

PRINCIPIO GENERAL DE LA JUSTICIABILIDAD PLENARIA Y UNIVERSAL DE LA CONDUCTA ADMINISTRATIVA

Ernesto Jinesta L.¹

Resumen: Se estudia la jurisdicción contencioso-administrativa con el objeto de que realmente se constituya como una justicia plena y universal de toda la conducta administrativa, entendido ello como un principio universal del Derecho Administrativo y como un derecho humano.

Palabras clave: Justicia administrativa. Contencioso-administrativo. Jurisdicción. Tutela judicial. Conducta administrativa.

Summary: It studies the Contentious Administrative Jurisdiction with the objective of truly composing a full and universal justice system of all Administration behavior, considering this notion as a human right and as a universal principle of Administrative Law.

Key words: Administrative Justice. Contentious-Administrative Jurisdiction. Judicial Protection. Administrative Conducts.

Recibido: 10 de mayo de 2018 Aceptado: 28 de junio de 2018

1 Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Escuela Libre de Derecho (UELD) –Costa Rica–, Profesor y miembro de las Comisiones Redactora y Académica Programa de Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano (DAI), Universidades de la Coruña, España, Nacional del Litoral (Argentina), Nacional del Nordeste (Argentina), de Montevideo (Uruguay), Veracruzana (México), de Guanajuato (México), Santo Tomás de Tunja (Colombia), de Piura (Perú), Monteávila (Venezuela), Hispanoamericana (Nicaragua), Escuela Libre de Derecho (Costa Rica), Director y profesor programa de doctorado en Derecho Administrativo UELD, Presidente de la Asociación Costarricense de Derecho

Administrativo, Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA), el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), Vicepresidente, por Costa Rica, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, miembro de honor Asociaciones Mexicana, Dominicana y nicaragüense de Derecho Administrativo. www.ernestojinesta.com

SUMARIO

Introducción

I. Justicia administrativa

II. Superación de la justicia administrativa objetiva o revisora

III. Discrecionalidad administrativa y control por la justicia
administrativa

IV. La cuestión del “acto político o de gobierno”

V. El control de constitucionalidad de la conducta
administrativa por la justicia constitucional

Conclusión general

INTRODUCCIÓN

Una de las principales preocupaciones de Eduardo García de Enterría en su prolongado apostolado jurídico lo fue la afirmación del principio de la justiciabilidad² plena y universal de la conducta administrativa, en sus diversas manifestaciones. Fue así como acuñó la expresión de una justicia administrativa “plenaria y universal”. De esa manera, tempranamente, en su largo y proverbial trayecto académico, García de Enterría, proclamó la necesidad de evitar, a toda costa, la existencia de reductos de la conducta administrativa inmunes al control de legalidad ejercido por la justicia administrativa y, eventualmente, del control de constitucionalidad desplegado por los Tribunales, las Cortes o las Salas Constitucionales.

Una de las obras principales de García de Enterría lo fue “La lucha contra las inmunidades del poder”, en la que su tesis principal coincide con la de Massimo Severo Giannini, en el

2 El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española no registra la expresión “justiciabilidad”, lo que recoge es el vocablo “justiciable” haciendo referencia a que ciertos hechos “pueden o deben someterse a la acción de los tribunales de justicia”. Sin embargo, este neologismo nos evoca la idea o el concepto de revisión, fiscalización o control judicial de la actuación o conducta administrativa como pieza fundamental e tradicional del Estado de Derecho, de ahí la razón para utilizarlo.

sentido que la historia del Derecho Administrativo se resume en la lucha dialéctica entre autoridad y libertad, entre poder y derechos³. En esta célebre obra recién citada y de obligada referencia en el Derecho Administrativo universal, García de Enterría afirma que “El poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable” a través de una “justicia judicial plenaria”⁴. García de Enterría, rematará sus ideas sobre la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa en su clásica obra intitulada “Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?”⁵

3 V. Cassese, Sabino; Giannini, Voce: Massimo Severo, *Dizionario Biografico* en www.treccani.it

4 *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Madrid, Editorial Civitas S.A., reimpresión de 3ª. Edición, 1989, pp. 97-98. Se trata de la conferencia pronunciada por Eduardo García de Enterría en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el 2 de marzo de 1962 en el curso “El Poder y el Derecho” organizado por la promoción Manuel Balbé de ese año, la primera edición data de 1974.

5 Madrid, Thomson-Civitas, 1ª. Edición, 2007. También pueden consultarse de García Enterría, Eduardo, los siguientes artículos de revista: 1) Perspectivas de las justicias administrativas nacionales en el ámbito de la Unión Europea, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, No. 1, 1999, pp. 1-14; 2) La justicia administrativa en el cambio de siglo, *Responsa iurisperitorum digesta*, Vol. 2, 2000, pp. 11-30, 3) Contencioso administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del Siglo XX. Una visión histórica y comparatista, *RAP*, No. 152, pp. 93-105; 4) El nuevo Código Portugués del proceso de los Tribunales Administrativos, *RAP*, No. 162, pp. 421-426; 5) La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva, *RAP*, No. 179, mayo-agosto, 2009, pp. 167-183. Cabe advertir que en 1989, Eduardo García de Enterría publica la primera edición de su libro “Hacia una nueva justicia Administrativa” (Madrid, Editorial Civitas), del que publica una segunda edición ampliada en 1992, donde ya refiere, entre otros temas, “La crisis del contencioso-administrativo francés: El fin de un paradigma”, de “La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: Ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas” y de “La transformación del contencioso-administrativo francés: La reforma radical del sistema de ejecución de sentencias”.

Se trata de un tema íntimamente vinculado al Estado Constitucional de Derecho, entendido como una fase superior del Estado legal de Derecho, puesto que, los administrados deben contar con una justicia administrativa robusta, efectiva y célere que les garantice el ejercicio y goce de sus situaciones jurídicas sustanciales o de su pleno restablecimiento, sea *in natura* o por equivalente (indemnización de los daños y perjuicios), frente a los desmanes de los poderes públicos. No en vano, afirmó García de Enterría que la justicia administrativa es “pieza central del orden democrático sustantivo y de lo que se ha convenido en llamar Estado de Derecho”⁶. De esa manera, se afirma la supremacía del bloque de legalidad, a través de la primacía judicial ejercida por la justicia administrativa, sobre las diversas conductas administrativas desplegadas por los poderes públicos.

Sin embargo, actualmente, la concepción de una justicia administrativa “plenaria y universal” que no deje ningún ámbito del poder público exento del control de legalidad, asume una connotación superior, por cuanto, son muchas las constituciones que incorporan la justicia administrativa, por lo menos, como una garantía institucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes públicos⁷. En definitiva, muchos ordenamientos jurídicos no se conforman hoy con una regulación infra-constitucional de la justicia administrativa, sino que van mucho más allá, consagrándola a nivel constitucional e, incluso, en algunos supuestos, como un derecho fundamental de los ciudadanos. Se trata de una de las manifestaciones de lo que Riccardo Gustini ha denominado la “constitucionalización del Derecho”⁸ y, en particular, del

6 *Las transformaciones de la Justicia Administrativa*, p. 12.

7 Esto sucede en aquellas constituciones que dentro del título o capítulo referente al Poder Judicial mencionan de manera específica a la jurisdicción contencioso-administrativa, sea que optan por el modelo judicialista puro con un orden jurisdiccional especializado.

8 V. Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Distribuciones Fontamara, 1ª. reimpresión 1ª. edición español, 2003, pp. 153-183.

Derecho Administrativo con el surgimiento del denominado “Derecho Administrativo Constitucional”⁹.

Otra dimensión superior y ulterior, es el reconocimiento directo o indirecto de este principio por los Tribunales regionales de protección de los derechos humanos, con lo que asume, de esa forma, la connotación de un elemento esencial del parámetro de convencionalidad –conformado por las declaraciones, convenciones y sentencias de los tribunales regionales en materia de derechos humanos– y, por consiguiente, de lo que se ha empezado a denominar el “Estado convencional de Derecho”, donde se acepta, pacíficamente, por aplicación del principio de la cláusula más favorable o de los principios “*pro libertate*” o “*pro homine*” que ese *corpus iuris* convencional, si bien constituye un estándar mínimo de protección debe privar, prevalecer o preferirse cuando ofrece un umbral de tutela superior.

La dimensión constitucional y convencional de una justicia administrativa plenaria y universal, ha llevado a que, actualmente, la doctrina, desde la perspectiva de un *ius* administrativo *commune*, admita, por lo menos, la existencia de un principio general del Derecho Administrativo Constitucional que es el de la revisión o fiscalización jurisdiccional plenaria y universal de la función administrativa¹⁰. Las matizaciones del

9 Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, in totum.

