

LA EJECUCIÓN JUDICIAL DIRECTA DE LA CONDUCTA ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL

*Alex Rojas Ortega*¹

RESUMEN: La discrecionalidad administrativa existe en virtud del ordenamiento jurídico y su ejercicio está sujeto al control jurisdiccional. Ante el ejercicio indebido o la omisión de una conducta discrecional, el juez fija los límites para su adecuado ejercicio, sin embargo, en los supuestos en que la Administración Pública persiste en su incumplimiento, debe entenderse por declinada la discrecionalidad y se habilita la ejecución judicial directa.

PALABRAS CLAVE: Discrecionalidad, conducta, competencia, control judicial, ejecución directa.

ABSTRACT: The administrative discretion exists by virtue of the legal order and its exercise is subject to jurisdictional control. Before an inappropriate exercise or an omission of a discretionary conduct, the judge sets the boundaries for its proper exercise, however, for the cases in which the Public Administration persists in its non-compliance, discretion must be understood as declined, and the direct judicial execution will be enabled.

KEYWORDS: Discretion, conduct, legal competence, judicial control, direct execution.

SUMARIO: 1.- La sujeción de la Administración Pública al bloque de legalidad; 2.- Los apoderamientos a la Administración a través de conductas administrativas regladas y discrecionales; 3.- Concepto de discrecionalidad administrativa; 4.- Tipos

¹ Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia. Cuenta con un Diploma en Técnica Legislativa por el Congreso de los Diputados de España, así como varios cursos de especialización sobre el control y funcionamiento de los Parlamentos, por la Oficina de Cooperación Española y la Red Internacional de Expertos en Parlamentos. Juez suplente del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Profesor universitario de Derecho Constitucional, Administrativo y Financiero.

de discrecionalidad administrativa; 5.- Control judicial de la discrecionalidad; A.- El Derecho de la Constitución exige el control de la discrecionalidad; B.- Tipos de mecanismos de control judicial según la naturaleza de la conducta administrativa; C.- Los límites a la discrecionalidad conforme al ordenamiento jurídico y a los hechos determinantes de cada caso; 6.- La ejecución judicial directa de la conducta discrecional; A.- La puesta en mora a la Administración y el ejercicio de los mecanismos de coerción en su contra; B.- La habilitación administrativa para la ejecución judicial directa; 7.- Conclusiones.

1. La sujeción de la Administración Pública al bloque de legalidad

El principio de legalidad es uno de los más relevantes criterios normativos a los que se encuentra sujeta la Administración Pública. Este principio, cuyo rango normativo alcanza el grado supremo constitucional, se encuentra en los artículos 11 de la Carta Magna y 11 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP). Así, el numeral 11 constitucional, en lo que es de interés, dispone que *“Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. (...)”* Mientras que, el artículo 11 de la LGAP, señala que *“1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. 2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa.”*

Como puede apreciarse, la concepción normativa del principio de legalidad, entiende a este como un criterio de sometimiento de la conducta administrativa a lo previamente habilitado por el ordenamiento jurídico. Es ese el concepto básico y general del principio de legalidad. Sin embargo, actualmente dicho principio va más

allá de la simple autorización normativa de conductas, entendidas como prohibidas todas aquellas no permitidas por el ordenamiento. De ahí que, en un sentido negativo, el principio de legalidad es precisamente la adecuación de la conducta administrativa a lo previsto en el ordenamiento jurídico. En un sentido positivo, tal principio está referido a la serie de habilitaciones que el mismo ordenamiento prevé, que exigen de la Administración una determinada conducta -reglada o discrecional-, pero, en todo caso necesaria, para dar efectividad al interés público, bajo un esquema prestacional de su actuar.

