de las situaciones jurídicas de éste frente a dicha discrecionalidad, y que imponga ir más allá de la anulación del acto que las perjudique, hasta procurar el que las satisfaga. Se trata, incluso cuando es plena y tutelar de derechos subjetivos, de una jurisdicción sustancialmente objetiva, que garantiza la legalidad administrativa, pero no la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso, en la medida en que ello exija sujetar la discrecionalidad administrativa a órdenes o regulaciones del juez contencioso.

El sistema francés —creador de la más ilustre jurisprudencia latina en defensa de los derechos e intereses de las partes a costa de la discrecionalidad administrativa— no ha permanecido extraño —como resulta inevitable— al empuje del interés privado en una ampliación favorable a su causa de esa limitada función, y ofrece cada día más instrumentos de tutela efectiva de las partes y de la eficacia de los fallos en su beneficio, lo que ha motivado brillantes debates y tesis doctrinarias en las que se afirma la evolución del sistema hacia una justicia montada sobre todo para satisfacer situaciones jurídico-subjetivas (22). Y, en efecto, se ha enriquecido el arsenal técnico para lograr la ejecución de los fallos contencioso-administrativos, sobre todo por Ley de 16 de julio de 1980, que permite por primera vez en la historia francesa la imposición jurisdiccional contra la Administración vencida de las multas llamadas «astreintes» (por cada día de incumplimiento de la sentencia), y con ello convierte ésta en un verdadero mandato del juez sobre la Administración, con alcance —por todo lo dicho— que merece el calificativo de revolucionario (23).

(22) Véase, sobre todo, la obra de Bruno KORNPROBST, *La Notion de Partie et les Recours par Excès du Pouvoir*, que llega al extremo de identificar el interés legítimo con el derecho subjetivo para demostrar que el proceso por *excès du pouvoir*, objetivo o de anulación, es en realidad un contencioso también subjetivo, dado en función de los intereses del actor, para lo cual véase la citada obra (LGDJ, París, 1959, págs. 239 y ss.). Pero la brillante obra fracasa en su tesis, ante la limitación de las acciones y sentencias de lo contencioso-administrativo francés en cuanto a su objeto, que sólo puede ser la anulación (contencioso objetivo) o la condenatoria a un resarcimiento (contencioso de plena jurisdicción o subjetivo), pero nunca el reconocimiento de derechos subjetivos a actos administrativos concretos ni a formas específicas de ejercicio de la discrecionalidad administrativa en el caso de autos, a través de sentencias declarativas y de condena a actos o conductas específicas contra la Administración. El contencioso francés es siempre claramente objetivo por sus resultados.

(23) AUBY y DRAGO, *op. cit.*, vol. 2, págs. 551 a 553. Debe mencionarse también a este respecto, y como síntoma de la evolución del contencioso francés, aun del objetivo o *excès du pouvoir*, la intervención del llamado *mediateur* en favor de la ejecución de la sentencia contenciosa, pero limitada, en último término, a la publicación del incumplimiento o violación del fallo por la Administración en los llamados «Informes» de ese funcionario, versión francesa del *ombudsman* escandinavo, creada por la Ley de 3 de enero de 1973 y sus reformas; para lo cual, véase Bernard MALIGNIER, *Les Fonctions du Mediateur*, PUF, París, 1979, págs. 107 y ss.

3. LA HERENCIA FRANCESA EN ESPAÑA Y L. A.

La evolución es parecida en nuestros sistemas, heredados del francés, como el español y los de L. A.

En España no hay contencioso-administrativo formal porque todo es judicial, pero éste también excluye nominalmente las acciones y sentencias que no sean, total o parcialmente, anulatorias, respecto de las cuales, las de condena —que también sólo pueden ser al pago de sumas de dinero— resultan meramente consecuentes y accesorias. Tal es el encuadramiento ortodoxo, brillantemente expuesto en obras de gran aliento (24). Pero aquí también hay ya noticia del tratamiento de los «intereses legítimos» típicos de la jurisdicción objetiva y anulatoria como verdaderos «derechos reaccionales», que se comportan y que logran aceptación como tales en los fallos contenciosos, cuyo contenido se torna entonces declarativo de su existencia y exigencias frente a la Administración y, finalmente, condenatorio contra ésta a las conductas que pueden restablecer o satisfacer esos intereses (25). Todo lo cual lleva implícita la aceptación de éstos como situaciones sustanciales y no meramente procesales, dignas de reconocimiento y restablecimiento, como el derecho subjetivo, del que progresivamente se reputan como especie.

Pero la limitación indicada como propia de la versión ortodoxa de la justicia administrativa en España es la misma en Argentina y Uruguay, y muy parecida en Colombia, Venezuela y Costa Rica, donde se dan los sistemas de justicia administrativa más desarrollada de L. A.

En Buenos Aires se ha reconocido un contencioso exclusivamente de derechos, que no protege los intereses legítimos, y una mala jurisprudencia, equivocando el alcance del sistema francés y trasladando al contencioso de plena jurisdicción las limitaciones que tiene en Francia el de anulación, ha terminado por reducir a esta última el tipo de los pronunciamientos posibles del fallo contencioso argentino, que así pareciera aceptar sólo excepcionalmente las condenatorias contra la Administración, incluso las meramente pecuniarias (26). El artículo 62 del Código

(24) Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La Justicia Administrativa en España*, Cívitas, Madrid, 1974, pág. 90; lo mismo que sus *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Cívitas, Madrid, 1978, pág. 641, donde el ilustre autor define la pretensión de plena jurisdicción como «aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional no sólo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada»; lo cual confirman Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Cívitas, Madrid, 1981, vol. II, pág. 538, cuando dicen: «La L. J. (Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956) ... permite canalizar a través de un único proceso toda clase de pretensiones, bien las de simple anulación del acto o disposición impugnados, que es la pretensión básica y siempre necesaria (art. 41), o bien las adicionales a ésta consistentes en el reconocimiento de la situación jurídica individualizada...»

(25) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, vol. II, págs. 535, 536, 539 y 540.

(26) Agustín GORDILLO, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, págs. 760 y 761.

Contencioso-Administrativo de la provincia de Buenos Aires llega hasta prohibir pronunciamientos relativos a derechos subjetivos en el fallo contencioso, no obstante lo cual hay autores que sostienen la posibilidad de que la sentencia los contenga si son también propios de la pretensión deducida (27), pero hay quienes lo niegan (28). En síntesis, pareciera que allá son de difícil aceptación acciones y sentencias condenatorias contra la Administración, sobre todo si no son puramente pecuniarias. Parece darse una casi total reproducción de las limitaciones contra los poderes del juez en el proceso de anulación francés, sin la correlativa ampliación de esos poderes existentes en Francia en el contencioso de derechos.

En Uruguay la Constitución crea un Tribunal Contencioso-administrativo (Sección XVII de la Constitución de 1952) separado del Poder Judicial; el primero conoce de las acciones de anulación contra actos administrativos, el Poder Judicial de las acciones resarcitorias. El Tribunal Contencioso tiene todas las limitaciones del juez francés al resolver el recurso por *excès du pouvoir*: sólo puede anular, sin otro pronunciamiento, y no puede dictar condenatorias de ninguna especie, como tampoco órdenes ni prohibiciones contra la Administración. Su sentencia es requisito previo para la acción judicial de reparación, aunque existe la posibilidad de una «reserva de la acción resarcitoria sin llegarse a anular el acto», por dictado expreso del artículo 312 de la antedicha Constitución (29), lo que configuraría una acción y una sentencia meramente declarativas, antecedentes de las resarcitorias ante el juez judicial (30).

En C. R., la LRJCA contempla sólo dos tipos de acciones y sentencias estimatorias, las clásicas del D. francés: de anulación unas, correlativas de intereses legítimos, que no permiten otro pronunciamiento, y las otras, de reconocimiento y restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas, que son sólo los derechos subjetivos, única forma de posición jurídica del administrado que se reputa susceptible de verdadera lesión y de restablecimiento, fundamentalmente a través de indemnizaciones pecuniarias (arts. 10, 22, 23 y 62 LRJCA). Pero nuestra ley abre claramente la posibilidad para acciones meramente declarativas, pues las de anulación se darán «en su caso» (art. 22 *ibidem*), lo mismo que la sentencia anulatoria [art. 62.a)], lo que indica que estas

(27) Manuel María Díez, *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1983, págs. 216 a 218 y 256.

(28) Julio A. PALACIOS, *La Acción Contencioso-administrativa*, Editorial Fides, La Plata, 1975, pág. 214.

(29) Héctor GIORGI, *El Contencioso-Administrativo de Anulación*, Editorial Martín Bianchi, Montevideo, 1958, págs. 81 a 85, 278 y 282 a 285; Julio PRAT, *Derecho Administrativo*, Editorial ACALI, Montevideo, 1982, tomo 5, vol. 3, págs. 181, 185 y 186; Alberto Ramón REAL, *Estudios sobre Derecho Administrativo*, Centro Estudiantes de Derecho, vol. II, págs. 104 y 105.

(30) En Uruguay queda siempre abierta a la Administración la posibilidad de reiterar el acto anulado —en cuanto a su disposición lesiva— con fundamentación distinta de la que dio origen a la anulación jurisdiccional; para lo cual véase GIORGI, *op. cit.*, págs. 278 y 296.