10 Es la doctrina italiana la que ha planteado este principio, así V. Saitta, Fabio, “Il principio di giustiziabilità dell’azione amministrativa”, en *Studi sui principi del Diritto Amministrativo –a cura di Mauro Renna e Fabio Saitta–*, Milano, Giuffrè Editore, 2012, pp. 225-256. Cassese, Sabino, por su parte prefiere hablar del “principio di azionabilità delle pretese (giustiziabilità)” o del principio de la accionabilidad de las pretensiones de los administrados frente a los poderes públicos, en “Il Diritto Amministrativo e i suoi principi, en *Istituzioni di Diritto Amministrativo –diretto da Sabino Cassese–*, Milano, Giuffrè Editore, 4^a. edizione, 2012, p. 13. Otros, desde una perspectiva más limitada, dado que los actos administrativos son una de las tantas y posibles manifestaciones de la conducta administrativa,

carácter plenario y universal de la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa dependerán de cada ordenamiento jurídico nacional, puesto que, algunos lo llevarán hasta su máxima expresión y otros serán más conservadores o reservados en su desarrollo, probablemente, al ejercer el denominado “margen de apreciación nacional”.

En suma, según las coordenadas histórico, políticas, sociales, económicas y culturales de cada ordenamiento jurídico, el principio de la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa, se comporta de manera diferente, asumiendo diversos roles, en algunos casos, el rango de tal, en otros de una garantía institucional y, finalmente, en algunos como un derecho fundamental expresamente consagrado en la parte dogmática de la Constitución con lo cual crece, exponencialmente, su densidad normativa o carácter preceptivo. Sin embargo, la incursión de los Tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos en la materia y, en particular, su tratamiento como expresión específica de un conjunto de esos derechos expresamente regulados, nos permite, sin temor a equívocos, proclamar su condición de derecho humano universal.

En definitiva, la afirmación de este principio esencial del Derecho Administrativo universal o común, resulta de trascendental importancia en la construcción de un lenguaje común o intersubjetivo entre los ius administrativistas de todo el mundo.

hablan del “principio costituzionale di generale giustiziabilità degli atti amministrativi” (lo reconocen, entre otros, para el ordenamiento italiano, alemán y europeo) Así De Pretis, D., y Cortese, F., “Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato”, en *En Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi. Nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Milano, Cedam, 2010, p. 344. En igual sentido Cerrina Feroni, G., “La giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione”, en *Codice della giustizia amministrativa, a cura di G. Morbidelli*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 35 y ss.

En la presente contribución abordaremos los principales puntos de convergencia para la construcción efectiva del principio de la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa, sin reparar en la realidad jurídico-positiva de cada ordenamiento jurídico nacional o local, dado que esa tarea diluye cualquier esfuerzo dogmático con una pretensión de generalidad y abstracción. Hemos omitido, deliberadamente, en lo posible, toda referencia a cualquier ordenamiento jurídico-administrativo nacional, por cuanto, además de exceder los propósitos de esta contribución, complicaría, enormemente, la connotación de generalidad y abstracción inherente a todo principio general del Derecho Administrativo Constitucional.

I. JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Desde una perspectiva metodológica hemos preferido la expresión “justicia administrativa” a la de “jurisdicción contencioso-administrativa” o de “proceso contencioso-administrativo”, dado que, algunos ordenamientos jurídicos siguen el modelo francés administrativista y no el judicialista con una jurisdicción especializada en la materia. En efecto, en los ordenamientos nacionales que se inspiran en el modelo francés, el órgano encargado de conocer y resolver las controversias de interés entre los administrados y las administraciones públicas o cualquier otra cuestión regida sustancialmente por el régimen del Derecho Administrativo, no se encuentra adscrito o incardinado en la organización judicial (v. gr. Consejo de Estado).

Desde tal perspectiva, el concepto de “justicia administrativa” comprende, entonces, todos los instrumentos y garantías que contemplen la posibilidad de impugnar, efectivamente, cualquier manifestación de la conducta o actuación administrativa, independientemente, del órgano y de la adscripción de éste, al que le corresponda conocer y resolver el asunto, según el modelo de justicia administrativa nacional adoptado.

1. Posición en el Estado constitucional de Derecho de la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa: De principio general del Derecho Administrativo Constitucional a Derecho fundamental y humano

La plena o integral, universal y efectiva justiciabilidad de toda forma de manifestación de la actuación administrativa o de cualquier relación jurídico administrativa, constituye un desiderátum por alcanzar, por cuanto, la intensidad y alcance de tales conceptos jurídicos indeterminados, en cada ordenamiento jurídico nacional, varía según el grado de desarrollo legislativo, constitucional y de recepción de las innovaciones en la materia. Consecuentemente la justiciabilidad plena y universal de la conducta administrativa, puede asumir distintos roles, según sean las previsiones constitucionales adoptadas en un ordenamiento jurídico determinado. En efecto, podemos afirmar que la justiciabilidad plena y universal de la actuación administrativa puede asumir el rol de un principio general del Derecho Administrativo Constitucional cuando no existe una previsión del derecho más general a la tutela judicial efectiva o de acceso a la jurisdicción o del más específico derecho al control de la legalidad de la conducta administrativa, dado que, puede inducirse a partir de una serie de preceptos constitucionales que sugieren esa posibilidad, como, por ejemplo, la sola mención a la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada o de un órgano encargado de conocer y resolver las controversias de interés entre los administrados y las administraciones públicas.

Contemporáneamente, son pocas las constituciones que no incorporan, expresamente, por lo menos, desde una perspectiva más general, el derecho a la tutela judicial efectiva o de acceso a la jurisdicción, de cuyo contenido esencial es posible desprender el más específico de acceso a la justicia administrativa frente a cualquier manifestación específica de la conducta administrativa que le resulte lesiva a un administrado

en su esfera patrimonial o extrapatrimonial. Resulta claro que, para aquellos modelos de justicia administrativa de tipo judicialista, sea en los que una jurisdicción especializada o la común, se encarga del control de la legalidad de la conducta administrativa, la previsión del derecho a la tutela judicial efectiva, comprende, necesariamente, en su contenido esencial, el acceso a tal jurisdicción especializada o la ordinaria para la protección y defensa de las situaciones jurídicas sustanciales de las personas frente a las actuaciones o conductas de los poderes públicos. Incluso, para aquellos ordenamientos que siguen un modelo administrativista, donde un órgano ajeno a la organización judicial, se encarga de tal control, tal derecho interpretado y aplicado de manera extensiva, le da fundamento al mismo, puesto que, en último término se trata de la tutela de los derechos de los ciudadanos frente a las administraciones públicas, independientemente, de la adscripción o posición del órgano de control en el diseño constitucional. Precisamente por lo anterior, Fromont afirmó que “En principio, el derecho de los individuos a la protección jurisdiccional contra la administración fue reafirmado casi por todos después de 1945”¹¹.

En esa última tesis se sitúan, también, ciertos sistemas regionales de protección de los derechos humanos, como el europeo y el americano^{12,13} donde esa facultad específica se

11 Fromont, Michel, “La convergencia de los sistemas de justicia administrativa en Europa”, en *Pensamiento Constitucional*, Perú, Año IX, No. 9, p. 245.

12 En el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, el Tribunal Europeo ha extendido la expresión “derechos de carácter civil” a los derechos administrativos de los administrados frente a los poderes públicos, de modo que el sistema de control de la actuación administrativa se entiende incluido y cubierto en el ordinal 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así, las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos “Le Compte, Van Leuren et De Meyère c/. Belgique” de 23 de junio de 1981, “Bentham c/. Pays Bas” de 23 de octubre de 1985 y “Kanayet c/. Rusia” de 27 de julio de 2006. V. Rodríguez Pontón, F. J., *La articulación de las garantías administrativas y jurisdiccionales en el sistema del CEDH*, Madrid, Civitas, 2005, in totum y Padrós Reig, C. y Roca Sagarra, J., “La armonización europea en el control judicial de la Administración: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *RAP*, 136, 1995. Cabe resaltarse que en la sentencia 33.804/96 “Mennitto c/. Italia” de 3 de octu-

tiende implícita en el contenido esencial del derecho humano más general a un proceso justo, equitativo y efectivo.

bre de 2000, la Corte Europea de Derechos Humanos critica la distinción italiana, propia de su sistema de justicia administrativa para deslindar la competencia entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa –esta última constituida por el Consejo de Estado y los Tribunales Regionales Administrativos–, entre derechos subjetivos e intereses legítimos, dado que, en su opinión a la luz del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el interés legítimo reviste la condición de un “derecho de carácter civil” en los términos del mismo y, por consiguiente, el tutelado tiene derecho a una indemnización. Sentencia que ha llevado a la doctrina italiana y jurisprudencia constitucional a plantearse la supervivencia del concepto jurídico indeterminado “interés legítimo”, permitiendo que la justicia estrictamente administrativa no solo anule sino también restablezca la situación jurídica sustancial invocada (Así Caringera, Francesco, *Corso di diritto procesuale amministrativo dopo la sent. 204/2004 della Corte Costituzionale*, Milano, 2005, p. 209). Luego tenemos, en el caso del modelo de justicia administrativa francés, la demoledora crítica que hace la Corte Europea de Derechos Humanos, por infracción del derecho a un proceso imparcial, al mismo, dada la característica de la inserción del Consejo de Estado en la estructura de la administración, así caso Kress c. France, sentencia No. 39594/98 de 7 de junio de 2001, así, también, fue considerado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Martinie c. France, sentencia No. 58675/00 de 12 de abril de 2006.

