

tensión 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 otro. 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 excepcionalmente 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 prohiban 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, tomando 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 ésta más sale a 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, e 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, condicionamientos 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 sustituirse a la Administración en la adopción de esta medida, 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 discrepancias con ésta en relación con aspectos pro-

piamente 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 sustituirse plena —aunque excepcionalmente— a la Administración en el ejercicio de sus potestades y dictar los actos discrecionales 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.³⁹ 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 contenciosa 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 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, Milano, 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 (Gannini, 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 administrativa 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, en el proyecto del 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

39. 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. Véase 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 nel Giudizio contro la Pubblica Amministrazione del 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.

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 influir 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 in 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 tomar 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 sustituirse a la Administración en el ejercicio debido de su potestad discrecional, de acuerdo con el modelo para tal ejercicio que el Juez descubre 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 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 las 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, fun-

dada 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 y eventualmente 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 en su 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, sustituyéndose 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 eje-

cución de sentencia y de su juicio de ottemperanza en perjuicio del periodo procesal de conocimiento, previo al fallo. Pues bien podría ser ese periodo 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 el 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 proponemos se limita a consagrar los tipos de acciones y de fallos declarativos y de condena congruentes con tal enfoque. Conviene establecer en seguida 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 solo 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 otro 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 la anulación del acto, exclusivamente en cuanto al motivo o contenido del mismo, pero dentro de aquellas 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 elección 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 final, intelectual, valorativa y volitiva, y dictar el acto imperativo 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 sustituirse 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 fuesen 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 indem-

nización 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 notarial 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 L.R.J.C.A. 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 y declaración del Derecho en el caso concreto. Desde el punto de vista de su naturaleza intelectual o volitiva, la sus-

titución 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 actor 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 del ente público autónomo por el órgano de tutela a condición de que aquel 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 sustituirse al ente público omiso, sin que ello se repute violación de la autonomía de este último, ni aun cuando ésta sea constitucional.⁴⁰ Es que si hay deber de satisfacer al actor, no hay discrecionalidad para derrotarlo. Nuestra L.G.A.P. 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.⁴¹ 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 aquel, 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 art. 149.5 (que hace responsable a Presidente y Ministro "Cuando impidan o estorben las funciones propias del Poder Judicial") y, sobre todo, del art. 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 art. 9 párrafo primero (en cuanto establece la identidad e independencia recíproca de los Supremos Poderes), porque tal norma 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 aquel, en función 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 Administra-

40. DEMBOUR, Jacques, *Les Actes de la Tutelle Administrative en Droit Belge*, Larquier, Bruxelles, 1955, págs. 197 y 201; REGOURD, Serge, *L'Acte de Tutelle en Droit Administratif Français*, L.G.D.J., Paris, 1982, págs. 159 y 160.

41. DE BUTTGEBACH, André, *Theorie Generale des Modes de Gestion des Services Publiques*, Larquier Bruxelles, 1952, págs. 234 y 235; ORTIZ, Eduardo, *La Descentralización Administrativa Costarricense*, Lehmann, San José, 1966, págs. 198 y 199; PÉREZ BURRIEL, Juan, *Tutela Provincial Administrativa*, Diputación Provincial de Valencia, Valencia, 1974, págs. 335 y stes.

ción 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 indirecta. 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.⁴² 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, traslado 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 art. 153 Constitución 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 art. 49 Constitución Política no consagra la jurisdicción contencioso-administrativa como control puro de legalidad objetiva, aunque innegablemente esa sea una de sus instituciones fundamentales. El art. 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 art. 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.

42. DE ROBERTO, Alberto, op. cit. pág. 49; Nigro, op. cit., pág. 102.

En síntesis: los arts. 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 en 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 1949.⁴³ 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 instancias, y siempre la función jurisdiccional ha sido monopolio judicial en Costa Rica, desde la independencia hasta hoy, con excepciones muy reducidas, todas constitucionales.⁴⁴ Cuando en 1949 se creó la jurisdicción contenciosa, el art. 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 art. 49 Constitución Política por ley constitucional núm. 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 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 —padecida 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 resarcimiento, sin anulación de actos, en contra de

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

44. La única que hay hoy en Costa Rica 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 art. 156 Constitución Política; la constitucionalidad del Tribunal ha sido declarada por votación de Corte Plena de sesión extraordinaria de 16 de diciembre de 1954.

la Administración.⁴⁵ Pero es muy claro, por lo mismo, que cuando se creó y ubicó constitucionalmente 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 fundamentales, a saber: se habilitó al Juez contencioso para anular actos del Poder Ejecutivo, en primer término; y, en segundo término, se consideró correcto atribuir tal jurisdicción al Poder Judicial, única y verdadera sede de todo 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 Judicial un último y seguro refugio contra las injurias y arbitrariedades de toda especie, en sus relaciones con el prójimo y con el Estado. Y revela, 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 extralimitaciones en perjuicio de la Administración. ¿Cómo podemos explicarlo?

La explicación es tanto técnica como política y radica en el universal aumento de potencia y rango de la Administración Pública contemporánea, aquí y fuera de aquí. En los países desarrollados —como los europeos— 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 públicas.⁴⁶ En Costa Rica ese liberalismo y la inactividad estatal fueron realidad prolongada durante todo el siglo XIX y el primer tercio de este, pero no por filosofía sino por pobreza y crisis fiscales, que nunca dejaron al Estado participar sustancialmente en la vida económico-social de nuestro pueblo. Sin embargo, el vuelco hacia la dirección in-

versa 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, asestado 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 un 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 control jurisdiccional, ejercido por el Poder Judicial.⁴⁷ 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.

45. Casación, cit., ibídem, 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 aun se ha querido que aquellos revisen actos políticos ejecutados por éste. Para evitar semejantes pretensiones incompatibles con nuestro régimen legal, se establece en el art. 970 que no pueden ser materia de juicio contencioso-administrativo (en definitiva 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).

46. GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, págs. 21 y 29 a 32.

47. ORTIZ, Eduardo, *Costa Rica: Estado Social de Derecho*, Lehmann, Revista de Ciencias Jurídicas, núm. 29, 1976, págs. 59 a 63.

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, en este particular aspecto, 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).⁴⁸ La justicia es la última voz de todo conflicto 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 de 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 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 cen-

sura 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 aun 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, y 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.

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 general, que en Costa Rica ha

48. Curiosamente, la tendencia parece propia de varios países latinoamericanos, herederos de la Constitución de EE.UU. de Norteamérica más que de la de Cádiz y de las Constituciones revolucionarias francesas, para lo cual véase, en relación con Argentina, SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Kapeluz, Buenos Aires, 1944, págs. 74, 75 y 81; REINALDO VANOSSO, Jorge, *Teoría de la Constitución, Teoría Constituyente*, Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 481 y 482; y también LOZADA, Salvador María, *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 véase BENOIT, Francis Paul, *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, Paris, 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.

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.

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, incompatible 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 técnica. 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 resul-

ta secundario frente a tan magno propósito, excepto la trascendental reforma para convertir el proceso contencioso en semioral, como lo explicara 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 en 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 posterior al fallo contencioso anulatorio, 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 pueda postergarse, nuestra aguda preocupación. Con o sin los textos de reforma propuestos, esta formidable empresa tendrá que realizarse, porque es a todos común.