Es decir, mientras que la vertiente negativa del principio de legalidad acarrea una prohibición para que la Administración pueda ejecutar lo que no le ha sido permitido, no sucede lo mismo con la vertiente positiva, la cual prevé una cláusula de habilitación para que la Administración, a partir de su núcleo de competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico, pueda llenar, suplir y llevar a cabo conductas subsumidas en esa habilitación, con el objeto de dar satisfacción al interés público. Consecuentemente, para los efectos del presente estudio, el principio de legalidad -negativo y positivo-, habilita una serie de conductas a la Administración, las cuales podrán ser de contenido reglado o bien, en otros casos, discrecional.

2. Los apoderamientos a la Administración a través de conductas administrativas regladas y discrecionales

En algunas oportunidades, la conducta que debe llevar a cabo la Administración Pública estará previamente establecida en forma clara y puntual por la norma jurídica. Así, ante un supuesto de hecho o de derecho puntualmente normado, habrá una conducta o decisión administrativa que también estará previamente dispuesta por el ordenamiento para tal supuesto, en aras de alcanzar un fin que, a su vez, también ha sido previsto por la propia norma jurídica. En tales casos, estaremos ante una conducta administrativa reglada.

Por otro lado, habrá algunos otros supuestos en los que la norma jurídica no es absolutamente concluyente. De modo que, no todos los elementos de la conducta están previamente definidos, o bien, el supuesto de hecho o de derecho que posibilita u obliga a adoptar una determinada conducta administrativa, está regulado en forma imprecisa. De manera tal, que posibilita una facultad para elegir o valorar, entre varias opciones igualmente válidas, aquella que más se aproxime a la satisfacción del interés general. En este supuesto, entonces, estaremos ante una conducta administrativa discrecional.

En tal sentido, *ab initio*, es preciso efectuar dos precisiones fundamentales:

(i) Las conductas administrativas nunca serán absolutamente discrecionales, sino que, únicamente habrá elementos discrecionales en dicha conducta, los cuales se reducen al motivo y contenido. Así, en 1903, Maurice Hariou expresó que “(...) *no hay actos discrecionales sino que existe un cierto poder discrecional de la Administración que aparece, en mayor o menor medida, en todos sus actos y que consiste esencialmente en la posibilidad de apreciar la oportunidad de las medidas administrativas.*” (García de Enterría, 1983, p. 25).

(ii) En nuestro criterio, la discrecionalidad no debe ser percibida como una perversa función a cargo de las entidades públicas, sino todo lo contrario, resulta adecuada, saludable y necesaria en el quehacer de la Administración Pública. Waline decía que “*el poder discrecional de las autoridades administrativas es la primera condición de toda Administración y por tanto también de la vida del Estado.*” (Waline, 1956, p. 25).

Tal discrecionalidad se presenta ya sea porque la norma jurídica, por su carácter de generalidad y permanencia en el tiempo, no puede ser siempre precisa o requiere de su adaptación a las circunstancias variables. O bien, porque ella misma posibilita ciertos márgenes de valoración a la Administración, dado que, en principio,

a partir de su función de administrar, es la que mejor puede conocer las necesidades y las formas de satisfacer los diversos intereses públicos. Al respecto, Fernando Sainz Moreno señaló que *“La esencia de toda actividad discrecional lo constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación.”* (Sainz Moreno, 1976, p. 74).

Pues bien, todo lo anterior implica que en todo momento, ya sea ante conductas administrativas regladas o con elementos discrecionales, se requiere de una habilitación normativa que justifique y autorice la conducta administrativa desplegada.

3. Concepto de discrecionalidad administrativa

A partir de las consideraciones expuestas, puede afirmarse que la discrecionalidad va más allá de una simple elección entre posibilidades igualmente válidas para la Administración, en aras de satisfacer un interés público. Bajo nuestro criterio, la discrecionalidad apareja una relativa libertad dispuesta en provecho de la Administración, ya sea al momento de aplicar una norma, o bien, de valorar, elegir o adoptar una determinada conducta, con arreglo a los parámetros y límites establecidos en el ordenamiento jurídico. Lo anterior, con el objeto de dar efectividad al interés público, el cual constituye el concepto jurídico indeterminado² por excelencia. Así, como afirmara García–Trevijano Fos (1964), la discrecionalidad es una “ponderación valorativa de intereses” (p. I-376).