- 13 La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, sentencia de 6 de mayo de 2008, estimó que el proceso contencioso administrativo debe desarrollarse dentro de un plazo razonable (artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y que, a tenor del artículo 25.1 de la Convención Americana debe ser “sencillo, rápido, expedito y efectivo” para la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en ese instrumento, la Constitución y la ley (párrafo 85). En el caso concreto, desde la interposición de dos procesos contencioso-administrativos subjetivos o de plena jurisdicción, habían transcurrido a la fecha del dictado de la sentencia de la Corte Interamericana 11 y 14 años (párrafo 84), por lo que estimó que “el tiempo transcurrido sobrepasa excesivamente el plazo que pueda considerarse razonable para que el Estado emitiera una sentencia definitiva” (párrafo 87) con lo que se produjo, también, una clara denegación de justicia (párrafos 87 y 88). Esta sentencia de la Corte Interamericana exhorta, entonces, a los países del sistema interamericano a regular, reformar y modificar los procesos contencioso-administrativos para que sean sencillos, rápidos, expeditos y efectivos y, desde luego, para que sean resueltos en un plazo razonable evitando una denegación de justicia. Se trata, entonces, de una sentencia que impacta los modelos nacionales de justicia administrativa.

De modo y manera, que progresivamente, el principio de comentario ya no solo se manifiesta y comporta como tal, esto es, con un grado preceptivo más general y abstracto, sino, también, al propio tiempo, como un derecho fundamental o humano de las personas frente a los poderes públicos, obviamente, en este último caso, con un nivel superior y más intenso de normatividad.

Ahora bien, contemporáneamente, no faltan ordenamientos jurídicos constitucionales que contemplan de manera expresa, además del derecho general a la tutela judicial efectiva, un derecho singular de acudir ante la justicia administrativa para impugnar cualquier conducta administrativa. Esta constituye una fase superior e idónea de desarrollo en la materia por suponer una garantía explícita de las personas frente a las administraciones públicas. En tal sentido podemos apuntar una constitucionalización progresiva, a través de la consagración de cláusulas constitucionales expresas, de la justicia administrativa que provoca una “extensión e intensificación del control jurisdiccional de la Administración”¹⁴. Tenemos, así, emblemáticos ejemplos en el entorno europeo como el artículo 19, párrafo 4º, de la Constitución Alemana (Ley Fundamental para la República Federal de Alemania) de 1949¹⁵, el ordinal 113 de la Constitución Italiana, del mismo año¹⁶ y en el ámbito

14 Woehrling, J. M., “Le controle juridictionnel de l’Administration en Europe de l’Ouest”, *Revue Européenne de Droit Public*, Londres, Vol. 6, No. 2, 1995, p. 369. En igual sentido García De Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Thomson-Civitas, reimpresión 5ª. Edición, 2005, p. 53.

15 Ese precepto dispone “*Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será de los tribunales ordinarios (...)*”.

16 El artículo 113 de la Constitución Italiana dispone lo siguiente: “*Contra los actos de la administración pública, la protección jurisdiccional de los derechos y de intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria y administrativa está otorgado. Esta protección jurisdiccional no puede ser excluida ni limitada a tipos particulares de recursos o categorías determinadas de actos*”.

latinoamericano el numeral 49 de la Constitución Política de Costa Rica de 1949¹⁷.

II. SUPERACIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA OBJETIVA O REVISORA POR UNA PLENARIA Y UNIVERSAL

1. Vigencia del principio independientemente del modelo nacional de justicia administrativa adoptado

El principio de la plena justiciabilidad de la actuación administrativa debe regir independientemente del modelo de Estado adoptado constitucionalmente, si es compuesto o unitario, y de la organización judicial elegida en cada ordenamiento jurídico nacional. Lo mismo podemos afirmar respecto del modelo de justicia administrativa que se haya adoptado, sea este “judicialista puro”, en el cual existe una jurisdicción contencioso-administrativa especializada, encargada de conocer y resolver de las pretensiones deducidas contra la conducta administrativa activa u omisiva de los poderes públicos (v. gr. Alemania y España), “judicialista impuro” que es aquél en que los jueces ordinarios atienden ese tipo de pretensiones (v. gr. en algunos sistemas anglosajones) o uno “administrativista”, donde se concibe, por ciertos lastres históricos, un órgano no adscrito a la organización judicial sino más bien a la propia administración, aunque con una función diferente, para resolver ese tipo de controversias (v. gr. el francés con el Consejo de Estado y los que siguen tal modelo).

17 Después de la reforma constitucional parcial por la Ley No. 3124 de 25 de junio de 1963, el artículo 49 de la Constitución Política de Costa Rica dispone lo siguiente:

“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 legítimos de los administrados”.

En definitiva, las opciones político-jurídicas nacionales del tipo de Estado, de la organización judicial y del modelo de justicia administrativa adoptado, no deben menguar la vigencia del principio de la plena justiciabilidad de la actuación administrativa. No obstante, la intensidad con que rige el principio, obviamente, dependerá de la configuración constitucional y legal que haya elegido cada Estado, aunque como lo hemos afirmado, al transformarse, progresivamente, tal principio general en un derecho fundamental o humano, parece ser que los Estados nacionales deben efectuar el mayor esfuerzo normativo y organizativo para consagrar adecuadamente la vigencia, goce y ejercicio del mismo. La diferencia de hablar de un principio general de la plena justiciabilidad de la conducta administrativa o de un derecho humano o fundamental en tal sentido es que en el primer caso carece de mayor valor normativo o preceptivo, a diferencia de cuando se le concibe como un derecho fundamental y humano que vincula fuertemente a los poderes públicos asumiendo la condición de un *higher law* o de un *ius eminens*. La tendencia mundial que se manifiesta en la jurisprudencia de los Tribunales regionales encargados de la protección de los derechos fundamentales, según el sistema que se trate (Europeo o Americano) es que se le conciba como un derecho humano que dimana del contenido esencial de otros derechos tales como el de la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la defensa, en este caso, frente a los poderes públicos y sus conductas de tipo administrativo.

Los Estados están compelidos, actualmente, a consagrar una justicia administrativa plenaria y universal, independientemente del modelo de Estado –compuesto o federado o unitario–, del tipo de organización judicial adoptada y del modelo de justicia que se siga (judicialista puro, impuro o administrativista), que le permita a cualquier administrado discutir e impugnar con las garantías de una tutela judicial efectiva, el debido proceso y la defensa, cualquier conducta administrativa. Se trata de una cuestión que dejó de estar librada a la discrecionalidad política de cada Estado, donde el margen

de apreciación nacional se ha visto fuertemente reducido, en aras de lograr esos dos caracteres que son la plenitud y la universalidad. Lo contrario, supondría la infracción de derechos humanos básicos de las personas como el acceso a la jurisdicción, la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la defensa. Parece, entonces, que lo único que queda librado al margen de apreciación nacional y soberano de cada Estado es el tipo de organización jurisdiccional y el modelo de justicia administrativa que, finalmente, se adopte, sin que pueda admitirse, de manera obvia, primero, la ausencia de una justicia administrativa que garantice el goce y ejercicio de las situaciones jurídicas sustanciales, llámese derechos subjetivos o intereses legítimos, y segundo, una justicia administrativa que admita reductos exentos del control de legalidad o, en último término, de la supremacía de la ley sobre la conducta administrativa.

Todo lo anterior supone, de otra parte, que la justicia administrativa que se diseñe en el plano nacional no puede ser la tradicional, concebida a la luz del modelo francés, sea la eminentemente revisora o de anulación de un acto administrativo, con las pretensiones clásicas de mera anulación y de plena jurisdicción. Como es bien sabido, la conducta o función administrativa no sólo tiene como única manifestación la actividad formal de las administraciones públicas, sea los actos administrativos por escrito emitidos previo procedimiento administrativo, sino que ese concepto tiene otras formas de manifestación tales como las omisiones materiales y formales, las actuaciones materiales, manifestaciones que, de otra parte, no agotan la existencia de situaciones jurídicas nacidas y sometidas al Derecho Administrativo, por lo que ha debido acudir a la noción dogmática de la "relación jurídico-administrativa".

En definitiva, los Estados a partir de la vigencia del principio general del Derecho Administrativo o del Derecho fundamental o humano a la justiciabilidad de la conducta administrativa, están obligados, entonces, a concebir una justicia administrativa plenaria y universal que les permitan actuar

tal principio o derecho y que, sobre todo, impida la existencia de ámbitos de la función administrativa exentos del control de legalidad, por cuanto, eso sería una grave arbitrariedad o injusticia notoria que lesionaría derechos básicos y elementales de las personas que interaccionan con los poderes públicos. El cambio de paradigma en la justicia administrativa obedece, básicamente, al reconocimiento de la centralidad de la persona en el Derecho Administrativo¹⁸.

2. La necesaria ampliación tipológica de las pretensiones deducibles

Tal y como hemos indicado, la justicia administrativa para que sea verdaderamente plenaria y universal debe dejar de bascular sobre el eje de esa tradicional y vetusta categoría dogmática que es el acto administrativo manifestado por escrito y previo procedimiento administrativo (actividad formal), por cuanto, la misma no agota todas las formas de manifestación de la función administrativa, al existir omisiones de tipo formal y material y actuaciones materiales que lesionan las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados y, en general, de otras formas de interacción o de relaciones jurídicas entre administrados y administraciones públicas.

