

El constitucionalismo de un Estado de derechos y el proceso contencioso administrativo

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR*

EL PROPÓSITO de estas reflexiones es examinar los avances del proceso contencioso administrativo en Venezuela, para destacar la importancia de una jurisdicción como la contencioso administrativa en el establecimiento de un nuevo orden constitucional. En efecto, sigue aún siendo válido el postulado de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de que «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución». En otras palabras, que por más que una Constituyente logre, en verdad, transformar el Estado y elaborar las bases de un nuevo ordenamiento jurídico, si no consagra mecanismos jurisdiccionales efectivos y accesibles a los ciudadanos para la garantía de sus derechos y para controlar la actuación de los poderes públicos, ciertamente que no habrá elaborado una verdadera Constitución, sino simplemente unas reglas fundamentales para la actuación de los órganos del Estado. En efecto, modernamente, la idea de los derechos humanos como condición del reconocimiento de las personas en la sociedad, ha dotado, en palabras de Perfecto Andrés IBAÑEZ, al constitucionalismo moderno de una nueva consistencia positiva¹.

Así, de lo que llamaron DE GIOVINE y DOGLIANI, «el constitucionalismo promotor de la democracia emancipadora», representado por textos fundamentales que positivizaron los derechos civiles, políticos y sociales, surgidos después de la segunda posguerra, a través de las «constituciones programas» o «constituciones marcos»², se verifica el paso a las denomi-

* Corte Suprema de Justicia, Ex-Magistrado.

¹ Vid. «Garantía Judicial de los Derechos Humanos», en la *Revista «Claves de razón práctica»*, N° 90, Madrid, España, marzo, 1999, p. 10.

² Vid. DE GIOVINE, A, y DOGLIANI, M. «Della democrazia emancipante alla democrazia senza qualità», *Questione Giustizia*, N° 2, pags. 321 y ss, 1993.

nadas «constituciones ordenamientos», o como también las denominó GOZZI, «constituciones tareas»³, promotoras de una «democracia social», que compromete a todos los poderes públicos con la realización de una sociedad igualitaria, justa y solidaria. Las «constituciones programas» se basan en un «Estado Legislativo de derecho», según el cual el componente «de derecho» se resume en la primacía de la ley y en la omnipotencia del legislador y el componente democrático en la omnipotencia de la mayoría, y en el reforzamiento del componente «de derecho», y en la precariedad de las garantías judiciales. Mientras que en las segundas, las «constituciones ordenamientos o constituciones-tareas», su fundamento es un «Estado constitucional de derechos», en el cual los derechos fundamentales dejan de ser el punto de referencia externo para constituirse en el «fundamento funcional de la democracia», al salir del terreno de la metáfora para constituirse en elemento central y fundante del Estado y del ordenamiento democrático⁴. En estas Constituciones, según FERRAJOLI, los derechos humanos son un límite de derecho democráticamente impuesto a la mayoría, en garantía de la democracia misma. Por ello, en palabras del mismo FERRAJOLI, estos derechos, «integran la dimensión sustancial de la democracia, dan sentido a la política y al derecho y son su paradigma de legitimación, y deslegitimación por tanto»⁵. En este contexto, entonces, en el Estado constitucional de derechos la jurisdicción es la garantía de la autonomía de los individuos, frente a la mayoría política y frente al Poder Público, en el plano normativo y en el de la efectividad de las normas.

Esta función constitucional de la jurisdicción de contrapeso, no político, sino judicial, en las constituciones de los Estados de derechos, debe garantizar que el Poder Judicial ha de estar siempre en condiciones de enjuiciar con eficacia una concreta actuación del Poder Público que afecte los derechos, aun cuando concurra el supuesto de hecho legalmente habilitante. Pero, también por otro lado, dado que la constitucionalización de los derechos fundamentales se constituye en el vínculo y en el límite del Poder Legislativo y Administrativo, existe, en consecuencia, un nuevo sentido de la validez de la actuación pública. Ya la validez no puede ser un simple valor implícito en la mera vigencia de actos normativos. Por

³ GOZZI, G., «Per una teoria costituzionale della democrazia», En GOZZI (ed), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporane*, pp. 19 y ss., Mulino, Bologna, 1997.