² Dada su relación con el objeto de análisis del presente estudio, cabe recordar que, clásicamente, ha existido una corriente que estima que el concepto jurídico indeterminado (tales como la “conmoción”, “calamidad”, “buena fe”, entre otros), no es susceptible de contener discrecionalidad. Dicha teoría, preconizada principalmente en Iberoamérica por el profesor Eduardo García de Enterría y el profesor Tomás Ramón Fernández, llamada teoría de la unidad de la solución justa, parte de la subsunción del respectivo supuesto de hecho en el concepto jurídico indeterminado y así determinar si, en el caso concreto, se presenta o no el contenido de dicho concepto jurídico indeterminado, sin que sea dable añadir a esa valoración parámetro alguno de discrecionalidad.

4. Tipos de discrecionalidad administrativa

La discrecionalidad administrativa no se presenta pura y simple, sino que asume un determinado contenido, de acuerdo con el ámbito en que se presente la conducta administrativa. Así, siguiendo a don Óscar González Camacho (2006), puede afirmarse que la discrecionalidad se presenta a través de alguno de los siguientes tipos, en el quehacer administrativo:

a) **Jurídica:** En este ámbito, la elección o valoración se efectúa a partir de reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, es decir, al momento de tomar la decisión o de valorar en qué sentido va a actuar. La Administración se rige por parámetros definidos por el derecho. Por ejemplo, la fijación de requisitos para una autorización; el establecimiento de garantías en un cartel o el otorgamiento de un permiso de uso en la zona marítimo terrestre; etc...

b) **Técnica:** Bajo este tipo de discrecionalidad, la valoración se efectúa a partir de reglas fijadas por la ciencia o la técnica. Es decir, por campos distintos al derecho, pero que también constituyen disciplinas científicas, tales como la medicina, la economía, la ingeniería, entre otras. Al respecto, puede mencionarse como ejemplos las reglas técnicas médicas (*lex artis ad hoc*) al momento de realizar una cirugía bajo la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, o bien, la valoración que debe realizar el CONAVI en lo que constituye la construcción, reparación o remodelación de una obra pública, tal como una carretera. Lo cierto del caso es que estas reglas técnicas o científicas, son auxiliares del derecho y se encuentran positivizadas, en virtud de lo establecido en el artículo 158.4 LGAP, cuando expresa que “*Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto,*

las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso.”

c) Político-programática: Es el más alto grado de discrecionalidad administrativa y está referida a valoraciones y decisiones estrictamente relacionadas con política de gobierno o de programación-planificación gubernamental, en las que la Administración ejerce una dosis considerable de discrecionalidad al momento de optar por una u otra elección o decisión. Dentro de este segmento, puede mencionarse la asignación presupuestaria a finalidades específicas, la elaboración de un plan regulador por parte de la Municipalidad, o la reducción forzosa de servicios en una entidad pública, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos, conforme al numeral 192 CP.

Sobre este particular, Bullinger (1987) ha dado otra denominación a esta parcela de la conducta discrecional y ha señalado la existencia de la “discrecionalidad táctica” como aquella que se rige por criterios de política pública, “public policies”, como manifestación de la puesta en práctica de programas de actuación diseñados a partir de una determinada ideología gubernamental.

5. Control judicial de la discrecionalidad

Pasamos, ahora sí, al punto medular de esta investigación y es precisamente el determinar hasta dónde puede llegar el control judicial sobre la discrecionalidad administrativa y cuáles son los poderes que el juez, al encontrarse con este tipo de conducta administrativa, puede adoptar. Lo primero que debe aclararse es que la Administración Pública, en tanto es gestora de intereses ajenos (posición servicial o funcional), está sometida a una intensa fiscalización de su conducta. Dicha fiscalización, hoy día se ha recargado más en el Poder Judicial, ante la temerosa (e

inconstitucional) actuación de los órganos administrativos encargados de la actividad de control.