El acto administrativo constituye la manifestación de la función administrativa por antonomasia de la denominada "Administración Pública de limitación", sea de la concepción del Estado policía o liberal de Derecho, donde la tónica era la vigencia de los derechos civiles y políticos, también denominados derechos de libertad, donde el Estado, únicamente, debía garantizarle a los particulares un margen considerable de autonomía de la voluntad, sin intromisiones o injerencias arbitrarias a través de una actitud predominantemente negativa. En el marco de este tipo de Estado el principio fundamental será la "prohibición del exceso".

18 V. Fromont, Michel, op. cit., p. 263.

Con el advenimiento del Estado social y democrático de Derecho o del Estado de bienestar, los administrados tendrán, adicionalmente, derechos prestacionales o también llamados sociales, económicos y culturales (v. gr. educación, salud, vivienda, etc.) que le imponen a los poderes públicos más que una actitud pasiva y negativa una activa brindando una serie de prestaciones para erradicar las desigualdades reales y efectivas existentes en el conglomerado social. Bajo este nuevo paradigma lo esencial será que los poderes públicos cumplan con las obligaciones positivas de hacer o de dar impuestas por el ordenamiento constitucional e infra-constitucional de desarrollo de aquél, por consiguiente, el principio rector será ahora el de la “prohibición del defecto”.

Las pretensiones clásicas de mera anulación y de plena jurisdicción deducibles frente a un acto administrativo formal, serán, entonces, a partir de ese momento, absolutamente insuficientes frente a las omisiones de tipo material en la prestación de servicios públicos debidos, las omisiones formales al no dictarse un acto formal impuesto por el ordenamiento jurídico y necesario para satisfacer los derechos de los administrados o bien ante un Estado más proactivo e incisivo en la realidad social, económica o cultural mediante actuaciones materiales desplegadas para el logro de la igualdad real y garantizar un mínimo vital a los ciudadanos.

Se requerirán, entonces, las denominadas pretensiones de condena para obligar a un poder público a subsanar una omisión indebida o para superar la situación antijurídica creada por una actuación material. Solo de esa forma será posible, entonces, concebir una justicia administrativa, verdaderamente, plenaria y universal. Esto supondrá que las leyes reguladoras o códigos sobre la justicia administrativa deben ampliar el espectro de las pretensiones que pueda deducir un administrado frente a un poder público, idealmente complementado con cláusulas residuales que le permitan impugnar cualquier manifestación de la función administrativa.

3. Agotamiento facultativo u optativo de la vía administrativa previa

Para concebir una justicia administrativa plenaria y universal es menester superar una serie de lastres y prejuicios históricos que, actualmente, no tienen razón de ser. Se trata de una serie de privilegios de tipo formal de los que han gozado los poderes públicos frente a los administrados para acrecentar su posición ya, de por sí, superior al estar, presuntamente, dedicados al logro del interés general o público, en los procesos diseñados para impugnar sus conductas y que debilitan o retardan las posibilidades de impugnación o revisión que tienen los administrados.

Uno de estos privilegios formales lo ha constituido el agotamiento preceptivo de la vía administrativa o gubernativa previa que le impone al administrado agotar todas las instancias administrativas antes de acudir ante la justicia administrativa, como si ésta fuera una instancia posterior de lo que suceda en esa vía previa. Una de las razones históricas por las cuales hasta hace unos años se hablaba de “recurso contencioso-administrativo”, lo fue el agotamiento preceptivo de la vía administrativa como requisito preceptivo para acceder a la justicia administrativa, como si se tratara de una instancia ulterior, cuando lo cierto es que el principio del que nos ocupamos, los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la defensa y a la revisión o fiscalización de la función administrativa -este último para aquellos ordenamientos constitucionales que lo tienen expresamente recogido en la parte dogmática de sus constituciones- imponen que la justicia administrativa pueda accederse sin requisitos previos que desgasten al administrado y sin concebirla como una prolongación de lo que se discute en la sede administrativa.

Si admitimos como una realidad incontrovertible el fenómeno de la “constitucionalización del Derecho” y, en particular, del Derecho Administrativo o la existencia de un “Dere-

cho Administrativo Constitucional”, es necesario examinar el privilegio del agotamiento preceptivo de la vía administrativa a la luz del parámetro de constitucionalidad y, en particular, de una serie de valores, principios y derechos admitidos universalmente y que forman, entonces, parte de una tradición constitucional común inherente al supra concepto de Estado constitucional de Derecho. Si el privilegio formal del agotamiento preceptivo como requisito de admisibilidad para acudir a la justicia administrativa puede tener sustento en una serie de principios de orden constitucional como la eficacia y la eficiencia o, incluso, la buena administración, es lo cierto que los mismos deben entenderse, en todo momento y bajo cualquier circunstancia, subordinados a los derechos fundamentales y deben ceder ante éstos que constituyen la base del entero ordenamiento jurídico o, incluso, frente a otros principios constitucionales. Si se admite que el administrado o la persona es el centro de cualquier construcción jurídica, incluso, del Derecho Administrativo, no existe razón para dotar de una posición asimétrica a los poderes públicos, por el contrario, las administraciones públicas, modernamente, deben ser concebidas y entendidas como un sujeto de Derecho más del ordenamiento jurídico, de modo que resulta repugnante para el “Derecho de la Constitución”¹⁹ la desigualdad crónica entre persona y ente público. Evidentemente, el reconocimiento u otorgamiento de una prerrogativa adjetiva de ese orden a los poderes públicos no tiene justificación objetiva y razonable, si se entiende que la conducta administrativa debe ser objeto de un control de legalidad plenario y universal, sobre todo si son creados y puestos en funcionamiento para servir y atender las necesidades de los administrados, sea si se les concibe como “organizaciones serviciales”. Desde tal perspectiva, el agotamiento preceptivo

19 Expresión de HAURIOU (Maurice), Principios de Derecho Público y Constitucional, Madrid, Editorial Reus, traducción Carlos Ruiz del Castillo, 1927, el Libro II es titulado por el autor “*El Derecho de la Constitución*”, el Capítulo II lo denominó “*La limitación del poder por el Derecho de la Constitución*” y la Sección Primera “*La limitación del poder por las reglas del Derecho de la Constitución*” pp. 280-304.

de la vía administrativa no resiste el escrutinio de constitucionalidad, no sólo por violentar el principio de la igualdad real, el que en algunos ordenamientos jurídicos se comporta como un derecho (derecho a la igualdad, tal y como lo proclama la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24) con un grado normativo o preceptivo superior. De otra parte, la figura dogmática de comentario lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva por varias razones como las siguientes:

- a) Normalmente, el administrado al interponer los recursos administrativos ordinarios procedentes, no logra que el propio órgano que dictó el acto administrativo o su superior lo modifique o anule, de modo que como lo indica García de Enterría, siguiendo la expresión de un juez americano, es como “sacar agua de un pozo seco”²⁰, al no lograr obtener nada con la interposición de los recursos se transforma en una pesada carga o en un prolongado “calvario” o “*via crucis*”.
- b) La etapa recursiva del procedimiento administrativo suele prolongarse más allá de los plazos legales y de lo que puede concebirse como un plazo razonable, extendiéndose indefinidamente e incluso por años la posibilidad de acceso a la justicia administrativa, sin posibilidad de hacerlo inmediatamente y cuando lo estime oportuno.
- c) La sumatoria del plazo para sustanciar el procedimiento administrativo para el dictado del acto administrativo, el requerido para plantear y ser resueltos los recursos ordinarios procedentes y el necesario para obtener sentencia ante la justicia administrativa, provoca que los administrados obtengan una justicia tardía, la que, a la postre, puede transformarse –según su prolongación y circunstancias particulares de los administrados justi-

20 V. García de Enterría, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Ed. Civitas, 2ª. edición, 1992, p. 67.

ciables- en una denegación de justicia. Se trata, entonces, de una prolongación perversa a favor de cualquier ente público que tiene una vocación de pervivencia superior a cualquier persona física. Los entes públicos permanecen -por su condición de personas jurídicas- en tanto que los administrados pasan, los administrados tienen alma, corazón, sentimientos, emociones y aspiraciones, a diferencia de los primeros, cuyos funcionarios están dispuestos a prolongar, indefinidamente y por generaciones, la resolución de los asuntos de los administrados, provocando que sean los deudos de estos los que cobren sus créditos y ejerzan sus derechos.

A la luz del bloque de constitucionalidad la interpretación más favorable a la eficacia expansiva y progresiva de los derechos fundamentales y a su vinculación más fuerte, es la que aboga por el carácter facultativo u optativo del agotamiento de la vía administrativa, de manera que quede a la libérrima elección del administrado, de modo que sea éste quien, después de efectuar un juicio de ponderación acerca del éxito eventual de los recursos interpuestos en la sede administrativa, decida si los interpone o no. En definitiva, el carácter electivo de la vía administrativa previa, resulta absolutamente acorde con los derechos de los administrados de acceso a la justicia, de la tutela judicial efectiva, así como con los principios o derechos -según se configure en cada ordenamiento jurídico- a la igualdad y a la fiscalización plena y universal de la conducta administrativa. Solo de esta manera se logra dignificar al ser humano o a la persona que lucha contra los poderes públicos provistos, ya de por sí, de prerrogativas de tipo sustancial. Deberán quedar a salvo aquellos casos en que el constituyente originario o el derivado o poder de enmienda haya dispuesto, en el propio texto constitucional, que es necesario el agotamiento preceptivo, sin embargo esta afirmación, cada día es más relativa, sobre todo en América, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha impuesto a los jueces nacionales o locales el deber de ejercer el denominado control

de convencionalidad difuso, tanto sobre normas constitucionales originarias o derivadas como, desde luego, las de rango infra constitucional²¹.