⁴ HÄBERLE, P, *Le Libertá fondamentali nello Estato costituzionale*, La Nova Italia Scientifica, Roma, 1993.

⁵ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Tarradillos y R. Cantanero, Trotta, Madrid, 3ª edición, 1998.

el contrario, la validez tiene que ver con el significado de estos actos respecto de determinada actuación en concreto. En otras palabras, la validez, dice, Perfecto Andrés IBÁÑEZ,

...es una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las que disciplinan en un plano de superioridad su contenido material. La validez, en la nueva lógica del ordenamiento, no es ya un dato apriorístico, sino una cualidad sólo predicable de la norma después de un juicio que el legislador constituyente ha puesto a cargo del juez intérprete. El patrón sustancial conforme al que se lleva a cabo el control de validez está integrado por los derechos fundamentales: parámetro de legitimidad, por tanto del derecho aplicable, y (...), parámetro de legitimidad también de la actuación jurisdiccional misma.⁶

De esta forma, como lo ha precisado el Tribunal Constitucional español, la necesidad de interpretar los actos jurídicos conforme a la mayor efectividad de los derechos es una regla general para los Tribunales⁷.

Surge, así, pues, en razón del cambio de relación entre el legislador constituyente y el juez intérprete, la función de las garantías jurídicas de los derechos fundamentales, hasta el punto que la no efectividad de esas garantías se llega a identificar ontológicamente con la inexistencia de esos derechos. KELSEN, en este orden de ideas, recuérdese, que afirmaba que no existe el derecho sin que pueda lograrse el cumplimiento del correspondiente deber por parte del obligado, pues, «tener derecho subjetivo significa (...) tener el poder de tomar parte en la generación de una norma jurídica individual por medio de una acción específica: la demanda o la queja»⁸. Y, también, Danilo ZOLO, expresa en este mismo sentido, que, «un derecho formalmente reconocido pero no justiciable, es decir, no aplicado o aplicable por los órganos judiciales mediante procedimientos definidos, (...), es un derecho inexistente»⁹. Por supuesto, que en un Estado de derechos la garantía judicial es perfectamente coexistente con otros tipos de controles, por lo que debe advertirse que la importancia de la jurisdicción en el constitucionalismo moderno no debe llevar a una mitificación del control judicial, puesto que también esos otros controles legítimos, como los internos, distintos a los judiciales, garantizan igualmente al sometimiento de la actuación pública y política al parámetro de

⁶ Loc. cit., pp. 11 y 12.

⁷ Vid, AJA, Eliseo, «El origen, la expansión y la transformación de los Tribunales Constitucionales en los Estados Europeos», en la obra conjunta *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, 1ª Edición, enero, 1998, p. xxix.

⁸ Citado por IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, en su trabajo mencionado, p. 12.

⁹ *Ibidem*, p. 12.

validez de la vigencia de las normas que reconocen los derechos fundamentales.