últimas son eventuales o que no son necesarias; y, sobre todo, las pretensiones de restablecimiento del derecho subjetivo pueden pedir cosa distinta del dinero, a lo que podrá acceder la sentencia, con lo que, al menos en favor de derechos subjetivos, se habilita la posibilidad de condenatorias específicas (posibilidad totalmente desaprovechada por la jurisprudencia existente), todo según resulta de la redacción y relación de los artículos 23 y 62.c). Todo lo cual viene complementado por el artículo 76, que faculta al Tribunal o juez para dictar en forma amplia «las medidas necesarias y apropiadas para su pronta y debida ejecución» (del fallo contencioso). Este cuadro legal permite concluir en que, en C. R., la ley permite acciones y sentencias declarativas y condenatorias a actos y comportamientos específicos contra la Administración, igualmente que en ejecución del fallo, a la par de una jurisprudencia que no ha logrado consolidar esa apertura legal, negando aquella posibilidad en lo que toca al ejercicio de potestades discrecionales y reservándola únicamente para los asuntos de Derecho Privado de la Administración (de los que también conoce) y para aquellos que tienen que ver con actos o comportamientos debidos y reglados. Ello hace pensar en la necesidad de la reforma que proponemos y explicamos.

La evolución hacia un contencioso declarativo y condenatorio ha cobrado forma incipiente en Colombia, donde se ha deslizado la acción de resarcimiento y de restablecimiento de situaciones jurídicas de la anulación previa de un acto, con base en un simple interés legítimo, pero con la inexplicable limitación de que ello será posible sólo cuando la causa de pedir sea un hecho o un acto lesivo «cuya prueba ofrezca grave dificultad»; ello en virtud de reciente reforma creadora de un nuevo Código Contencioso-Administrativo por Ley número 58 de 1982 y el Decreto-ley número 1 de 1984 (31). En Venezuela parecieran posibles las acciones contenciosas meramente declarativas, lo mismo que las condenatorias contra la Administración, pero la jurisprudencia citada en apoyo no parece muy explícita y pareciera haber controversia al respecto, en punto a la posibilidad de acumular pretensiones de anulación con las de plena jurisdicción y, sobre todo, de deducir pretensiones de condena no pecuniaria, sino a actos específicos de la Administración, discrecionales o no (32).

(31) Jaime VIDEL PERDOMO, *Derecho Administrativo*, Temis, Bogotá, pág. 422.

(32) Alan R. BREWER-CARIAS, *Jurisprudencia de la Corte Suprema, 1930-1974*, tomo V, vol. 2: «La Jurisdicción contencioso-administrativa. Los recursos de anulación y de plena jurisdicción», págs. 509 y 510 y ss.; pero otro jurista venezolano sostiene una tajante distinción entre contencioso de anulación y de plena jurisdicción, que hace taxativos los casos en los que puede haber una jurisdicción mixta (que abarque acciones y sentencias de uno y otro tipo), con drástica limitación de cada uno de los tipos al modelo francés (anulación en contencioso objetivo y anulación más indemnización pecuniaria en el contencioso subjetivo); para lo cual véase Antonio MOLES CAUBET, «Rasgos Generales de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en la obra colectiva *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Instituto de Derecho Público, Universidad Central, Caracas, 1979, págs. 74 a 77. Para una clara exposición del tema de la distinción y conexión entre contencioso de anulación y de plena jurisdicción en Derecho venezolano, léase, del mismo autor BREWER-CARIAS, *Las Instituciones Fundamentales...*, op. cit., págs. 394 y ss.

El único sistema latinoamericano donde aparentemente hay la posibilidad de acciones y sentencias declarativas y condenatorias contra la Administración, sin límites sustanciales, es en Brasil, pero no tenemos seguridad de que ello sea así incluso en cuanto al ejercicio de potestades discrecionales, y más bien la posibilidad pareciera limitada a hipótesis de actos o actividades vinculadas, como los servicios públicos (33).

En síntesis, fuera de excepciones limitadas, muy lacónicamente justificadas y, en ocasiones, dudosas, pareciera haber marcada sujeción de lo contencioso-administrativo latinoamericano al modelo anulatorio francés, por virtud de lo cual, ni en sentencia, ni en su ejecución, es posible en L. A. condenar a la Administración a la realización de actos que han dejado de ser discrecionales en el caso (aunque lo sean en la ley) o, al menos, a la observancia de límites y determinaciones específicas en el ejercicio de la discrecionalidad residual posterior al fallo anulatorio, en beneficio del fin público de la respectiva potestad administrativa y, sobre todo, de la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso. La sustitución jurisdiccional de la Administración y, sobre todo, de la discrecionalidad administrativa es imposible en España y en L. A. La jurisdicción contenciosa hispanoamericana continúa siendo fundamentalmente objetiva y en beneficio de la legalidad administrativa, pese a la legitimación por situaciones subjetivas exigida en todos los respectivos países para su puesta en marcha. La marca dominante del Derecho francés es indeleble. Esto nos lleva directamente al único sistema latinoamericano en el que pareciera hallarse en plena evolución una jurisdicción contenciosa de signo contrario: es el caso de Italia.

4. EL «GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA» (34)

Podría traducirse como juicio de acatamiento o de cumplimiento del fallo ejecutorio, pero ello no sería significativo porque hay consenso en

(33) M. SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Actos Administrativos pelo Poder Judiciario*, Libreria Forense, Sao Paulo, 1979, págs. 156, 390 a 396 y 399 a 400. Sorpresivamente, el ilustre jurista, que sostiene no sólo la posibilidad legal, sino también la normalidad de acciones contenciosas declarativas y condenatorias contra la Administración (sujeta al Derecho Público), en sentido amplio y con restricciones excepcionales por texto de ley, sostiene también el carácter extraordinario, infrecuente y excepcional de las acciones y sentencias constitutivas contra la Administración, lo que deja sin ámbito propio en Brasil las acciones y sentencias anulatorias contra ella, el típico ejemplo de las acciones constitutivas; para lo cual véase *ibidem*, pág. 398. Lo cual significa que en el único país de L. A. donde se admiten con generosidad las condenas contra la Administración en el uso de sus potestades públicas —si hemos entendido al ilustre jurista brasileño—, se niega la anulación jurisdiccional de actos administrativos como contraria a la separación constitucional de poderes, y se neutraliza así de un golpe lo que se había avanzado en el terreno de la jurisdicción subjetiva.

(34) Resulta inútil apostillar abundantemente el tema del juicio de *ottemperanza*, a cuya exposición dedicaremos tantas páginas, siendo así que será tema de otra conferencia del mismo ciclo, por el profesor GIANNINI. Pero conviene apuntar como fuentes principales del enfoque que sustenta su existencia y desarrollo, lo mismo que la de las ponencias del suscrito en el seno de la Comisión Redactora de la Re-

la doctrina italiana sobre el hecho de que este peculiar proceso no es para ejecutar el fallo en el sentido ortodoxo del término, lo que también resulta una objeción contra la traducción sugerida. Preferimos darle el nombre en su lengua original.

El mérito del «proceso de *ottemperanza*» italiano es haberse hecho cuestión de lo que los otros sistemas dan por sentado, a saber: la llamada ejecución del fallo contencioso ¿es realmente tal o es cosa distinta?

En el proceso civil o común, la sentencia declara derechos a prestaciones determinadas; en el proceso contencioso declara la existencia de un interés lesionado, el cual, como tal, es el interés a una resolución administrativa de un caso concreto, en función de un interés público (el de la potestad respectiva) y otro privado (el puesto en relación con este último por obra de los hechos del caso). Esa resolución puede ser —y normalmente es— obligatoria en cuanto a su emisión, en ejecución del fallo, en tanto que necesaria a tal efecto; pero puede ser discrecional en cuanto al contenido, que la sentencia no define o define sólo parcialmente. Anulada la resolución, restan por satisfacer ambos intereses, pues la potestad vuelve al estado anterior a su primer ejercicio. Surge aquí la magna cuestión de si la función fundamental del proceso