4. El reto de una justicia administrativa más informal

Para el logro efectivo de una justicia administrativa plenaria y universal es preciso hacerla más informal y espiritual y no tan ritual como tradicionalmente lo ha sido, básicamente, en aras de dotar a los entes y órganos públicos de mayores privilegios formales. Si forma parte del interés general, al cual sirven con objetividad las administraciones públicas, el respeto de los derechos fundamentales y humanos de los administrados, entonces, tales privilegios que rigidifican la justicia administrativa y, ocasionalmente, la tornan inaccesible, deben ser erradicados.

La deformalización de la justicia administrativa pasa por varios aspectos esenciales, tales como los siguientes:

- a) Establecer plazos más amplios, como sucede en la mayoría del resto de las disciplinas procesales, para acceder a la justicia administrativa. No se justifica el establecimiento de plazos de caducidad fatales y excesivamente cortos, por el contrario, se deben establecer plazos más amplios y de prescripción, con la posibilidad de suspenderlos e interrumpirlos por las causales clásica y generalmente admitidas. Lo óptimo es que el plazo para acudir a la justicia administrativa corresponda con el plazo de prescripción del derecho sustantivo. Adicionalmente, cuando la infracción de la situación jurídica sustancial invocada por el administrado continua en

21 V. Jinesta Lobo, Ernesto, "Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales". En *El control difuso de convencionalidad*, -Coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor-, México, Fundap, 2012, pp. 269-288.

el tiempo, el plazo debe correr a partir de su cesación quedando abierto en tanto persista la misma.

- b) La superación del privilegio formal del acto administrativo tácitamente consentido, el que tiene una lógica irrefutable cuando se parte del carácter preceptivo del agotamiento de la vía administrativa previa. Si la adecuación de la figura del agotamiento de la vía administrativa al parámetro de constitucionalidad y convencionalidad pasa por estimarla como facultativa u optativa, la figura del acto consentido debe ser reputada como inconstitucional puesto que obliga a interponer los recursos administrativos ordinarios procedentes, impidiendo el acceso directo a la justicia administrativa.

5. Capacidad procesal y legitimación: Una justicia administrativa más democrática y accesible

Una justicia administrativa plenaria y universal que procure reducir al máximo cualquier reducto exento del control de legalidad debe estar regentada por reglas de capacidad y de legitimación procesales democráticas y flexibles que aseguren las mayores posibilidades de fiscalización de la conducta administrativa. Una justicia administrativa centrada en la defensa de derechos subjetivos e intereses legítimos personales y directos, cierra las posibilidades de impugnación y, por consiguiente, de participación ciudadana y los diversos colectivos en procura de la adecuación sustancial al bloque de legalidad de la conducta administrativa, circunstancia que repercute, necesariamente, en el logro efectivo del interés general.

Consecuentemente, se deben establecer principios y reglas suficientemente elásticas sobre la materia, permitiendo que los menores de edad tengan capacidad procesal de acuerdo con su grado de madurez específica, incluso con posibilidad de comparecer directamente, sin necesidad de representante,

asimismo que los grupos, las uniones sin personalidad o los patrimonios independientes o autónomos que son afectados en sus intereses legítimos, incluso sin necesidad de estar integrados en estructuras formales u organizacionales, puedan comparecer ante la justicia administrativa.

En materia de legitimación resulta clave la posibilidad que ciertas organizaciones colectivas formalmente constituidas puedan acudir en defensa de los intereses corporativos o gremiales (v. gr. sindicatos, asociaciones de empresarios, asociaciones de consumidores, etc.). Asimismo, debe contemplarse que una persona o grupo de personas puedan invocar la defensa de intereses difusos en ciertas materias de gran trascendencia como la defensa del dominio público constitucional, del patrimonio cultural, el ambiente, urbanismo, la protección al consumidor, la promoción de la competencia, etc.

Debe, también, cuando lo dispone expresamente una ley sectorial, proceder la acción popular en procura de la conformidad sustancial de la conducta administrativa con el bloque de legalidad.

6. Medidas cautelares en la justicia administrativa

El replanteamiento de las pretensiones para alcanzar una justicia administrativa plenaria y universal, demanda, paralelamente, un redimensionamiento de las medidas cautelares que pueda decretar el juez administrativo. Remozamiento de la tutela cautelar y de los poderes cautelares del juez administrativo es lo que impone una justicia plenaria y universal, sin ámbitos inmunes al control de legalidad ejercido por aquél.

Una justicia administrativa revisora y objetiva que regula, únicamente, el juicio al acto administrativo formal con pretensiones de mera nulidad y de plena jurisdicción, lamentablemente, únicamente, concibe como única medida cautelar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impug-

nado. Cuando se da el paso hacia una justicia administrativa plenaria y universal, con pretensiones administrativas de todo tipo, incluso, frente a las omisiones formales o materiales y las actuaciones materiales e, incluso, pretensiones abiertas – justificadas por la categoría residual de la “relación jurídico-administrativa”–, se precisa de un sistema cautelar *numerus apertus*. El nuevo paradigma de una justicia administrativa plenaria y universal, frente al tradicional de excepción, entendida como revisora y objetiva, demanda un arsenal considerable de poderes y medidas cautelares en manos del juez administrativo, cuyos criterios determinantes sean los principios de proporcionalidad en sentido estricto, idoneidad y necesidad o de intervención mínima para garantizar, provisionalmente, la efectividad de la sentencia de mérito que se haya de proferir.

En definitiva, el cambio de paradigma en materia de justicia administrativa, sea de un modelo objetivo y excepcional a uno subjetivo, plenario y universal, demanda que los administrados cuenten con la posibilidad de requerir y de otorgárseles cualquier medida cautelar que sea necesaria, idónea y oportuna para garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia de mérito, como acontece en el resto de los procesos²². La dignificación de la persona humana que lucha contra los poderes públicos y el principio o derecho a la igualdad así lo imponen.

22 García de Enterría, señala que la justicia administrativa “se ha situado en el mismo nivel que el proceso civil entre partes privadas, donde nadie puede discutir que se enfrentan dos pretensiones equivalentes en cuanto a la titularidad potencial de los mismos derechos, y respetando el principio básico de todo litigio judicial, que es el de igualdad de armas” Las transformaciones de la justicia administrativa, p. 135. Fromont observa, en el entorno europeo, a propósito de las últimas reformas en el ordenamiento jurídico español, francés y el alemán, que se ha producido un acercamiento entre los poderes tradicionales del juez ordinario en el Derecho Privado y los del juez administrativo, afirmando “ya no más el derecho público sería un derecho inequitativo frente a un derecho privado igualitario. En efecto, los dos derechos se acercan: el derecho público se esfuerza cada vez más en asegurar una cierta igualdad entre el individuo y el Estado, e, inversamente, el derecho privado es, progresivamente, inducido a tener en cuenta las desigualdades de hecho, es decir, a proteger la parte más débil (...)” op. cit., p. 264.

De otra parte, la sola consideración de la existencia, hasta hace poco innominado o atípico, de un derecho fundamental a la tutela cautelar, como parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, que ha proclamado la doctrina desde el último lustro del siglo pasado²³ y acogieron muchos Tribunales constitucionales e, incluso, regionales, impone la necesidad de establecer un sistema de medidas cautelares completo, flexible y amplio. En tal sentido, se precisa, además de una válvula de escape o de una cláusula residual que habilite al juez administrativo para disponer cualquier medida cautelar proporcionada, idónea, necesaria y oportuna, de la regulación de las medidas cautelares positivas, también llamadas anticipatorias o innovativas, no sólo la clásica negativa o conservativa de la suspensión de la ejecución, en una amplia tipología que comprenda las inhibitorias, ordenatorias y las sustitutivas²⁴.

Obviamente, en tal regulación se deben consagrar y respetar ciertas categorías dogmáticas clásicas a las medidas cautelares, tales como la instrumentalidad, provisionalidad, *summaria cognitio* y la urgencia, siendo que esta última característica de la tutela cautelar justifica las medidas cautelares provisionálísimas, las *inaudita altera parte* y las *ante causam*. De otra

23 Así García de Enterría, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Ed. Civitas, 1992, pp. 174 y 208. García de Enterría (E.), "Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo", *Civitas REDA*, No. 76, oct.- dic., 1992, p. 630. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, "Suspensión del acto y medidas cautelares". *Poder Judicial*, No. 21, marzo 1991, p. 145. Gimeno Sendra, Vicente, et al., *Derecho Procesal Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 665. Chinchilla Marín, Carmen, "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales". *Revista de Administración Pública*, No. 131, may-ago 1993, p. 171.

