

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



ESPÍRITU Y PERSPECTIVAS DE UNA REFORMA DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN COSTA RICA*

DR. EDUARDO ORTIZ ORTIZ**

SUMARIO

	Pág.
1. La situación actual: el contencioso anulatorio y constitutivo heredado de Francia	110
2. El contencioso-administrativo francés	112
3. La herencia francesa en España y L. A.	115
4. El "giudizio di ottemperanza"	117
5. La constitucionalidad de las potestades jurisdiccionales de ordenación y sustitución de la discrecionalidad administrativa	122

* 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.

** Doctor en Derecho Contencioso-Administrativo y doctor en Derecho Constitucional.

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

La justicia administrativa se rige en Costa Rica 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):

"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 de su contenido.³ La actividad lógica y estimativa por la que se identifican y jerarquizan los intereses nacidos de los hechos de

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:

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.

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

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 exteriorización del acto administrativo, la función suele tenerse en Costa Rica —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 anulación (donde es de cumplimiento potestativo),⁷ y exclusivamente dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa formal [encuadrada 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.

4. Massimo SEVERO GIANNINI, *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milán.

5. Feliciano BENVENUTI, *Ecceso 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, págs. 400 a 403.

7. J.M. AUBY y Roland DRAGO, *Traité de Contentieux Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 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.

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'État* 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 significa 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

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

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 reiteración 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 a 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'État* —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'État*, 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'État*, 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 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 autolimi-

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 reitera 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'État*, Centre National de la Recherche Scientifique, París, 1974, págs. 685 y 686; DEBBASCH, *op. cit.*, pág. 178.

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

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

tación 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'État* —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 HAU-RIOU*), 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 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

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'État*, aparte de la propiamente jurisdiccional, 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.

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.

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

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 subjeti-

vo, 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 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

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.

24. Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La Justicia Administrativa en España*, Civitas, Madrid, 1974, pág. 90; lo mismo que sus *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, 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*, Civitas, 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.

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 Costa Rica, la LRJCA contempla sólo dos tipos de acciones y sentencias estimatorias, las clásicas del Derecho 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 *ibídem*), lo mis-

mo que la sentencia anulatoria [art. 62.a)], lo que indica que estas 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 Costa Rica, 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 desligado 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 condenato-

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.

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

rias contra la Administración, pero la jurisprudencia citada en apoyo no parece muy explícita y parecería 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

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 latino 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 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 obje-

32. Allan R. BREWER-CARÍAS, *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-CARÍAS, *Las Instituciones Fundamentales...*, *op. cit.*, págs. 394 y ss.

33. M. SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Actos Administrativos pelo Poder Judiciario*, Libreria Forense, São 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 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

ción 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 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

de la Reforma a la Justicia Administrativa en Costa Rica, 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, Bolonia, 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" (págs. 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 citadas, 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.