Pues bien, de nada serviría la construcción dogmática de la discrecionalidad sin incluir dentro de ella a sus límites y al control judicial de su ejercicio. Precisamente, la evolución del derecho administrativo como tal, se ha forjado a partir de la evolución expansiva del control judicial, descartando poco a poco los ámbitos exentos de control y dándole fin a las irrazonables prerrogativas de la Administración³. De ahí que, como lo afirmó Lochak (1988), la existencia del derecho administrativo se justifica en ser una muralla contra la arbitrariedad.

De ahí que el control judicial de la discrecionalidad, entonces, apareja que el juez deba examinar qué tipo de potestad administrativa se somete a su fiscalización y, a partir de ahí, se determina cuál va a ser el mecanismo que se utilice para su control, en aras de conciliar el adecuado ejercicio de la función administrativa con el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el ordinal 41 CP. Bajo ese contexto, es preciso analizar el fundamento normativo para el control judicial de la discrecionalidad y los tipos de límites previstos en el ordenamiento jurídico, de los que se sirve el juez para controlar la discrecionalidad, así como el tipo de mecanismo de control que puede aplicar el juzgador de acuerdo con la naturaleza -reglada o discrecional- de la conducta administrativa.

A. El Derecho de la Constitución exige el control de la discrecionalidad

Como aspecto básico y fundamental, hay que precisar que el control judicial de la discrecionalidad toma sustento en el Derecho de la Constitución cuando, en

³ En tal sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su voto No. 40-1995 de las 15:00 horas del 22 de marzo de 1995, indicó: “Supone que la Administración está sometida, plenamente, tanto a la ley, en sentido lato, como al Derecho. Implica que la acción administrativa debe, necesariamente, adecuarse a la totalidad del sistema normativo escrito o no escrito, o sea a lo que solemos llamar el bloque de legalidad. Pero a un propio tiempo importa la total justiciabilidad del actuar administrativo, pues si el derecho es el parámetro constante de su actuación, teóricamente al menos no deben existir reductos exentos del control jurisdiccional.”

1963, el constituyente derivado reformó el numeral 49 de la Carta Magna con el fin, entre otros, de incluir el control de legalidad de la jurisdicción Contencioso Administrativa sobre las conductas con elementos discrecionales. Así, originariamente, el artículo 49 CP expresaba lo siguiente: “*Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa, como función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando estos 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 persona de derecho público y en uso de facultades regladas.*” Claramente, tal redacción de la norma disminuía sustancialmente el control judicial y lo convertía en un *pseudo* control, atado de manos ante Administraciones públicas empoderadas y renuentes a su fiscalización.

Fue así como, ese año se reformó dicho numeral y, entre los objetivos más relevantes de tal reforma, se incluyó la protección de los intereses legítimos, como situación jurídica sustancial de las personas. Se amplió el ámbito subjetivo de fiscalización al someter a control judicial a cualquier entidad de derecho público. Además, de relevancia para este estudio, se descartó la inmunidad judicial sobre las conductas discrecionales, al adoptarse una cláusula que, bajo el concepto jurídico de *función administrativa*, apostó por el control judicial sobre todas las formas jurídicas y no jurídicas en que puede manifestarse la Administración Pública, incluyendo a aquellas conductas que poseen elementos discrecionales.

Así, el Derecho de la Constitución, integrado no solo por las normas constitucionales (puntualmente para el objeto de este estudio, el Art. 49 CP), sino también por los principios, valores y la jurisprudencia constitucionales, impone el control judicial sobre toda la conducta administrativa, indiferentemente de si ella es reglada o discrecional. De tal manera, el control sobre la discrecionalidad

administrativa tiene su origen en la Constitución Política y es operacionalizado por la LGAP y el CPCA.