forma a la Justicia Administrativa en C. R., las obras fundamentales sobre la materia, a saber: Massimo Severo GIANNINI y Aldo PIRAS, *Giurisdizione Amministrativa e Giurisdizione Ordinaria nei Confronti della Pubblica Amministrazione*, voz de la «Enciclopedia del Diritto», Milán, 1969, esp. págs. 253 a 257, 264 y 265; Aldo PIRAS, *Interesse Legittimo e Giudizio Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1962, principalmente el vol. II, caps. II y III; Mario NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 1976, págs. 275 y ss., esp. 287 a 292, así como la espléndida contribución del mismo autor sobre el tema a lo largo de varios años y varios trabajos precedentes a la obra ya citada, en sucesivos artículos esclarecedores, ahora en el volumen *La Riforma del Processo Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1980, particularmente los artículos «Linee di una Riforma Necessaria e Possibile del Processo Amministrativo» (páginas 142-149) y «Problemi Veri e Falsi della Giustizia Amministrativa» (págs. 72 a 78), pero, sobre todo, el artículo suyo publicado en el volumen colectivo *Il Giudizio di Ottemperanza*, Giuffrè, Milán, 1983, titulado «Il Giudicato Amministrativo ed il Processo di Ottemperanza», que es quizá la sistematización más completa hasta la fecha sobre el espinoso tema; las actas del *Convegno sull'Adempimento del Giudicato Amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1962, donde son notables las relaciones de Aldo SANDULLI («Consistenza ed Estensione dell'Obbligo delle Autorità Amministrative di Conformarsi ai Giudicati»), de Massimo Severo GIANNINI («Contenuto e Limiti del Giudizio di Ottemperanza»), de Enrico GUICCIARDI («L'art. 27.4 e il giudicato amministrativo») y de Feliciano BENVENUTI («Valore delle Pronunce ex art. 27.4 t. u. del Consiglio di Stato e loro esecuzione»); las actas del *Convegno sobre il Giudizio di Ottemperanza*, Giuffrè, Milán, 1983, en las que son notables las contribuciones de NIGRO, ya citada, y, además, la relación de Alberto DE ROBERTO («Presentazione del Tema del Convegno»), el aporte de Franco PIGA («L'Ottemperanza: Giudizio di Cognizione o Esecuzione»), de Corrado CALABRO («L'Ottemperanza como Prosecuzione del Giudizio Amministrativo») y de Franco Gaetano SCOCA («Aspetti Processuali del Giudizio di Ottemperanza»), y, finalmente, tres importantes obras doctrinarias, una de Franco LEVI, *L'Attività Conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Turin, 1967, esp. págs. 209 y ss.; una segunda de Franco Gaetano SCOCA, *Il Silenzio della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milán, 1971, esp. Sección Segunda: «Il Silenzio Amministrativo e Interesse Legittimo», págs. 99 y ss., y Guido GRECCO, *L'Accertamento Autonomo del Rapporto*, Giuffrè, Milán, 1980, esp. la segunda parte, sobre «Profili Ricostruttivi», págs. 109 y ss.

contencioso es meramente anulatoria o, más bien, de satisfacción de esos intereses. Si —como ya se ha sostenido en este estudio— la anulación es instrumental respecto de la realización de las utilidades buscadas, cuya creación es el fin primario del proceso, resulta evidente que la ejecución del fallo, mucho más que el cumplimiento de obligaciones dadas por éste —o de sus necesarias consecuencias jurídicas—, es la adopción de nuevos actos administrativos de ejercicio de la misma potestad discrecional, conducentes a la obtención de dichas utilidades, públicas y privadas. Es decir, es la admisión de actos, debidos y necesarios, pero discrecionales por motivo y/o contenido, llamados a satisfacer el interés público y el privado que pone en juego el correcto ejercicio de la potestad discrecional que dio base al acto anulado. Se trata de extraer del fallo orientaciones suficientes para guiar esa discrecionalidad administrativa posterior a su emisión, teniendo en cuenta, sobre todo, los considerandos y la motivación del fallo, sobre todo los hechos que lo fundamentan, al modo cómo se aplican un concepto o una norma indeterminados. Si esto es ejecución es, ciertamente, una muy peculiar y distinta de lo que normalmente suele llamarse tal, a partir de obligaciones específicas y determinadas por su contenido en un título ejecutivo o en un fallo común.

Esto aclara —en segundo lugar— que el contenido de un fallo contencioso anulatorio se puede desglosar en varios tipos de obligaciones a cargo de la Administración vencida, a saber: la obligación legal genérica e indeterminada de darle cumplimiento en letra y en espíritu; las obligaciones específicas y expresas que el fallo pone a cargo de la Administración con ese mismo objeto; las obligaciones de la Administración no indicadas en el fallo, pero necesarias para que, en un nuevo ejercicio de la discrecionalidad, la Administración restituya las cosas al estado anterior al acto anulado y para que —lo que es igualmente importante— satisfaga en lo jurídico y factualmente posible la pretensión del actor victorioso, tomando como punto de partida el texto del fallo y los hechos de éste que afectan la relación entre dicho actor y su interés, por un lado, y la potestad que dio base al acto anulado, por otra. La tendencia doctrinal más sólida en Italia es —como se dijo— la de que, si la anulación ha tenido lugar por inexistencia o defecto de los motivos discrecionales del acto, la Administración debe, en ejecución del fallo, otorgar lo pedido o querido por el actor (GIANNINI y NIGRO).

Esto tiene sentido en muchas ocasiones en las que la anulación recae sobre un acto lesivo, como una expropiación, pues una vez anulada ésta nace del fallo no sólo la obligación de restituir lo expropiado y de reparar los daños causados por la expropiación, sino la de no reiterarla en contra del actor, salvo que impongan lo contrario el Derecho o los hechos nuevos, de índole excepcional. Este deber de no reiterar el acto lesivo puede ser expreso o no, pero es siempre existente, pues sin el mismo se limitaría sustancialmente la utilidad que el proceso tendría para el actor. Lo que se satisface es, en realidad, el interés de éste en que no le sustraigan la cosa, que sólo queda satisfecho a medias si la

devolución de lo sustraído es meramente temporal. El interés es que el fallo —en lugar de la Administración rebelde— establezca que la expropiación, examinados los hechos del caso y mientras no aparezcan otros en ejecución del fallo que excèpionalmente puedan justificar lo contrario, es improcedente y no reiterable. Se trata de un juicio que es, entonces, sobre situaciones subjetivas del actor y no, o no solamente, sobre actos.

Pero donde más se revela la necesaria incidencia del fallo sobre la conducta posterior de la Administración es, como se apuntó, en las hipótesis de denegación de actos favorables, lo que bien puede entenderse también como la denegación de actos menos desfavorables. En esta hipótesis —cuando se anula la denegación de una autorización, licencia, permiso, aprobación, concesión, dispensa o la denegación de una incidencia menos grave de un acto *ablatorio* o lesivo— la sentencia resulta totalmente inútil al actor si no contiene, fuera de la anulación, un mandato de que se otorgue lo ilegítimamente denegado, salvo que lo prohíban la ley o hechos posteriores al fallo, en los casos de excepción en los que estos últimos pueden jugar.

El juicio de *ottemperanza* tiene específicamente por objeto hacer valer los deberes de la Administración nacidos del fallo anulatorio —aunque no necesariamente de su texto—, indispensables no sólo para borrar las consecuencias o secuelas del acto anulado, sino para satisfacer las pretensiones del actor victorioso en la medida de lo posible, teniendo en cuenta las limitaciones y guías que el fallo contiene al respecto frente a la Administración, en su disposición y motivación, siempre que lo permitan el ordenamiento escrito y los hechos del caso fallado, con los cuales tienen que guardar estrecha o directa relación aquellas pretensiones. Y se dijo ya que los hechos nuevos y posteriores sólo excepcionalmente pueden servir para impedir o justificar la inejecución del fallo.

Pero, si bien el supuesto nominal de este juicio de *ottemperanza* —el incumplimiento del fallo por la Administración— no trasluce su originalidad, donde más sale a la luz es en punto a las medidas que el juez puede adoptar a título de sentencia. Estas son órdenes de hacer, dar, no hacer o soportar, incluso, dictados tocantes al ejercicio de la potestad discrecional de la Administración, naturalmente excepcionales, pues esas órdenes afectan actos debidos o reglados en la normalidad de los casos. Pero pueden darse, además, medidas conminatorias —subsiguientes o simultáneas con las órdenes y mandatos— y represivas, ejecución de las conminaciones o apercibimientos y consistentes en anulaciones de los actos violatorios de la letra o del espíritu de la sentencia. Lo que más caracteriza este proceso de *ottemperanza*, sin embargo, son las potestades de sustitución del juez sobre la Administración, renuente a ejercer su discrecionalidad o a ejercerla con las bases, fines y límites que el fallo le indica, o que indican al juez tanto como a la Administración los hechos probados en relación con los fines de la potestad discrecional en juego, aunque el fallo no los contenga expresamente. Es decir, el juez, en sede de *ottemperanza*, puede conocer de las bases, condiona-

mientos de contenido y fines inmediatos de las medidas discrecionales que deben adoptarse para satisfacer las pretensiones del actor en armonía con el interés público y con la ley, y puede sustituir a la Administración en la adopción de estas medidas, si ésta no adopta ninguna o adopta aquellas que, a juicio del juez con vista de los hechos probados, no son debidas o son inconducentes para lograr la satisfacción del actor dentro de aquellos límites. Dudoso es si se trata de sustitución de la discrecionalidad por ilegitimidad de los actos discrecionales dictados por la Administración o, meramente, por discrepancia con ésta en relación con aspectos propiamente discrecionales y de mérito de dichas resoluciones, no atinentes a su legitimidad. Es cierto que, ante la inercia de la Administración después del fallo anulatorio, o una vez removidas como indebidas las resoluciones adoptadas por ésta, con vista en los hechos probados y el Derecho del caso, el juez puede hasta sustituir plena —aunque excepcionalmente— a la Administración en el ejercicio de sus potestades y dictar los actos discrecionalmente necesarios para cumplir los fines del fallo en relación con los intereses y derechos del actor victorioso en el juicio declarativo anterior, siempre bajo la guía del interés público en juego y de la norma escrita, tal y como resultan presentes de acuerdo con aquellos hechos. Estas sustituciones son, como se dijo, excepcionales, pero posibles (35). El límite que parece observar el *Consiglio di Stato* en los fallos de *ottemperanza* está generalmente en abstenerse de sustituciones que impliquen procedimientos administrativos nuevos, o actos y diligencias reales y no meramente actos administrativos. Si la Administración se niega a admitir en sus oficinas al servidor público reinstalado, aquel Alto Tribunal no lo coloca físicamente en su sede propia; y si para sustituir a la Administración hay que desarrollar todo un procedimiento administrativo nuevo, tampoco lo abre, limitaciones que no dejan de ser graves. Pero el juicio de *ottemperanza* significa por sí un neto avance de los poderes del juez y de la jurisdicción contencioso sobre la Administración, por comparación no sólo con sistemas —como el francés— en los que no hay órdenes ni menos sustituciones jurisdiccionales contra la Administración vencida