24 Clasificación tipológica planteada por Sica, Marco, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza. Nei confronti Della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffré Editore, 1991, pp. 246-286 y seguida por Jinesta Lobo, Ernesto, *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, San José, Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, 1995, pp. 285-287.

parte, también deben tenerse como referentes indispensables para disponerlas lo que la doctrina ha denominado los presupuestos de las medidas cautelares que son el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que pasa por un juicio de probabilidad sobre el éxito eventual de la pretensión o la actitud de la propia administración y el *periculum in mora*, representado por la amenaza fundada, razonable y objetiva de que la situación jurídica sustancial invocada resulte seriamente dañada o perjudicada de modo grave e irreparable durante el tiempo necesario para dictar sentencia, tanto el peligro de inutilidad como el de retardo de la sentencia de mérito. Al respecto, también, resulta importante la regulación de la bilateralidad del *periculum in mora*, sea la necesaria ponderación del interés público y de los intereses de terceros cuando se decreta una medida cautelar.

7. Tipología de sentencias en la justicia administrativa

Si el imperativo de una justicia administrativa plenaria y universal supone el replanteamiento de las pretensiones, las reglas de la capacidad procesal, de la legitimación y de las medidas cautelares admisibles, lógicamente, se producirá, también, un impacto sobre la taxonomía de las sentencias que pueda dictar el juez administrativo.

Aparte de las sentencias meramente declarativas y constitutivas, clásicas en el ámbito de una justicia administrativa objetiva y revisora de un acto administrativo, lo importante será regular las sentencias condenatorias que le permitan al juez administrativo imponerle a los poderes públicos toda suerte de obligaciones de hacer, no hacer o de dar y las mixtas (meramente declarativas, constitutivas y de condena), evitándose toda suerte de enunciación *numerus clausus* o taxativa, dejando abierta la posibilidad de dictarse cualquier pronunciamiento para brindar plena efectividad a la tutela judicial administrativa o el restablecimiento pleno de la situación jurídica sustancial invocada. También resulta conveniente, por razones

de economía procesal, que el juez administrativo pueda referirse en la sentencia a toda conducta conexas con la impugnada, desde luego, según el prudente arbitrio judicial y las reglas de la sana crítica y el auto-control.

Dado el carácter complementario que ofrece la construcción dogmática de la "relación jurídico-administrativa", el juez administrativo debe tener habilitación suficiente para declarar en sentencia la existencia, inexistencia o contenido –derechos y obligaciones recíprocas– de una relación de tal naturaleza y, eventualmente, emitir un pronunciamiento de condena a una obligación de hacer, no hacer o de dar.

En esta materia, resulta conveniente, tratándose de obligaciones pecuniarias concederle al juez administrativo la posibilidad de reajustarlas o actualizarlas a través de algún mecanismo objetivo (indexación judicial), todo en aras de los principios de la intangibilidad relativa del patrimonio –evitándose un enriquecimiento ilícito de la administración pública vencida o un empobrecimiento sin causa del administrado victorioso–, justicia y equidad. De igual manera, si las partes han pactado algún mecanismo de indexación diferente, el juez administrativo debe tener la facultad de homologarlo.

8. Instrumentos para la ejecución de sentencias en la justicia administrativa

Actualmente se admite, de manera general y casi universal, que la ejecución plena e íntegra de la sentencia debe estar en manos de la justicia administrativa, en cuanto forma parte de la tutela judicial efectiva, siendo que, incluso, los sistemas más refractarios a esa idea como el francés y el español rectificaron a fines del siglo pasado, dejando de lado el viejo prejuicio revolucionario francés de que ningún órgano ajeno a la administración podía interferir en la actuación de la administración activa.

La ejecución plena e íntegra del fallo de mérito, hace parte de una justicia administrativa cumplida y efectiva, de ahí la importancia de fortalecer, cada día más, las potestades de ejecución del juez administrativo para conminar a los poderes públicos al cumplimiento de lo dispuesto en la sentencia.

Sobre la particular resulta conveniente instituir dentro de la justicia administrativa respectiva un “cuerpo de jueces de ejecución” o de “jueces ejecutores”, con plenos poderes para la plena efectividad y eficacia de las sentencias y demás resoluciones. La especialización de los órganos encargados de ejecutar lo juzgado, cualesquiera que sea el esquema de justicia administrativo seguido en un país, se traduce, sin duda alguna, en una mayor celeridad y eficiencia en la fase de ejecución, dado que, los jueces de trámite y de conocimiento se encuentran absorbidos por otras responsabilidades y deberes, adicionalmente, el volumen de litigiosidad administrativa crece cada día exponencialmente, siendo la especialidad una respuesta adecuada.

Asimismo, tal especialización, le permite al “juez ejecutor” acumular una serie de destrezas, habilidades y conocimientos indispensables frente a los poderes públicos para evitar que la sentencia o resolución se convierta en una declaración platónica de principios (*flatus vocis*). El juez ejecutor debe estar provisto de los poderes y habilitaciones legislativas suficientes, siendo los únicos límites razonables aquellos que dimanen del contenido del fallo que es ejecutado y el principio de proporcionalidad en sus diversas vertientes, tales como la idoneidad o adecuación, la necesidad o intervención mínima y la proporcionalidad en sentido estricto.

Un instrumento vital para la ejecución forzosa, ya que, la ejecución voluntaria y espontánea es el desiderátum, lo constituyen las multas coercitivas impuestas al funcionario público que incumple sin justa causa los requerimientos del juez ejecutor. Debe tratarse de multas significativas, impuestas previa

observancia del debido proceso y susceptibles de cobrarse por la vía ejecutiva.

Cabe, también, plantearse la posibilidad de imponer multas coercitivas de tipo institucional, sea al ente público que incumple, cuando se debe no a faltas directamente imputables a un funcionario público sino ajenas al mismo y más bien atribuibles a la institución.

De igual manera, debe sopesarse la posibilidad de introducir como causal de suspensión o despido de un funcionario público, cuando el mismo incumpla por dolo o culpa grave una sentencia firme emitida por la justicia administrativa.

Tratándose de obligaciones pecuniarias o dinerarias, la certificación emitida por el juez ejecutor y remitida al responsable de la ejecución presupuestaria debe constituir título suficiente y único para el pago respectivo, debiendo el funcionario incluir el contenido presupuestario requerido para el debido cumplimiento en el presupuesto inmediato siguiente. En garantía de lo cual, la omisión debe reputarse como una falta grave de servicio generadora de responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal, además de causa de responsabilidad administrativa por falta personal, disciplinaria y penal del funcionario.

Debe admitirse, también, que la certificación del adeudo por el juez ejecutor permita el ajuste o la modificación de un presupuesto público en ejecución o bien la confección de uno extraordinario para dar cabal cumplimiento a lo resuelto, todo dentro de un plazo perentorio y razonable. En caso de incumplimiento, el juez ejecutor debe comunicar al Tribunal de Cuentas o a la Entidad de Fiscalización Superior respectiva (llamadas en algunos países "Contralorías") para que no ejecute ningún trámite de aprobación o modificación presupuestaria del ente incumplidor, hasta tanto no se incluya la partida presupuestaria pertinente. Esta paralización presupuestaria,

como herramienta para conminar al cumplimiento efectivo, podría ser dimensionada por el juez ejecutor para no afectar la gestión sustantiva de la entidad, el respeto de las situaciones jurídicas sustanciales de terceros o la satisfacción efectiva del interés general.

Uno de los grandes escollos para la ejecución plena e íntegra del fallo lo constituye el privilegio de la inembargabilidad de los bienes de las administraciones públicas. En nuestro criterio, sobre este extremo deben romperse ciertas ataduras dogmáticas, en primer término, debe admitirse, de principio, la embargabilidad de los bienes privados de los poderes públicos con ciertas modulaciones, en segundo lugar, es preciso romper el viejo dogma de la inembargabilidad de los bienes del dominio público. En efecto, la ausencia de distinciones relevantes tratándose del dominio de los poderes públicos, ha impedido que la tutela judicial administrativa sea verdaderamente efectiva. Evidentemente, habrá ciertos bienes del dominio público natural o artificial que no son susceptibles de embargo, precisamente, por estar librados al uso y aprovechamiento común, tales como la zona marítimo-terrestre o franja costera, los ríos, lagos, las plazas y parques, caminos, mercados y cementerios públicos. Igualmente, no deben ser embargables los bienes del dominio público vinculados a la prestación de servicios públicos esenciales en materia de salud, educación o seguridad o cualquier otro que sea calificado como tal por el juez administrativo. Tampoco podría embargarse los bienes públicos sobre los que un particular tenga algún título habilitante (v. gr. permiso, concesión, etc.). Pero fuera de esos bienes del dominio público, el juez administrativo debe ponderar la posibilidad de su embargo para el logro de una justicia administrativa plenaria y universal.

III. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y CONTROL POR LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

En 1961, Eduardo García de Enterría, cuando escribió sus “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”²⁵ parafraseando a Hans Huber, señalaba que la discrecionalidad es “(...) “el caballo de Troya dentro del Derecho Administrativo de un Estado de Derecho”, por donde toda la estructura de éste podría derrumbarse”²⁶, con lo cual apuntaba la necesidad de buscar y aplicar nuevas técnicas del control de discrecionalidad, aparte de la ya tradicional de la desviación de poder.