B. Tipo de control judicial según la naturaleza de la conducta administrativa

Según estemos ante una conducta administrativa reglada o una con elementos discrecionales, así será el tipo de reacción judicial, propio del control, que podrá adoptar el juzgador ante tales conductas. De ese modo, **(i)** si la competencia es **reglada**, no cabe margen de apreciación atribuible a la respectiva Administración y el juzgador, a través de la sentencia, puede determinar, en forma directa, la conducta debida por parte de aquella. Así lo dispone el numeral 127 CPCA, cuando expresa *“Cuando la conducta declarada ilegítima sea reglada o cuando la discrecionalidad de alguno de los elementos desaparezca durante el transcurso del proceso, la sentencia impondrá la conducta debida y prohibirá su reiteración para el caso específico.”*

Claramente, esta norma confirma que, ya sea que se trate de una conducta administrativa pura y simplemente reglada, o bien, de una que originariamente fue discrecional pero que, debido a las probanzas, a los alegatos y a las diversas circunstancias del proceso, fue perdiendo esa discrecionalidad y se redujo a tal grado que se convirtió en reglada (teoría alemana de la *reducción a cero*), el juez puede y debe imponer, en forma directa, la conducta debida a la Administración. Por ende, este sector de la conducta administrativa no presenta mayor problema de control judicial.

No obstante, la situación se torna diferente si el juzgador determina que **(ii)** la conducta administrativa sometida a proceso es una que **posee elementos de**

discrecionalidad. En tales casos, ante varias soluciones posibles, todas ellas lícitas, es evidente que será únicamente la Administración quien debe determinar qué va a decidir o cómo va actuar al respecto. En ese sentido, el artículo 128 CPCA, dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 128.- Cuando la sentencia estimatoria verse sobre potestades administrativas con elementos discrecionales, sea por omisión o por su ejercicio indebido, condenará al ejercicio de tales potestades, dentro del plazo que al efecto se disponga, conforme a los límites y mandatos impuestos por el ordenamiento jurídico y por los hechos del caso, previa declaración de la existencia, el contenido y el alcance de los límites y mandatos, si así lo permite el expediente. En caso contrario, ello se podrá hacer en ejecución del fallo, siempre dentro de los límites que impongan el ordenamiento jurídico y el contenido de la sentencia y de acuerdo con los hechos complementarios que resulten probados en la fase de ejecución.”

Como puede apreciarse, esta norma establece dos reglas de suma relevancia en el control de la discrecionalidad, veamos:

a) El control se verifica ante conductas discrecionales actuadas y no actuadas: Si el juzgador estima que la conducta sometida a proceso se trata de una que posee elementos discrecionales, indiferentemente de si esa conducta se ejerció indebidamente (discrecionalidad actuada), o que incluso, la Administración omitió por completo ejercitar una conducta que, aunque era de obligatorio ejercicio para ella, su contenido posee elementos discrecionales (discrecionalidad no actuada), en ambos supuestos, el juez debe condenar al ejercicio debido y efectivo de esa competencia, dentro de un plazo prudencial.

Sin embargo, como veremos adelante, tal condenatoria, no impone en forma directa una conducta concreta a la Administración, como sí sucede ante las competencias regladas. En estos supuestos, el juez le re-enviará la atribución

discrecional a la Administración para que sea ella quien ejercite la competencia discrecional, previa declaración de la existencia, el contenido y el alcance de los límites preceptuados por el ordenamiento jurídico y por los hechos de cada caso, en caso de así permitirlo el expediente respectivo. Esa discrecionalidad que aún conserva la Administración y que le es re-enviada por el juez, luego de la sentencia condenatoria, se denomina discrecionalidad residual.

b) El control judicial se efectúa conforme a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico y por los hechos de cada caso: En el supuesto de que el juzgador estime que la conducta administrativa discrecional se ejercitó en forma indebida o sencillamente se omitió, debe condenar a su ejercicio de acuerdo con dos parámetros muy puntuales, que, de seguido, pasamos a examinar.