(35) La doctrina italiana es unánime al respecto, aunque haya enfoques varios respecto del grado en que la sustitución jurisdiccional de la Administración puede darse; todos admiten, al hilo de la jurisprudencia del *Consiglio di Stato*, que el juez de la *ottemperanza* puede realizar actos equivalentes de los discrecionales de la Administración en lugar de ésta, cuando ello resulte el único medio o modo para vencer la resistencia injustificada de la Administración a satisfacer las pretensiones del actor victorioso mediante nuevos actos discrecionales posteriores al fallo anulatorio. Véanse, al respecto, GIANNINI, *op. cit.*, págs. 264 y 265; DE ROBERTO, *op. cit.*, págs. 49 a 51 y 57 a 58; NIGRO, *Il Giudizio di Ottemperanza*, *op. cit.*, pág. 106; Guglielmo ROHERSSEN DI CAMMERATA, «L'Azione Esecutiva nei Giudizi contro la Pubblica Amministrazione nel Diritto Italiano», *Estudios de Derecho Administrativo*, Universidad de la República, Montevideo, 1979, vol. II, págs. 301, 302 y 304. Innecesario resulta insistir: hay total acuerdo sobre el hecho de que el juez de la *ottemperanza* tiene potestades sustitutivas de la discrecionalidad administrativa cuando ésta se ejerce mal y ello resulta la única forma posible de vencer ese mal ejercicio. Esto ha sido reconocido, además, por pronunciamientos de la Asamblea General del *Consiglio di Stato*, núm. 23 de 1979, según lo informa DE ROBERTO, *op. cit.*, pág. 50.

en juicio, sino también con aquellos —como el alemán— que reconocen acciones y sentencias declarativas y condenatorias contra ella, pero que respetan en último término la discrecionalidad administrativa, que puede ser guiada y dirigida, pero nunca sustituida, por el juez del sistema.

Son varias las explicaciones posibles sobre la naturaleza de este juicio. La mejor parece ser la de quien más luminosas páginas le ha dedicado, cuando ha dicho que se trata de un juicio «necesariamente de conocimiento» y «eventualmente de ejecución». Explica el profesor Mario NIGRO, de Roma, diciendo:

«Todo me lleva a insistir en la definición del juicio de *ottemperanza* como juicio mixto de conocimiento y de ejecución. Mixto, en doble sentido. En el sentido de que el juez de la *ottemperanza* acumula una actividad de conocimiento (cuando despeja las reticencias e insuficiencias del fallo: en lo que verdaderamente lo “integra”) y una actividad ejecutiva (cuando asume las medidas necesarias para traducir efectivamente en la realidad el Derecho dictado por el primer Juez y por él mismo, el Juez de la *ottemperanza*) («Actas del 27mo Convegno di Studi di Scienza della Amministrazione», *Il Giudizio di Ottemperanza*, Giuffrè. Milán, 1983, pág. 100).

Importante es establecer, dada esa naturaleza, cuál es el objeto o la materia de este juicio.

Unos dicen que éste es precisamente la total relación jurídico-administrativa creada por los hechos del juicio (GIANNINI, PIRAS y GRECCO); otros —que no encuentran posible una relación de contenido indeterminado y determinable exclusivamente a través de actos discrecionales— entienden que se trata más bien del ejercicio de la potestad en todo su arco de duración (NIGRO), y otros, finalmente, creen que el objeto y materia están en el interés legítimo, cuya satisfacción, a partir del fallo anulatorio, es la base y guía para el descubrimiento de su verdadero alcance y contenido (SCOCA). En nuestro concepto es correcta la primera de tales tesis, pero mucho más claro y asequible para el jurista costarricense la segunda, sin que, por otra parte, se halle gran distancia entre una determinada y cualquiera de las otras dos. De conformidad con el proyecto de articulado propuesto, nos hemos referido al «ejercicio de la potestad» como al objeto y materia del proceso contencioso, sin que pueda decirse que ello implique inzanjable rechazo de ninguna de las otras dos teorías (la de la relación jurídico-administrativa y la del interés sustancial por satisfacer).

Para entender estas tesis es necesario partir de una explicación común a todas. En efecto, lo importante es entender la relevancia decisiva de los hechos que justifican o pueden justificar el ejercicio de una potestad discrecional frente a otro sujeto, llamado a recibir sus efectos como destinatario del acto en que ese ejercicio se concreta. Esos hechos tienen fuerza normativa del caso que componen y permiten formular

una regla de conducta que llena o determina el contenido del acto administrativo. El interés es la posición o situación jurídica del destinatario potencial del acto (antes de su emisión o después de su anulación), que espera que éste le sea lo más favorable posible y que la norma casuista de conducta en que se base permita satisfacer su pretensión. Se trata de un interés sustancial en un bien de la vida, que sólo puede procurarle un acto administrativo. Y para ese efecto la ley lo arma con potestades de participación en el procedimiento administrativo que lo capacitan para hacerse oír ante la Administración e influirla para lograr de ella el acto más favorable posible dentro del caso. Hay, desde antes del juicio y del acto, desde que se inicia el procedimiento administrativo para dictarlo y, todavía más, desde que ocurren los hechos que le sirven de antecedente, una verdadera relación jurídica entre el interés legítimo y la potestad discrecional, cuyo objeto es el acto administrativo favorable al actor, de contenido indeterminado, pero determinable a partir de tales hechos, cuya virtud normativa es igual para todo el que se encuentre ante ellos. La apreciación en concreto de esos hechos permite encontrar el método o la vía correcta para dictar el acto dándole contenido, y es la inobservancia de ese método lo que provoca el proceso, evidentemente, no para anular el acto desfavorable, sino para obtener el favorable. Ahora bien, cuando surge el juicio de *ottemperanza* ya la sentencia anulatoria está firme y para ser ejecutada. En el juicio de *ottemperanza* el juez tiene que tener en cuenta no sólo el fin público que la Administración vencida debe lograr mediante el ejercicio de la potestad discrecional, sino también la pretensión del actor victorioso y garantizar a éste la observancia por la Administración de aquel método de razonamiento y valoración para formular el contenido del acto, con vista del fallo ya dictado, de sus hechos probados y de la situación real en que actúa la Administración después de la anulación, a la cual la sentencia tiene que adaptarse en algún grado. Se trata de que el juez garantice en lo posible la satisfacción de la pretensión del actor victorioso en el proceso de anulación, para lo cual éste tiene eventualmente que sustituir a la Administración en el ejercicio debido de su potestad discrecional, de acuerdo con el modelo para tal ejercicio que el juez descubra e imponga, si la Administración lo rechaza, por acción u omisión. No se trata, ciertamente, de actividad administrativa, sino de actividad jurisdiccional sustitutiva, pero equivalente de la Administración, desde el punto de vista de sus efectos.

La cuestión capital que surge después de lo dicho es: esa actividad jurisdiccional sustitutiva de la discrecionalidad administrativa no ejercida o mal ejercida, ¿es control de legalidad o de oportunidad?

En la medida en que se trate de la formulación de una regla del caso de acuerdo con sus hechos, es cuestión de legitimidad. Si los hechos imponen una regla que es igual para todo el que los conozca o esté situado en o por ellos, la aplicación de esa regla es un imperativo jurídico y su ignorancia una forma de ilegitimidad. Y en la medida en que la regla casuista debida o única no se descubra por mal conocimiento de

los hechos o ignorancia de los intereses que activan o de su jerarquía (importancia) dentro de la situación, habrá también una ilegitimidad, más de la función que del acto administrativo. Todos los defectos lógicos y estimativos en la elaboración y formulación de la regla del caso, surgida del mismo y al mismo referente, son vicios del acto o de la función y repercuten en la validez del primero.