De esa manera, García de Enterría, daba a entender que el ámbito de la discrecionalidad administrativa puede ser un foco relevante de inmunidad al control de legalidad que obstruya el logro de una justicia administrativa plenaria y universal. Precisamente, por eso, en la obra citada de 1961 y en su más que clásica “La lucha contra las inmunidades del poder”, escrita un año después, sea en 1962, expondrá, magistralmente, las nuevas técnicas y herramientas para el control pleno de la discrecionalidad administrativa.

Como sabemos, las tres técnicas alternativas –a la desviación de poder– que propuso García de Enterría en 1962, fueron las siguientes²⁷:

- a) El control de los hechos determinantes que facultan para el uso de una facultad discrecional, dado que, el supuesto de hecho existe o no existe. Se trata, entonces, del control por el juez administrativo de la situación

25 Memoria para opositar la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid, actualmente recogida en la obra *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, primera reimpresión, 1ª Edición, 1986.

26 *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, p. 41.

27 *La lucha contra las inmunidades del poder*, pp. 30-49.

fáctica que habilita a la administración para ejercer la discrecionalidad y que debe verse reflejada en la motivación del acto administrativo como elemento formal, al comprender la misma el conjunto de antecedentes fácticos que justifican su dictado.

- b) El control sobre los conceptos jurídicos indeterminados muy usuales en el Derecho Administrativo y público en general (v. gr. interés público o general, buena administración, precio justo, utilidad pública, urgencia, orden público, etc.), que tienen un margen de apreciación positiva y negativa y un halo de incertidumbre, pero, que al fin y al cabo pueden ser fiscalizados por el juez administrativo a través de criterios de valor, técnicos o científicos o de experiencia. El concepto jurídico indeterminado al ser aplicado a una circunstancia concreta se da o no, por lo que ofrecen una única solución justa. Lo anterior a diferencia de la discrecionalidad que ofrece una pluralidad de soluciones justas posibles al suponer un margen de libertad de elección.

- c) El control a través de los principios generales del Derecho Administrativo. Las administraciones públicas están sujetas no solo a la ley sino también a los principios generales del Derecho que forman parte del bloque de legalidad, que lo fundamentan y estructuran. García de Enterría apunta que en ninguna otra parcela del ordenamiento jurídico como en el Derecho Administrativo, son tan necesarios los principios generales como mecanismo de control dado el conjunto dinámico y caótico de normas administrativas. Así los principios de proporcionalidad, interdicción de arbitrariedad, protección de la confianza legítima, buena fe e igualdad, serán esenciales para controlar el ejercicio de las facultades administrativas discrecionales. Incluso García de Enterría, entiende que los derechos fundamentales y humanos constituyen un límite infranqueable de la

discrecionalidad, por cuanto, son “principios constitucionalmente consagrados como base entera de la organización comunitaria y del orden jurídico”²⁸.

En nuestro criterio, resulta relevante que cada legislación nacional incluya, de manera expresa, los derechos fundamentales y humanos como un límite sustancial de la discrecionalidad, no por tener la condición de principios sino de derechos plenamente exigibles con una eficacia normativa o preceptiva superior y más intensa a la de cualquier principio general del Derecho. De otra parte, debe tomarse en consideración, también, que las reglas unívocas y de aplicación exacta de la ciencia y la técnica también deben constituir un valladar relevante de la discrecionalidad, por cuanto, las administraciones públicas, por ejemplo, al ejecutar una obra pública como un camino público y fijar su trazado o derrotero, no podría ejercer una libertad de elección que transgreda las reglas científicas en materia de ingeniería y geología.

Actualmente, han surgido nuevos límites a la discrecionalidad administrativa, sobre todo en materia de emisión de normas reglamentarias y, más en general, de regulación, que son el denominado “análisis costo-beneficio” (*cost/benefit analysis* o por sus siglas en inglés CBA) y el “análisis o evaluación del impacto regulatorio” (en inglés *Regulatory Impact Assessment* y por sus siglas RIA). Estas figuras recientes, imponen, antes de implementar una política pública que suponga regulación o emisión de reglamentos administrativos, efectuar los estudios interdisciplinarios necesarios para reducir sus costos, cargas, el impacto y la afectación que produce en los administrados y grupos de éstos, lo cual reduce, ostensiblemente, el margen de libre decisión o discrecionalidad en la toma de decisiones políticas o administrativas fundamentales, sobre todo dentro de un procedimiento de consulta y participativo. Incluso, con estas herramientas, se produce una redimensión del concepto

28 op. ult. cit., p. 48.

de interés público, por cuanto, su definición ya no dependerá, en exclusiva, de la administración pública sino de la ponderación y equilibrio entre costos y beneficios, de manera que una decisión de regulación debe justificarse y motivarse, para acreditar que es mejor e inteligente (*better and smart regulation*)²⁹.

Todo ordenamiento jurídico que pretenda alcanzar y actuar el principio de la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa, debe, necesariamente, incorporar todas las técnicas de fiscalización de la discrecionalidad apuntadas. Producto de su aplicación queda una discrecionalidad residual, no fiscalizable, por cuanto, se trata de la expresión última o núcleo duro de la libertad de decisión que supone el uso de una facultad discrecional, la idea y el propósito, es, entonces, reducir, a la mínima expresión, cualquier arbitrariedad administrativa.

IV. LA CUESTIÓN DEL “ACTO POLÍTICO O DE GOBIERNO”

Fue Eduardo García de Enterría quien advirtió desde 1962 en su obra clásica “La lucha contra las inmunidades del poder” que la categoría de los “actos políticos o de gobierno” era una zona inmune al control de legalidad ejercido por la justicia administrativa y que debía suprimirse radicalmente o, por lo menos, reducirse a su mínima expresión, siendo objeto de una interpretación restrictiva, por asentarse en la idea superada e incompatible con el Estado de Derecho de la “razón de Estado”.

La distinción surge a partir de la diferenciación entre política o gobierno y administración, o entre función política o de gobierno, llamada, también, de dirección política, y función administrativa, la que no resulta nada fácil, dada la difícil aprehensión o deslinde material de sendos conceptos, por su

29 V. Auby, Jean-Bernard, y Perroud, Thomas, *La evaluación de impacto regulatorio*, Sevilla, INAP y Editorial de Derecho Global, 2013, pp. 11-66, se trata de la introducción a la obra a cargo de estos dos autores.

contenido múltiple o heterogéneo y amorfo. En la doctrina fracasaron los intentos de sistematización de los denominados actos políticos o de gobierno, tanto por el fin o móvil, por su naturaleza sustancial y, el más inconveniente, de la enumeración o lista jurisprudencial por el efecto extensivo y no restrictivo que podía tener.

La regla debe ser que cualquier acto emanado de los órganos de Gobierno, incluso, de la máxima jerarquía y relevancia, que se encuentren sometidos a un régimen legal deben ser controlados por la justicia administrativa, por cuanto, le corresponde a ésta ejercer el control de legalidad, no admitiéndose, bajo ningún concepto, una zona de inmunidad jurisdiccional.

Todo dependerá, entonces, del régimen jurídico positivo vigente en cada ordenamiento jurídico. Luego, si se trata de actos emanados de órganos del Gobierno cuyo régimen jurídico sustancial se encuentra regulado en la propia Constitución o en otro componente del parámetro de constitucionalidad y no en norma infra constitucional, le corresponderá, entonces a la jurisdicción constitucional ejercer el control de constitucionalidad. De modo que la posibilidad de residenciar un acto político o de gobierno ante la justicia administrativa dependerá de si se encuentra regulado por el ordenamiento infra-constitucional o, exclusivamente, por el constitucional. En ningún caso, incluso tratándose de la dirección y gestión de las relaciones internacionales o de las interacciones o relaciones entre los poderes constitucionales, el acto será inmune, por cuanto, podrá ser residenciado ante la justicia administrativa o constitucional, según el régimen sea legal o constitucional, por cuanto, incluso los actos políticos están sujetos al ordenamiento jurídico, lo que pasa es que hay que determinar el rango y jerarquía del mismo para deslindar la competencia del control de legalidad del control de constitucionalidad. En caso de ser mixto el régimen –legal y constitucional– se deben separar las órbitas del control de legalidad del de constitucionalidad. Se trata de un supuesto, precisamente, donde el control

de legalidad y el de constitucionalidad se complementan en aras de lograr la vigencia efectiva de la justiciabilidad plena y universal de la conducta administrativa.

V. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CONDUCTA ADMINISTRATIVA POR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El surgimiento del Estado Constitucional de Derecho, como una fase superior del Estado legal de Derecho, mediante jurisdicciones constitucionales robustas, generalizadas después de la posguerra, que se encargan de velar por el principio de la supremacía constitucional, ha supuesto que los poderes públicos deben adecuarse y someterse no solo a la ley, sino también a la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional público en materia de Derechos Humanos. Los parámetros o bloques de constitucionalidad y convencionalidad vinculan más intensa y fuertemente a las administraciones públicas más, incluso, que el bloque de mera legalidad.