C. Los límites a la discrecionalidad conforme al ordenamiento jurídico y a los hechos determinantes de cada caso

Como se indicó antes, por un lado, (i) el control se llevará a cabo conforme a los **límites que establece el ordenamiento jurídico**, es decir, las normas escritas y no escritas de control de la discrecionalidad constituyen el primer instrumento que puede utilizar el juez para ese control. Así, la discrecionalidad se verá limitada por las reglas unívocas y de aplicación exacta de la ciencia o de la técnica o por los principios de justicia, lógica o conveniencia (Art. 16 LGAP), por los derechos del particular frente a ella (Art. 17 LGAP), por los principios de racionalidad y razonabilidad (Art. 216 LGAP), y de suma relevancia, por los derechos y principios consagrados en la Constitución Política y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como la igualdad (33 CP), la seguridad jurídica (34 CP), la interdicción de la arbitrariedad (11 CP), el buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos (Arts. 139.4, 140.8 y 191, CP), entre otros. En general, el Derecho de la Constitución es el principal límite de la conducta discrecional.

(ii) Por otra parte, el control judicial también tomará en cuenta **los hechos que han acaecido en cada caso** pues, de acuerdo con las circunstancias de cada proceso, podría haber un grado distinto de discrecionalidad, lo cual aparejaría una diferente intensidad en los mecanismos de control por parte del juez. Es decir, el juez puede establecer los parámetros fácticos de cada caso, derivados de las pruebas ofrecidas por las partes, e incluso, de las requeridas de oficio por el juzgador, con el objeto de delimitar los hechos determinantes para la decisión de contenido discrecional que tendrá a su cargo la Administración Pública. De ese modo, si el juez se encuentra ante una conducta discrecional ejercitada en forma indebida, los hechos determinantes servirán de límite para la nueva decisión que la Administración deberá adoptar, mientras que, si se trata de una conducta discrecional omitida o no actuada, el juzgador le indicará a la Administración que, con base en los hechos determinantes señalados por él y, conforme a los parámetros jurídicos también establecidos en el fallo, aquella deberá decidir o actuar.

6. La ejecución judicial directa de la conducta discrecional

Como hemos podido apreciar, el ejercicio de la discrecionalidad corresponde a la Administración Pública, por tratarse de un ámbito propio de su función de administrar, constitucionalmente atribuida a ella. Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede en los supuestos en los que la Administración ha sido condenada a ejercitar una determinada competencia discrecional, con arreglo a ciertos parámetros fijados por el juez, pero esta se niega a ejercitarla, o bien, lo hace nuevamente en forma contraria al ordenamiento jurídico y a los mandatos dispuestos por el órgano jurisdiccional. En tales supuestos, la atribución constitucional dispuesta en favor de la Administración Pública, de ejercitar en forma exclusiva y excluyente su función administrativa - lo que, dicho sea de paso, revestiría de inconstitucionalidad a las jerarquías impropias bifásicas que aún subsisten-, riñe con el derecho, también de

rango constitucional, de todos los justiciables, a una justicia pronta y, sobre todo, cumplida.

Por ende, en el equilibrio y ponderación de tales derechos, estimamos que el juzgador no puede ser un simple espectador de la erosión y degradación de las situaciones jurídicas sustanciales de las personas que, habiendo obtenido en sentencia el reconocimiento de tales situaciones, se ven expuestas a perderlas o verlas convertidas en letra muerta, debido a la indolencia y arbitrariedad administrativas. De ahí que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa como atribución propia de las Administraciones Públicas no pueda enervar los principios fundamentales sobre los que se asienta el Estado costarricense y que, precisamente, constituyen la esencia de su ideología constitucional, tales como la justicia, la seguridad jurídica y la libertad, todos los cuales, sin una adecuada ejecución de los fallos judiciales firmes y un correcto ejercicio de la función administrativa, -principalmente la de carácter prestacional-, se ven reducidos a nada. Consecuentemente, cuando la Administración persiste en la omisión o el ejercicio indebido de su competencia discrecional, lo que corresponde es la intervención judicial, como de seguido se expone.