El juicio de *ottemperanza* va más allá, porque afecta también a lo que es propiamente discrecional. Cuando el caso sugiera varias reglas aplicables, porque aparezcan alternativas para lograr el fin público de la potestad y satisfacer la pretensiones del actor victorioso, la Administración podrá escoger, pero también deberá hacerlo en virtud del carácter necesario de su conducta para la satisfacción de ambos intereses. Si la Administración no lo hace o lo hace mal, desde uno o de ambos puntos de vista (interés público y pretensión en juego), el juez puede declarar la forma correcta de escoger o de elegir y puede ordenar y dirigir la conducta de la Administración para corregirla y, finalmente, sustituirla, si no se corrige en los hechos. En esta última hipótesis hay una actividad claramente sustitutiva de la discrecionalidad administrativa, fundada en el desfallecimiento de ésta, que, sin embargo, es jurisdiccional, en la medida en que intenta hacer cumplir el fallo y satisfacer los intereses tutelados por la ley en el caso concreto, la que crea la potestad y da fundamento jurídico al fallo. De este modo, el juicio de *ottemperanza* es tanto control jurisdiccional de legalidad como acto de oportunidad, en cuanto puede ser una jurisdicción sustitutiva del mal ejercicio de la discrecionalidad administrativa. Y así, como un ilustre autor dijera de este juicio de *ottemperanza* que es un proceso necesariamente de conocimiento ejecutivo, puede decirse que es un proceso necesariamente de legalidad y eventualmente de oportunidad, por implicar la eventual sustitución jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa, en hipótesis de abandono (inercia) o de mal ejercicio de la misma por la Administración obligada a ejercerla frente al actor victorioso en el proceso contencioso.

¿Cuál es la enseñanza fundamental de esta brillante invención italiana?

Es la conclusión de que el proceso contencioso debe servir tanto para garantizar la legalidad administrativa como para satisfacer la pretensión del actor victorioso en la anulación, para lo cual es necesario vincular la discrecionalidad posterior al fallo anulatorio de acuerdo con un modelo de su ejercicio descubierto por el juez, con vista de los hechos del caso, eventualmente con sustitución por él de la Administración contumaz de inobservancia. Es decir, que para ser eficaz y cumplir cabalmente su función tutelar de los derechos e intereses legítimos —y no sólo de la legalidad— el proceso contencioso debe permitir que, en sentencia o en ejecución de sentencia, el juez pueda vencer el mal uso de la discrecionalidad administrativa contra el actor victorioso, dictando el modelo de ejercicio correcto de esa discrecionalidad en el caso concreto y, eventualmente, sustituyendo a la Administración, si ésta se

mantiene inactiva o dicta actos contrarios a ese modelo impuesto por el juez.

Se trata de que el juez intervenga ya no sobre el acto, sino principalmente sobre la relación entre Administración y administrado con ocasión de aquel ejercicio o, mejor dicho, con base en los hechos que lo motivan y que son fuente de beneficios futuros para el actor victorioso, a modo de esencia del interés legítimo en la obtención de tales provechos o ventajas.

Encontramos una falla en esta técnica procesal italiana, que es el ensanchamiento de la fase de ejecución de sentencia y de su juicio de *ottemperanza* en perjuicio del período procesal de conocimiento, previo al fallo. Pues bien, podría ser ese período normal de conocimiento el que aportara al expediente los elementos de ponderación propios del juicio de *ottemperanza*, a efecto de lograr que sea el fallo por ejecutar —y no de la ejecución— el que pueda contener las declaraciones y condenatorias relativas al posterior ejercicio de la discrecionalidad en beneficio del actor victorioso y de sus pretensiones. Es decir, bien puede y debe ser el fallo la definición del «modelo» de ejercicio de la discrecionalidad que debe observar la Administración frente al actor victorioso, con vista de la anulación del acto y de los fundamentos de hecho y Derecho del fallo anulatorio.

Dicho lo cual no podemos ocultar la especial atracción que esta invención italiana ha tenido sobre la Comisión Redactora del Anteproyecto para la Reforma de la Justicia Administrativa en Costa Rica. El articulado que propusimos se limita a consagrar los tipos de acciones y de fallos declarativos y de condena congruentes con tal enfoque. Conviene establecer enseguida la posibilidad constitucional de su adopción y aplicación en Costa Rica.

5. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS POTESTADES JURISDICCIONALES DE ORDENACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

a) El planteo correcto del problema. Un planteo correcto del problema ahorra largas explicaciones favorables a la constitucionalidad de las órdenes a la Administración y, sobre todo, de las sustituciones de ella por el juez. Nos interesan principalmente estas últimas, pues resulta obvio que despejar su constitucionalidad —o lo contrario— conlleva igual conclusión respecto de las órdenes por mayoría de razón. El punto crítico de contacto entre la autoridad del juez y la autonomía constitucional del Poder Ejecutivo está precisamente en las sustituciones de la Administración por el juez y en su justificación. Justificación que, por otra parte, parece no sólo posible, sino sencilla, con un planteo correcto del problema. Porque el juez contencioso que las lleva a cabo sólo lo hace ante la inercia o los subterfugios de la Administración para darle al actor lo que pide, no ante un correcto ejercicio de la discrecionalidad.

Cuando el juez define ese correcto ejercicio no está necesariamente fijando el contenido del acto discrecional debido en cuanto a su emisión, después de la anulación del impugnado, para alcanzar aquella satisfacción en favor del actor victorioso. Está indicando cuáles son los hechos probados, los intereses y efectos que tienen para la decisión del asunto, la forma en que debe tomárselos en cuenta y jerarquizarlos con ese fin y las alternativas existentes. Es posible que éstas falten o que una sea, evidentemente, la mejor y otra u otras las peores, lo que eliminaría la discrecionalidad en el caso concreto, por obra de los hechos del caso; pero ello no es necesario y, entonces, la discrecionalidad sobrevive a la anulación del acto, exclusivamente en cuanto al motivo o contenido del mismo, pero dentro de las indicaciones y valoraciones imperativas ya formuladas por el juez en sentencia o en ejecución de sentencia. El juez regula el ejercicio de la discrecionalidad para identificar las alternativas y valorarlas, pero no hace necesariamente la escogencia de motivo y contenido, que queda a disposición de la Administración. Lo que es debido, en virtud de la ley y del fallo (si se trata de ejecución de éste), es llevar a cabo la operación intelectual, valorativa y volitiva, y dictar el acto final que surte efecto frente al actor victorioso, dentro de las determinaciones, regulaciones y límites previamente establecidos por el fallo o por la ejecución de éste. Dentro de ese marco, la Administración vencida en juicio podrá ejercer su discrecionalidad, que seguirá siendo tal. Es únicamente cuando la Administración viola ese deber, por inercia o desacato al juez, que éste puede sustituir a ella. Y no lo hace para dictar un fallo, sino para dictar el acto o realizar la actividad necesarios con el fin de satisfacer la pretensión del actor. Cuando el juez hace la sustitución, ya no juzga ni controla, con base en la ley o en las reglas de la oportunidad, sino que actúa para lograr la misma inmediata satisfacción de la pretensión victoriosa que lograrían el acto o la actividad administrativos con el mismo fin, aun si son discrecionales. Es sobre estas bases que debe plantearse la constitucionalidad de la sustitución jurisdiccional de una presunta discrecionalidad administrativa con miras a una satisfacción de los intereses —públicos y privados— que ésta pone en juego.

b) El problema dogmático: la potestad de sustitución es compatible con la plena autonomía de la Administración.

La actividad jurisdiccional es sustitutiva siempre que es condenatoria, porque conduce directamente a la sustitución del vencido en juicio si no cumple la condena, salvo el caso de una imposibilidad en la sustitución, que se traduce en una indemnización a favor del actor. Desde este punto de vista, la sentencia condenatoria puede tener cualquier contenido y desembocar, incluso, en la emisión de actos y en la celebración de contratos por el juez, de índole jurisdiccional, pero equivalentes por su efecto de otros cuyo otorgamiento o adopción era deber de la parte vencida, que lo quebrantó omitiéndolos; es el caso del juez que otorga una escritura o un contrato ante la rebeldía de la parte obligada a hacerlo (art. 1066 Código Civil). No se trata, obviamente, de acto notarial o contractual del juez, sino de acto procesal de éste equivalente del no-

tarial o contractual. Es igualmente evidente que en hipótesis como éstas el acto sustitutivo dictado por el juez no consiste en una declaración de Derecho, como tampoco en una condenatoria, sino en un acto o actividad diversos, pero que las suponen. Lo que vincula el acto procesal sustitutivo con el fallo previo no es su naturaleza homogénea con éste —que no existe—, sino su función al servicio de la plena ejecución de éste. La sustitución del caso es un acto de ejecución del fallo conforme con el artículo 76 de la LRJCA. Así puede entenderse claramente a la luz de éste cuando dispone:

«Art. 76. Firme la sentencia, el Tribunal dictará o dispondrá, a solicitud de parte, las medidas necesarias y apropiadas para su pronta y debida ejecución.»