Las constituciones modernas están conformadas por una parte dogmática que contiene los valores, principios esenciales de la organización política y social, así como los derechos fundamentales y otra orgánica donde se establecen los entes y órganos de relevancia constitucional, así como sus competencias y atribuciones, las que deben ser escrupulosamente observadas por las administraciones públicas. Luego, en el ámbito del derecho internacional público, existen convenciones y protocolos de carácter universal y regional que le consagran a los administrados una serie de derechos humanos frente a los poderes públicos, a los que, también, deben someterse las administraciones públicas.

Para la defensa y protección del bloque de constitucionalidad han sido erigidos los Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales, a través de la jurisdicción constitucional de la libertad

(amparo y habeas corpus) y de la jurisdicción constitucional orgánica (acción de inconstitucionalidad y otros mecanismos).

El sometimiento pleno de las Administraciones Públicas al bloque de constitucionalidad supone un paso relevante en la afirmación del principio de la plena y universal justiciabilidad de la conducta administrativa, por cuanto, el control de constitucionalidad, en sentido amplio, ejercido por la justicia constitucional viene a complementar el control de legalidad que, tradicionalmente, ha desplegado la justicia administrativa.

La intensidad y el alcance del control de constitucionalidad que pueden ejercer los Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales, depende, esencialmente, de la configuración legislativa nacional de sus atribuciones y competencias. Sin embargo, intentaremos, efectuando una labor de abstracción y generalización, señalar cuáles deben ser las características idóneas de ese control para abonar y fortalecer el principio de la justiciabilidad plena y universal de la conducta administrativa.

1. El amparo y el control de la conducta administrativa³⁰

El proceso de amparo, como uno de los componentes básicos de la justicia constitucional, ofrece posibilidades infinitas y fecundas para el control pleno y universal de la conducta administrativa.

Se trata, por lo general, de un proceso sumario seguido contra cualquier acto formal, actuación material u omisión –formal o material– de las administraciones públicas que infringe un derecho fundamental, emplazado en la parte orgánica de la respectiva constitución, y en algunos ordenamientos jurídicos que han constitucionalizado los instrumentos del

30 V. AA. VV., *El derecho de amparo en el mundo* –Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordinadores–, México, Editorial Porrúa, UNAM, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, in totum.

Derecho Internacional público de Derechos Humanos –sea por cláusula constitucional expresa o por una jurisprudencia progresista– los contenidos en convenciones y protocolos internacionales o regionales. Incluso, algunos Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales, admiten la defensa y protección de derechos humanos contenidos en el *soft law internacional*, tales como declaraciones, resoluciones y recomendaciones de ciertos órganos internacionales o regionales.

Obviamente, en cuanto a las conductas administrativas objeto del proceso de amparo, puede haber variaciones sustanciales de un ordenamiento jurídico nacional a otro, pero en términos generales y óptimamente, debería estar diseñado para impugnar cualquier conducta administrativa violatoria de derechos fundamentales o humanos (v. gr. actos formales, actuaciones materiales, omisiones formales y materiales).

Sea que el amparo tenga un carácter residual o subsidiario –debiendo agotarse las vías internas de protección ordinarias– o principal, se erige en un instrumento poderoso y esencial para la tutela efectiva de los derechos fundamentales y, como hemos indicado, en algunos casos, de los derechos humanos, frente a las violaciones que perpetren los poderes públicos. En algunos sistemas jurídicos el amparo no tiene un efecto meramente reparador (reparación por equivalente a través de una condena al pago de los daños y perjuicios), sino, también, de pleno restablecimiento del goce y ejercicio del respectivo derecho fundamental o humano, mediante el dictado de sentencias de condena que le imponen obligaciones de hacer, no hacer o abstenerse o de dar a las administraciones públicas.

La intensidad del proceso de amparo como garantía para el logro del principio de la justiciabilidad plena y universal de la conducta administrativa, crece notablemente, en aquellos ordenamientos jurídicos cuyas constituciones o jurisprudencia constitucional, admite la tutela y defensa de los derechos sociales o prestacionales, denominados en el ámbito internacional

como sociales, económicos y culturales (DESC), por cuanto, en esta materia las condenas a los poderes públicos a obligaciones de hacer, no hacer o dar, son más intensas. Así sucede, por ejemplo, en la mayoría de los países latinoamericanos, siendo demostración de esto la jurisprudencia progresista y sanamente activista emitida por ciertas instancias como la Sala Constitucional de Costa Rica, la Corte Constitucional Colombiana y el Tribunal Constitucional de Chile. Se trata, entonces, de un mecanismo para actuar plenamente el concepto de “administración prestacional” que procura la erradicación de las desigualdades reales y efectivas existentes en el conglomerado social, mediante la prestación efectiva de ciertos servicios básicos y esenciales a los sectores de población en desventaja que les aseguren un mínimo vital.

Importa señalar que, en algunos ordenamientos jurídicos, el amparo resulta un mecanismo de control de los actos políticos o de gobierno que lesionan derechos fundamentales o humanos, lo que fortalece, notablemente, el principio de la justiciabilidad plena y universal de la conducta administrativa.

2. Cuestiones de constitucionalidad y control de la actuación administrativa

En lo relativo a la jurisdicción constitucional orgánica, cada ordenamiento jurídico varía en cuanto a los mecanismos que incorpora. En términos generales, el control de constitucionalidad *a posteriori*, que es el que nos interesa, por cuanto, el control *a priori* está dirigido a proyectos de ley, podemos, segmentarlo en el control concreto y el control abstracto.

Dentro del control de constitucionalidad concreto que supone un asunto previo (v. gr. un proceso jurisdiccional ordinario), tenemos la acción de inconstitucionalidad, interpuesta por alguna de las partes principales que participan en aquel y la consulta judicial de constitucionalidad que plantea un juez ordinario que conoce de una cuestión previa y tiene una duda

de constitucionalidad acerca de la norma o acto que debe aplicar.

En cuanto al control abstracto de constitucionalidad que no requiere, en términos generales, de una lesión individual y directa y, por consiguiente, no se precisa de una cuestión previa, se suele verificar cuando procede la acción de inconstitucionalidad para la defensa y protección de intereses de carácter colectivo, sean corporativos y difusos. Lo mismo sucede cuando el ordenamiento prevé una legitimación institucional u orgánica, permitiéndole a ciertos órganos plantear la acción de inconstitucionalidad.

La acción de inconstitucionalidad, vía control concreto o abstracto, será una herramienta poderosa en el control plenario y universal de la conducta administrativa, cuando el ordenamiento jurídico respectivo, la admita respecto de normas jurídicas de cualquier naturaleza, dentro de las que caben los reglamentos administrativos, por cuanto, en tal supuesto, esa norma administrativa debe ser contrastada con el parámetro de constitucionalidad, anulando cualquier disposición contraria al mismo. Mejor aún será cuando la acción de inconstitucionalidad sea procedente contra cualquier disposición general del Derecho Administrativo, en cuyo caso, se podrá interponer contra un simple decreto ejecutivo que no tenga efecto normativo pero sí general o directrices -dictadas en el ejercicio de la dirección intersubjetiva o interorgánica- y, desde luego, contra circulares e instrucciones administrativas cuando afecten o lesionen la esfera patrimonial o extra patrimonial de los administrados y no se reducen a tener efectos estrictamente internos a la organización administrativa respectiva. Algunos ordenamientos procesales constitucionales, también, admiten, con un criterio amplio la acción de inconstitucionalidad contra los actos subjetivos de las autoridades públicas cuando infringen algún componente del parámetro de constitucionalidad y no son susceptibles de los recursos de amparo o de habeas corpus.

Es de notar que la intensidad del control de constitucionalidad sobre tales manifestaciones de la conducta administrativa, crecerá, exponencialmente, cuando el ordenamiento jurídico dispone que la sentencia constitucional debe tener efectos jurídicos *erga omnes*, por cuanto, la respectiva disposición administrativa debe desaparecer completamente del mundo jurídico y vinculará a todos los poderes públicos.

CONCLUSIÓN GENERAL

En el ámbito del Derecho Administrativo Constitucional podemos identificar, con claridad meridiana, el principio general de la plena y universal justiciabilidad de la actuación de las administraciones públicas en aras de mantener la plena sujeción de los poderes públicos al bloque o parámetro de legalidad. Este principio, en la medida que asegura la conformidad sustancial de la conducta administrativa al parámetro de legalidad legitima a los poderes públicos, en cuanto su legitimación deriva de la correcta y ajustada ejecución de la ley que es expresión de la voluntad general.

Este principio general ha evolucionado vertiginosamente asumiendo los claros contornos de un derecho fundamental o humano, tanto en el ámbito nacional como regional e internacional, se trata del derecho a la plena y universal justiciabilidad de la actuación administrativa, con lo que ha adquirido un nivel superior de normatividad o preceptividad. Dentro de los retos de las dogmáticas del Derecho Administrativo Constitucional moderno, que comprende el estudio de la supremacía no solo de la ley, sino del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad –contenido en convenios, declaraciones y protocolos en materia de derechos humanos– se encuentra su estudio sistemático, sea procurar una aproximación conceptual, la definición de los sujetos activos y pasivos, su contenido esencial y sus límites intrínsecos y extrínsecos.