A. La puesta en mora a la Administración y el ejercicio de los mecanismos de coerción en su contra

Como un corolario del respeto a la discrecionalidad residual que posee la Administración, luego del fallo judicial que le impone los límites para el ejercicio de la conducta discrecional, lo esperable es que ella misma ejercite, ahora sí, su discrecionalidad conforme a los límites y mandatos establecidos judicialmente. No obstante, si persiste en su incumplimiento o en su omisión, el juez puede poner en mora a la Administración mediante una prevención y, en el supuesto de hacer caso omiso, poner en marcha los mecanismos de coerción previstos en el CPCA, en lo que resulten pertinentes. Esto puede incluir las multas de carácter personal a los funcionarios públicos encargados de la ejecución de la conducta discrecional (Art.

159 CPCA), requerir la colaboración de las autoridades y los agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras administraciones públicas - intervención comisarial- (Art. 161.1.a CPCA), adoptar las medidas necesarias a fin de allegar los fondos indispensables para la plena ejecución, conforme a las reglas y los procedimientos presupuestarios (Art. 161.1.c CPCA). Todo lo anterior tiene como objetivo obligar a la Administración para que ejercite la conducta discrecional que, por reiterado ejercicio indebido o su persistente omisión, se niega a cumplir.

B. La habilitación para la ejecución judicial directa

Una vez que han sido agotados los mecanismos de coerción, sin que la Administración Pública dé cumplimiento a los mandatos y límites establecidos en la sentencia o aquella continúe con su conducta omisiva, el juez debe intervenir directamente para que se haga efectivo el fallo y sean satisfechas las situaciones jurídicas sustanciales del justiciable victorioso. Esa intervención judicial directa sobre la conducta administrativa discrecional, no apareja una invasión sobre las competencias de otro Poder de la República, ni tan siquiera, una *sustitución*, bajo la visión otrora calificada como “*gobierno de los jueces*”. Sino que, sencillamente, significa dar cumplimiento al principio de tutela judicial efectiva (Art. 41 CP), el que, a su vez, se ve potenciado por el Art. 153 CP, cuando establece a cargo del Poder Judicial el principio de reserva de jurisdicción y la consiguiente obligación de ejecutar sus propias resoluciones.

De tal manera, ante la reiterada negativa de cumplimiento por parte de la Administración, debe entenderse por habilitada la intervención judicial directa; en tal sentido, don Óscar González Camacho, ha manifestado:

“No es sino allí, donde interviene el Juez estableciendo la conducta debida, dispuesta de siempre por el Ordenamiento y resuelta además por el fallo jurisdiccional firme, luego de la negativa reiterada de la Administración vencida. En tal caso, el Juez no sustituye (*sustitución*, vocablo con el que

se suele satanizar la ejecución efectiva del fallo frente a una Administración rebelde), sino que ejecuta o vela porque se cumpla el derecho declarado en sentencia firme. Es ese el control intenso que se dispone; es ese el sometimiento de la Administración al Derecho que se ratifica.” (González, 2006, p. 486).