El artículo 76 legitima todas las medidas conducentes a la ejecución del fallo en sentido amplio y ello no viola la discrecionalidad, aun si hay sustituciones de ésta por el juez, porque la sustitución va precedida por órdenes y directrices suyas que la excluyen en cuanto a la materia de las mismas. Y esas órdenes son una expresión de los criterios y guías impuestos al juez por los hechos probados y los intereses que ponen en juego para la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso, no actos discrecionales del juez. La violación de tales disposiciones jurisdiccionales dictadas por los hechos del caso, por sentencia o en su ejecución, es el supuesto para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, estrictamente procesal, de sustitución (por el juez) de la discrecionalidad administrativa, obviamente después de un apercibimiento adecuado en favor de la Administración rebelde. Pero cuando ello ocurre, como se dijo, la función jurisdiccional se realiza por la acción, no por acto de control llamado simplemente a la aplicación del Derecho en el caso concreto. Desde el punto de vista de su naturaleza intelectual o volitiva, la sustitución procesal de la discrecionalidad administrativa es tan distinta de la jurisdicción expresada en el fallo como cualquier otro acto administrativo, con la diferencia sustancial de que su función es lograr la satisfacción de la pretensión del acto en el marco del fallo ya ocurrido y para ejecutar éste. En esta hipótesis podría decirse que nace una competencia jurisdiccional subsidiaria o supletoria de la administrativa y no para ejercer la discrecionalidad propia de esta última —ya desaparecida—, sino para satisfacer la pretensión del actor victorioso.

Ahora bien, el esquema descrito no es exclusivo del Derecho Procesal. En el Derecho Administrativo hay también la posibilidad de sustituciones en el Ente público autónomo por el órgano de tutela o condición de que aquél rehúse cumplir un deber legal específico y haya una ley que autorice la sustitución. Esto es así porque, caso opuesto, el respeto a la autonomía se convertiría en apoyo a la rebeldía contra la ley, que ordena hacer lo que omite el Ente público. Siempre que haya ley excepcional que lo autorice expresamente y que prevea el deber específico infringido, el Estado contralor puede sustituir al Ente público omiso, sin que ello se repute violación de la autonomía de este último, ni aun

cuando ésta sea constitucional (36). Es que si hay deber de satisfacer al actor no hay discrecionalidad para derrotarlo. Nuestra LGAP se ha hecho eco de esta distinción, pero la ha reducido absurdamente a la hipótesis de las relaciones jerárquicas, siendo así que su mayor relevancia y utilidad se da en las de contralor de un Ente sobre otro, cuando está de por medio una autonomía administrativa, constitucional o común (37). Y la regla que ha de extraerse es —como resulta claro— que la sustitución es compatible con la autonomía del sustituido en los casos en que éste la ha abandonado, por violación de los deberes legales a su cargo (para un correcto ejercicio de sus potestades en el caso de Entes públicos).

En la hipótesis del juez frente a la Administración vencida en juicio se dan todos los supuestos necesarios para que proceda la sustitución de ésta por aquél, incluso en el ejercicio de sus potestades discrecionales, que, según lo dicho, no es tal, sino ejercicio de una función típicamente jurisdiccional. Lo fundamental es que esos supuestos se den, como efectivamente ocurre. Esto es muy claro. Nadie puede negar el deber legal de ejecución de los fallos por la Administración, sobre todo si son fallos contra ella. A nivel constitucional, ello es evidente en Costa Rica por virtud del artículo 149.5 (que hace responsable a Presidente y Ministro «Cuando impidan o estorben las funciones propias del Poder Judicial») y, sobre todo, del artículo 153 *in fine* de nuestra Carta (que atribuye al Poder Judicial «resolver definitivamente sobre ellas —las causas procesales— y ejecutar las resoluciones que pronuncie»), todo lo cual constituye, además, principio general del Derecho Procesal y Constitucional. Y no puede dejar de mencionarse el artículo 9, párrafo primero (en cuanto establece la identidad e independencia recíproca de los Supremos Poderes), porque ello implica el deber de cada uno de respetar los actos del otro dentro del ámbito de sus funciones constitucionales, incluso en sus efectos sobre los demás, que de otro modo complotarían contra la distribución de dichas funciones. Si fallar y ejecutar sus fallos es función del juez, cumplirlos y sujetarse al juez en ese cumplimiento es deber constitucional correlativo y específico —porque determinado o determinable por el fallo— a cargo de la Administración vencida en juicio.

Es muy claro —por lo que se ha visto del juicio de *ottemperanza*— que por ejecución ha de entenderse aquí, en sentido amplio, no sólo el cumplimiento de mandatos expresos y precisos derivados del fallo, sino también el de sus mandatos implícitos y sólo determinables con vista de los hechos probados y del Derecho aplicado por aquél, en función

(36) Jacques DEMBOUR, *Les Actes de la Tutelle Administrative en Droit Belge*, Larcier, Bruselas, 1955, págs. 197 y 201; Serge REGOURD, *L'Acte de Tutelle en Droit Administratif Français*, LGDJ, París, 1982, págs. 159 y 160.

(37) André DE BUTGENBACH, *Theorie Générale des Modes de Gestion des Services Publiques*, Larcier, Bruselas, 1952, págs. 234 y 235; Eduardo ORTIZ, *La Descentralización Administrativa Costarricense*, Lehmann, San José, 1966, págs. 198 y 199; Juan PÉREZ BURRIEL, *Tutela Provincial Administrativa*, Diputación Provincial de Valencia, Valencia, 1974, págs. 335 y ss.

de la satisfacción de los fines públicos y, sobre todo, de las pretensiones del actor.

Se trata, como entonces se vio, no sólo de aplicar la ley y el fallo mismo como norma expresa del caso, sino también de descubrir y revelar la fórmula para lograr esa doble satisfacción del interés público y del interés privado envueltos. Y este deber —como es obvio— se puede infringir no sólo con la inactividad o la abstención de la Administración después del fallo anulatorio, sino también con actos suyos que tienen por efecto reiterar la disposición del acto anulado con otra motivación o crear condiciones que hagan imposible al actor lograr lo que pretende en forma directa. La jurisprudencia del *Consiglio di Stato* ha superado ya la etapa en que sostuvo que la única forma de incumplimiento del fallo contencioso que daba lugar al juicio de *ottemperanza*, para su acatamiento, era la total inercia de la Administración después del fallo anulatorio, para sostener hoy —ya sin amagos de retroceso— que también hay incumplimiento cuando hay cumplimiento parcial, desviado hacia la frustración indirecta de lo pedido por el actor o, simplemente, hacia la consolidación de la situación preexistente al fallo y favorable a la Administración (38). Se incumple el fallo y se viola el deber legal opuesto no sólo cuando hay abstención, sino cuando hay acción maliciosa o tendenciosa hacia la frustración del fallo y de las pretensiones del actor victorioso.

Esto indica, trasladado a nuestro medio (donde operan sin modificaciones las mismas razones de respeto a la buena fe en el cumplimiento del fallo y del Derecho en general que han justificado el viraje jurisprudencial italiano antes aludido), que el supuesto para que el juez pueda sustituir a la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad sin violar su autonomía constitucional se da tanto cuando la Administración se mantiene inerte e inactiva después del fallo anulatorio como cuando dicta actos incidentes sobre la materia de éste, pero claramente incompatibles con su disposición y, sobre todo, con su fundamentación, directa o indirectamente. En ambas hipótesis por igual, la Administración incumple su deber de acatar el fallo en beneficio del actor victorioso, y la única forma posible de evitarlo es sustituirla, dictando en lugar de la Administración y a título de ejercicio de la función jurisdiccional los actos procedentes para satisfacer las pretensiones del actor, incluso si tales medidas son discrecionales. No se trata entonces, como ya se dijo, de actos administrativos discrecionales, sino de formas jurisdiccionales de actuación de una potestad y de un deber constitucionales, puestos a cargo del juez por el artículo 153 C. Política, de hacer ejecutar los fallos que dicta. Y esto es así porque es la única forma posible de lograr que la Administración satisfaga las pretensiones del actor y, por ahí, la verdadera función del fallo contencioso, lo que nos lleva a nuestra última consideración al respecto.

Que es, en definitiva, la más relevante e importante, a saber: el artículo 49 C. Política no consagra la jurisdicción contencioso-administra-

(38) Alberto DE ROBERTO, *op. cit.*, pág. 49; NIGRO, *op. cit.*, pág. 102.

tiva como control puro de legalidad objetiva, aunque innegablemente ésa sea una de sus instituciones fundamentales. El artículo 49 es tajante, además, cuando impone proteger, «al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados».

Este último (art. 49) es mandato constitucional y no meramente legislativo, que contiene todos los inherentes para garantizar la satisfacción de derechos e intereses subjetivos por la jurisdicción contenciosa, como una entre sus dos fundamentales funciones, conjuntamente con la de garantizar la legalidad de la Administración. Significa que la Constitución permite —cuando no impone— la adopción por el juez contencioso de todas las medidas necesarias para el cabal cumplimiento de esa función tutelar de situaciones jurídicas subjetivas del actor victorioso, sobre todo de aquellas que sean únicas para ese fin, porque no haya alternativas al respecto. En tanto así lo sean, esas medidas son impuestas por los hechos para cumplir un fin constitucional del fallo, lo que puede enunciarse mejor diciendo que, según el artículo 49 de nuestra Constitución, la jurisdicción contenciosa puede abarcar en Costa Rica cuestiones de oportunidad, en tanto ello resulte necesario para proteger, «al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos del administrado», con eventual sustitución de la Administración, si ésta insiste en derrotar las pretensiones del actor a través de un mal ejercicio de su discrecionalidad posterior al fallo anulatorio. Esto es inobjetable si se entiende, además, que la actividad sustitutiva del juez es, por definición, supletoria o subsidiaria, y sólo constitucionalmente posible cuando venga precedida por el desafío contra mandatos del juez para acomodar la futura conducta administrativa a Derecho, por el que ha de entenderse no sólo el legislativo que crea y enmarca *in abstracto* la potestad discrecional, sino, sobre todo, el nacido de los hechos del caso, fundamentalmente a título de regla justificante del ejercicio de aquella potestad y del contenido del acto salido de ese ejercicio.

En síntesis, los artículos 49, 149.5 y 153 de nuestra Carta imponen al juez contencioso el deber de tutelar no sólo la legalidad administrativa, sino, simultáneamente, los derechos subjetivos e intereses del actor victorioso que demuestre tenerlos, lo que legitima cualquier ley que apodere a aquel juez para dar órdenes, reglas y directrices a la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad frente a dicho actor y en favor de éste, después de la anulación del acto impugnado, y, eventualmente, para sustituirse a la Administración rebelde ante esos mandatos, dictando en lugar de ella las medidas equivalentes de los actos discrecionales necesarios para satisfacer las pretensiones de dicho actor. La feliz consagración constitucional de las dos funciones capitales de la jurisdicción contencioso-administrativa, como tutora no sólo de la legalidad, sino también de los derechos e intereses legítimos del ciudadano, hacen constitucionalmente posible cualquier evolución de la misma hacia una función declarativa y condenatoria a la observancia de modos, reglas y límites judiciales concretos de la discrecionalidad posterior al fallo anulatorio, siempre que ello sea necesario para garantizar simultáneamente la realización de ambas finalidades.

Dicho lo cual, no sobra abundar invocando la historia patria, sobre el trasfondo de la francesa, para apoyar la anterior conclusión, que, evidentemente, supone plena confianza en el juez judicial de o contra la Administración de Costa Rica.

c) La historia patria. Habría que empezar diciendo —en cuanto cada historia es existencial y es única— la perogrullada de que Francia es Francia y Costa Rica, Costa Rica. No hemos tenido la convulsa realidad que en Francia tuvieron las relaciones entre Gobierno y jueces y que motivó su radical separación, cada día más atenuada y frágil, pero si la hubiésemos tenido imposible sería saber, cuando no mera conjetura, cuáles habrían sido sus efectos. Pues también divergen las condiciones e instituciones de cada país, ya que nunca en Costa Rica hemos tenido, después de la Independencia, Ministros-jueces o cosa parecida («justicia retenida» en la jerga técnica francesa).

Con esto no queremos decir que desde nuestra Independencia hayamos tenido siempre «justicia delegada», en el sentido francés de justicia contenciosa impartida por jueces auténticamente tales, por la naturaleza jurisdiccional de sus resoluciones y el carácter autónomo de su jurisdicción respecto del Gobierno o Poder Ejecutivo. La justicia administrativa auténtica no existió en Costa Rica antes de la actual Constitución de 7 de noviembre de 1949 (39). Lo que queremos decir es que nunca en Costa Rica se han reputado jurisdiccionales y expresión de verdadera justicia las decisiones de ningún Ministro. No ha habido Ministros que sean jueces, ni de primera ni de segunda instancia, y siempre la función jurisdiccional ha sido monopolio judicial en Costa Rica, desde la Independencia hasta hoy, con excepciones muy reducidas, todas constitucionales (40). Cuando en 1949 se creó la jurisdicción contenciosa, el artículo 49 de la Constitución la ubicó en el Poder Judicial, donde ha estado desde entonces, sin discusión ni protesta de nadie, y más bien con el apoyo de la reforma del artículo 49. C. Política por Ley constitucional número 3124, de 25 de junio de 1963, que reafirma tal ubicación judicial, aunque cambie la versión original en otros fundamentales aspectos.

No puede afirmarse que nuestra historia de lo contencioso-administrativo haya sido totalmente extraña a la influencia francesa, pese a tal ubicación judicial, pues hemos dependido perennemente de España para hacer esa historia, y la de España está muy marcada por el modelo francés, que heredamos de ella, sobre todo a través de la vigente Ley española de 1956, matriz casi literal de la nuestra. La influencia francesa está presente en nuestra jurisdicción contencioso-administrativa —a través de la española— no sólo en todos sus rasgos fundamentales

(39) Véase al respecto la docta sentencia de Casación núm. 5 de 15 hs y 15 ms del 14 de enero de 1959, ponente Fernando Baudrit, pág. 128, Colección de Sentencias, 1.º vol., I Semestre del año correspondiente.

(40) La única que hay hoy en C. R. es la correspondiente al Tribunal del Servicio Civil, ubicado en el Poder Ejecutivo e integrado por funcionarios de nombramiento del Presidente de la República, con fundamento en el artículo 156 C. Pol.; la constitucionalidad del Tribunal ha sido declarada por votación de Corte Plena de sesión extraordinaria de 16 de diciembre de 1954.

tocantes a legitimación, acciones y pretensiones, materia y sentencia, sino, paradójicamente, en su inexistencia hasta 1949, pues fue por errada interpretación del sistema francés de separación de poderes —pade-cida por nuestros juristas de entonces— que se creyó inconstitucional e incompatible con ese sistema la posibilidad de que nuestros jueces anularan actos del Poder Ejecutivo, y ello limitó la materia de lo que se llamó «contencioso-administrativo» a la decisión de peticiones de re-sarcimiento, sin anulación de actos, en contra de la Administración (41). Pero es muy claro, por lo mismo, que cuando se creó y ubicó constitu-cionalmente la verdadera jurisdicción contenciosa en el Poder Judicial, pese a tales antecedentes históricos, se tomó una posición discrepante de tal errada interpretación no en uno, sino en dos conceptos fundamen-tales, a saber: se habilitó al juez contencioso para anular actos del Poder Ejecutivo, en primer término, y, en segundo término, se entendió debido atribuir tal jurisdicción al Poder Judicial, única verdadera sede de todo otro tipo de justicia en Costa Rica desde nuestra Independencia.

Lo anterior revela una actitud de confianza en el juez común por parte del costarricense, que siempre ha visto y sentido en el Poder Ju-dicial un último y seguro refugio contra las injurias y arbitrariedades de toda especie, en sus relaciones con el prójimo y con el Estado. Y re-vela, sobre todo, una actitud de confianza en el juez judicial como juez contencioso-administrativo, como elemento armónico y compatible con la división de poderes, sin flaquezas en perjuicio de la justicia ni extra-limitaciones en perjuicio de la Administración. ¿Cómo podemos expli-carlo?

La explicación es tanto técnica como política y radica en el universal aumento de potencia y rango de la Administración Pública contemporá-nea, aquí y fuera de aquí. En los países desarrollados —como los eu-ropeos— el liberalismo político y el abstencionismo económico fueron filosofías que nunca se hicieron plena realidad, pues el Estado siempre tuvo los recursos para una participación activa en la conformación de la sociedad, principalmente en la construcción de las grandes obras pú-blicas (42). En Costa Rica ese liberalismo y la inactividad estatal fueron realidad prolongada durante todo el siglo XIX y el primer tercio de éste, pero no por filosofía, sino por pobreza y crisis fiscales, que nunca de-

(41) Casación, cit., *ibidem*, págs. 126, 127 y 128; el temor reverencial al Estado queda expuesto por el abogado Antonio Picado, miembro de la Comisión Redactora de las Reformas al Código de Procedimientos Civiles de 1938, quien, para justificar la inexistencia de una justicia anulatoria contra la Administración Pública, dijo: «Demandas han sido presentadas ya para que los Tribunales de Justicia ordenen la reposición en sus puestos de empleados destituidos por el Poder Ejecutivo y aún se ha querido que aquéllos revisen actos políticos ejecutados por éste. Para evitar semejantes pretensiones, *incompatibles con nuestro régimen legal*, se establece en el artículo 970 que no pueden ser materia de juicio contencioso-administrativo (en de-finitiva, Civil de Hacienda) la discusión de los actos de carácter político del Estado y que no puede dar lugar al mismo el simple ejercicio de facultades discrecionales concedidas por la ley» (*op. cit.*, pág. 128).

(42) Massimo Severo GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Il Mulino, Bolo-
nia, 1977, págs. 21 y 29 a 32.

jaron al Estado participar sustancialmente en la vida económico-social de nuestro pueblo. Sin embargo, el vuelco hacia la dirección inversa es popular, poderoso y extenso a partir de 1940: el Estado se vuelve auténticamente intervencionista y multiplica, al tiempo que fragmenta a través de incontables nuevos Entes públicos, su actividad económica, industrial y mercantil, y con ello también las intervenciones autoritarias y las arbitrarias.