Bajo la postura que se expone, la intervención judicial directa ante competencias discrecionales, es una consecuencia de la necesaria realización de lo dispuesto en sentencia, ante el persistente incumplimiento de la misma por las Administraciones Públicas. Esa intervención judicial, bien podría entenderse en el artículo 162.2 CPCA, cuando dispone que *“Si la Administración Pública obligada persiste en el incumplimiento de la sentencia, o si su contenido o naturaleza así lo exigen, el juez ejecutor podrá adoptar, por su cuenta, las conductas que sean necesarias y equivalentes para su pleno cumplimiento.”*

Ahora bien, lo cierto es que una vez constatado por el juez el reiterado y, antijurídico incumplimiento de los límites y mandatos dispuestos en el fallo, el juez tiene la potestad de intervenir en forma directa, dado que, para ese momento, la Administración habría declinado el ejercicio de su discrecionalidad. Así, como lo afirma Miguel Beltrán de Felipe, la discrecionalidad o margen de apreciación atribuidas a la Administración:

“(...) están sometidas a condición resolutoria: el incumplimiento de la sentencia. Si tal condición se produce, la opcionalidad desaparece y la Administración queda plenamente sometida a la potestad sustitutiva del juez ya que ha abdicado (CAIANIELLO) de sus opciones. En principio ya no existe voluntad administrativa, valiosa para el Derecho, que proteger y por consiguiente la actividad o decisión de cumplimiento de la sentencia es constitucionalmente fungible y asumible por el juez, al no poder ser ya caracterizada como un hacer personalísimo.” (Beltrán de Felipe, 1995, p. 322).

De esa manera, la ejecución judicial directa, sí es posible aplicarse ante conductas administrativas con elementos discrecionales, cuando esa intervención sea, *en extremis*, la única vía para lograr la ejecución de un fallo que ha dispuesto límites y mandatos a la Administración para el ejercicio adecuado de su discrecionalidad. Bajo tal contexto, la intervención no es solo una forma de hacer cumplir el fallo, a través de la adopción de una orden concreta a la Administración o del señalamiento de decisiones o comportamientos debidos a aquella, sino que, en esencia es la manera de resguardar y garantizar la tutela judicial efectiva de las situaciones jurídicas sustanciales de las personas.

7. Conclusiones

La discrecionalidad va más allá de una simple elección entre posibilidades igualmente válidas. Es, en el plano práctico, un necesario y cotidiano mecanismo que utiliza la Administración para alcanzar la satisfacción de sus fines. Claramente, el ejercicio de la discrecionalidad no está exento de control, ya que su existencia misma se debe al ordenamiento jurídico, tal como lo afirmara el Tribunal Supremo español “(...) *la elección de oportunidades por la Administración equivale al ejercicio de la potestad discrecional, y la discrecionalidad hoy en día no existe al margen de la ley sino justamente en virtud de la ley y en la medida en que la ley lo haya dispuesto.*” (STS de 27 de marzo de 1984).

Ahora bien, el control judicial de la discrecionalidad permite al juzgador adoptar decisiones que, en forma directa, se inserten en ese marco propio de la Administración. Todo esto siempre que, luego de respetado el ámbito de la discrecionalidad residual, la Administración persista en su incumplimiento con lesión a la juridicidad de su comportamiento y a las situaciones jurídicas sustanciales de los justiciables. Tal intervención, más que una sustitución, es una concreción de la tutela judicial efectiva.

8. Bibliografía

Beltrán de Felipe, M. (1995). *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*. Ministerio de Justicia Interior. Madrid, España: Editorial Civitas.

Beltrán de Felipe, Miguel. (1995). *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid, España: Editorial Tecnos

Bullinger, M. (1987). *La discrecionalidad de la Administración Pública*. La Ley, 1987-4, Madrid, España.

García de Enterría, E. (1983). *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*. Madrid, España: Editorial Civitas.

García-Trevijano Fos, J. A. (1964). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, España: Edersa, Madrid.

González Camacho, O. et al. (2006). *El nuevo proceso contencioso administrativo*. Poder Judicial, Escuela Judicial, San José.

Lochak, D. (1988). *Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire? Pouvoirs*, 46.

Sainz Moreno, F. (1976). *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 8.

Sentencia del Tribunal Supremo de España, de fecha 27 de marzo de 1984.

Waline, Marcel. (1956). *Étendue et limites du controle des actes du juge administratif sur l'administration*. Conseil d'État. *Études et documents*, 10, 25-33.