El intervencionismo y el dirigismo económicos han aumentado tanto las injurias y daños que produce el Estado como los beneficios que presta. Esto fue patente y muy grave desde 1940 hasta 1948, y produjo, finalmente, en este año el segundo y último golpe de Estado —por revolución armada— que hemos tenido en este siglo, aestado principalmente para eliminar la corrupción administrativa y política y restablecer la dignidad y la legalidad del Gobierno, que nunca se restablecieron. Así nació la Constitución actual, que se hizo entonces a partir de una grave desconfianza en el Gobierno y para sujetarlo a su régimen que garantizara no sólo su eficiencia, sino su pureza, fundamentalmente a través de las autonomías administrativas (concebidas como una nueva versión de la división del poder, pero con la función tradicional de salvaguardar la legalidad y los derechos humanos); de un verdadero cuarto Poder Electoral, que llamó Tribunal Supremo de Elecciones; de un régimen severo de control administrativo ejercido por la nueva Contraloría General de la República, y de un nuevo régimen de contralor jurisdiccional, ejercido por el Poder Judicial (43). Si algo es cierto en la historia de nuestra justicia administrativa es que la misma nació bajo el signo de una esperanza puesta en el Poder Judicial como muro de contención contra las arbitrariedades gubernamentales y de protección a favor de los derechos e intereses del individuo frente al Estado y otros Entes públicos. Es decir, tuvo una génesis no sólo diversa, sino opuesta a la que le dio luz entre las convulsiones de la Revolución Francesa.

Y casi puede decirse que, si bien nuestro constitucionalismo arranca de la Constitución de Cádiz de 1812 —que fue la matriz del Pacto de Concordia, nuestra primera Carta de 1821—, se alinea más con la tradición anglosajona de respeto casi místico y hasta mítico por el juez judicial común (piedra de clave del *common law*) que con la francesa de recelo y defensa frente a él en sus relaciones con el Gobierno (igualmente importante para entender lo que llamaríamos el *common law* de los franceses, que es su Derecho Administrativo jurisprudencial creado por jueces orgánicamente gubernamentales, aunque funcionalmente autónomos frente al Gobierno (44). La justicia es la última voz de todo con-

(43) Eduardo ORTIZ, *Costa Rica: Estado Social de Derecho*, «Revista de Ciencias Jurídicas», núm. 29, 1976, págs. 59 a 63.

(44) Curiosamente, la tendencia parece propia de varios países latinoamericanos, herederos de la Constitución de E.E. UU. de Norteamérica más que de la de Cádiz y de las Constituciones revolucionarias francesas; para lo cual véanse, en relación con Argentina, Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional*, Kapeluz, Buenos Aires, 1944, págs. 74, 75 y 81; Jorge Reinaldo VANOSI, *Teoría de la Constitución*, Teoría Constituyente, Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 481 y 482, y, tam-

flicto humano y exige confianza y no sólo respeto: la historia política de Francia, que desconfía del juez judicial, ha tenido que poner su fe en el juez administrativo. Costa Rica nunca tuvo motivos para aquel recelo contra el juez común y ha terminado por tener motivos para lo contrario en la arbitrariedad y la corrupción crecientes del Gobierno y la Administración Pública nacionales, confirmados después de 1949. Una justicia contenciosa que fuera orgánicamente administrativa sería —hoy más que nunca— una burla de la justicia cabal en Costa Rica.

En síntesis, no sólo dogmática, sino históricamente, nuestra Constitución da plena base para las intervenciones del juez sobre la Administración y sus potestades discrecionales, a condición de que ello resulte necesario y, eventualmente, excluyente de cualquier otro tipo de medida para garantizar la legalidad y, sobre todo, los derechos e intereses del individuo frente al Gobierno y a su Administración. Los controles jurisdiccionales, en cuanto último recurso con efecto de cosa juzgada, incluyen excepcionalmente potestades no sólo de censura y paralización de la conducta juzgada, sino también de sustitución de ésta, cuando no haya otra vía para evitar la ilegalidad y para satisfacer las pretensiones legítimas del actor victorioso. O sea, la jurisdicción puede implicar acción sustitutiva y no sólo control puro, a modo de potestad jurisdiccional extraordinaria, aunque no jurisdicente. Cuando los italianos abiertamente —y los otros sistemas germinalmente— admiten procesos llamados a habilitar declaraciones y condenas específicas contra la Administración, incidentes aún sobre su discrecionalidad, iluminan una vertiente nueva de la jurisdicción, pero no la crean de la nada. Lo que hacen es desarrollar los principios básicos de la justicia rogada, bajo la disposición del individuo, que la pone en marcha con su demanda para la protección de sus derechos e intereses, no sólo para eliminar lo ilegal, sino también para garantizar la satisfacción de estos últimos, dentro del marco de la ley. El descubrimiento tiene bases y alcances que son universales. Nuestras ponencias sometidas a debate se limitan a participar en esa universalidad de principios, que prueba más bien una comunidad de culturas.

bién, Salvador María LOZADA, *Derecho Constitucional Argentino*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, págs. 340 y 341, todos los cuales indican que Argentina siguió la división de poderes estilo norteamericano y no estilo francés, sin temores ni prejuicios contra el Poder Judicial. La situación en Francia parece ser otra, y autores connotados hay que sostienen la inexistencia allá de un verdadero Poder Judicial igual de los otros dos, tesis apuntalada por la omisión de un régimen propio del mismo en la vigente Constitución francesa de 1958; para lo cual véanse Francis Paul BENOIT, *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, París, 1968, págs. 286 y 287, comentado en igual sentido por Julio PRAT, «Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, el Principio de Separación de Poderes y su Proyección y Vigencia», *Estudios de Derecho Administrativo*, Universidad de la República, Montevideo, 1979, vol. 1, págs. 344 a 347. No hay dudas sobre el origen hispánico —y no norteamericano— de nuestro Pacto de Concordia (también llamado Pacto Social Fundamental Interino, de 1 de diciembre de 1821), pero es muy claro, por todo lo dicho, que éste tampoco adoptó una posición francesa respecto del Poder Judicial, cuya autonomía copió de la Constitución de Cádiz y germinó en su ulterior consolidación institucional en Costa Rica como verdadero y más confiable defensor del individuo y de sus derechos.

Conclusión: queremos concluir. Con respeto y reverencia hemos iniciado la revisión de la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Porque su padre es GONZÁLEZ RETANA y su abuelo es Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, tiene que ser —como es— una excelente ley. En cuanto tal, las innovaciones técnicas de sus instituciones —sobre todo si son de Derecho Administrativo y no de Derecho Procesal Administrativo— han parecido a la Comisión Redactora no sólo innecesarias, sino inconvenientes. Una ley técnicamente excelente es capaz de recibir y dar vida institucional en la jurisprudencia que genera, que en Costa Rica ha ido mejorándola al decantar lenta y cristalinamente el espíritu de su texto. La imposición legislativa de esos progresos meramente técnicos puede ser mala y hasta peligrosa, si obedece a proyectos menos excelentes que la ley original, de esos que llevan consigo el estigma de las improvisaciones, usuales en Costa Rica por ignorancia o ambición, o por la ignorancia que provoca la ambición.

La Comisión ha visto con mejores ojos el intento de lograr reformas que ameriten perder algunas excelencias de la ley actual a cambio de abrir nuevos horizontes de justicia, incompatibles con su texto, pero no con su espíritu. Se trata de aquellos cambios que sean pocos, pero fundamentales, y que dejen intocado el resto de la ley, para continuar aprovechando los frutos de su excelencia. Esa actitud es la que justifica las reformas que propone.

Las podemos resumir diciendo: si la Constitución ordena tutelar, al menos, los derechos e intereses del ciudadano frente a la Administración, la única forma de lograrlo es un nuevo proceso que garantice no sólo el reconocimiento y restablecimiento de los derechos, sino también los de los intereses legítimos, y no sólo anulaciones o indemnizaciones pecuniarias, sino también la satisfacción de las pretensiones del actor victorioso por cualesquiera otros medios únicos o adecuados, principalmente a través de nuevos actos discrecionales posteriores al fallo anulatorio, sean de la Administración o del juez en sustitución de ella. Esto exige modificar profundamente el texto de la ley actual en los capítulos de legitimación, materia, pretensiones, sentencia y ejecución de sentencia, como ha quedado propuesto. Todo lo demás resulta secundario frente a tan magno propósito, excepto la trascendental reforma para convertir el proceso contencioso en semioral, como lo explicará el Magistrado Chacón. Si lo lográramos, la Administración sería mejor y el ciudadano más feliz, no por el mayor temor de la Administración a ofenderlo, sino por la mayor libertad del ciudadano para convivir con ella, seguro de que la Administración podrá imponerle o quitarle sólo aquello que le permitan conjuntamente la ley y un juez imparcial, encargado por el Constituyente de fijarle (a la Administración) la forma y límites del ejercicio de la discrecionalidad frente al actor victorioso, dentro del caso concreto y de acuerdo con los hechos que lo componen. En un Estado de Derecho la Administración debe estar sometida tanto a la ley como al juez, que también produce Derecho. Y en Costa Rica es mejor que ese Derecho casuista lo produzca el juez que la Administración, que

sería juez de causa propia. La discrecionalidad no debe existir si es disimulo de la arbitrariedad, y cuando lo sea debe trasladarse al juez contencioso. Sólo venciendo jurisdiccionalmente su mal ejercicio es posible para este último cumplir con el dictado constitucional que le impone tutelar los derechos y los intereses legítimos, al mismo tiempo que hacerlo en forma pronta y cumplida. Que así llegue a ser es nuestra esperanza; que puede frustrarse, una aguda preocupación. Con o sin los textos de reforma propuestos, esta formidable empresa tendrá que realizarse porque es a todos común.

Eduardo ORTIZ