Es posible, desde esta posición, entonces, afirmar que si la división de poderes constituye el presupuesto político de la existencia del Derecho Administrativo y el Estado de Derecho su presupuesto jurídico, como lo afirma Rafael ENTRENA CUESTA¹⁰, el Estado de derechos, entonces, es una justificación principal de la jurisdicción contenciosa administrativa. Y, aún más, a diferencia de lo que sostiene alguna corriente doctrinal¹¹, que «La Constitución cambia, la Administración permanece; el Derecho Constitucional es variable, el Derecho Administrativo es autónomo estable y resistente al cambio»; o como decía Otto MAYER, «El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece»¹², con el derecho procesal administrativo ocurre todo lo contrario, porque los cambios que la Constitución introduce en las llamadas garantías judiciales y procesales, entre otras, la tutela judicial efectiva, determinan también variaciones sustanciales en el sistema jurisdiccional contencioso administrativo. Así, por ejemplo, el cambio del sistema administrativo a un sistema judicial, obedece a la consagración del control de la actuación la Administración por los Tribunales de justicia y no por órganos de control administrativos. Igualmente, la superación del carácter esencialmente revisor de la jurisdicción contencioso administrativo, por el del carácter dirimente de distintas pretensiones referidas a la Administración, según el cual la previa actuación administrativa es más un presupuesto del proceso, que el objeto del proceso mismo, necesariamente ha ampliado el campo del conocimiento, y por ende, de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Por ejemplo el constitucionalismo basado en el Estado de derechos, abre las puertas de la jurisdicción contencioso administrativa «para obtener justicia frente a cualquier comportamiento de la Administración»¹³. Por otra parte, la consagración constitucional de la garantía de la tutela judicial efectiva, determina cambios en el proceso contencioso administrativo, entre otros, referentes a la legitimación, a la inadmisibilidad de las demandas, a la igualdad en el proceso, a la ejecución de las sentencias y a las medidas cautelares.

¹⁰ Vid. ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1/1, 10ª. Edición, Editorial Tecnos, p. 44.

¹¹ Vid. p.e, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Notas sobre la Función Administrativa», en la obra *La Constitución Española de 1978*, Civitas, 2ª edición, 1981.

¹² Citado por RUIZ RISUEÑO, Francisco, *El Proceso Contencioso Administrativo (Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)* Editorial COLEX, 1998, p. 49.

¹³ RUIZ RISUEÑO, Francisco, op., cit., p. 63.

En este aspecto, de la influencia del constitucionalismo y del Estado de derechos, en el proceso contencioso administrativo, y en particular, de la garantía de la tutela judicial efectiva, se impone la ampliación de las posibilidades de acceder a la justicia, permitiendo a los administrados que puedan acudir a los Tribunales de justicia sin limitaciones formales, ya que de lo que se trata es del derecho de ser parte en los juicios, que es de pro-genie constitucional. En este orden de ideas vale la pena señalar, como injustamente, e inconstitucionalmente, a mi juicio, en la actualidad, en el proceso contencioso administrativo, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, cuestiones vinculadas al fondo de proceso como lo es la legitimación *ad causam*, y la caducidad de la acción, se permite que se examinen, por el Juez. *in limini litis*, sin contención, en el auto de admisión de la demanda, cuando en verdad lo que está en juego es la titularidad del derecho mismo, porque de lo que se trata es de una cuestión del mérito del asunto, de la cual depende nada menos que la negación de la acción, cuando constitucionalmente lo que ciertamente se requiere para accionar es un interés jurídico actual; no que en verdad se tenga la titularidad de un derecho, que será objeto de la sentencia de fondo; tal como se expresa en el artículo 16 del vigente Código de Procedimiento Civil.

Igualmente, el principio de la tutela judicial efectiva permite extender el control jurisdiccional a los otros poderes públicos, distintos a la Administración Pública, y a los entes privados, cuando ejercen función administrativa, mediante la consagración del carácter universal del control que ejerce la jurisdicción contencioso administrativa respecto de toda actuación administrativa. Otra consecuencia derivada de este principio de la tutela judicial efectiva, lo es el carácter antiformalista del proceso contencioso administrativo, según el cual lo trascendente es que el órgano judicial pueda entrar a resolver sobre la cuestión de fondo planteada en el correspondiente recurso o acción. En concreto, la influencia benéfica de este mismo principio de la tutela judicial efectiva, permite considerar el contencioso administrativo, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, no como «un proceso al acto, de protección de la sola legalidad objetiva: sino, por el contrario, como un proceso de efectiva tutela de derechos, los del recurrente y los de la Administración (...). No se trata, pues, de un supuesto proceso objetivo o sin partes»¹⁴. Este doble carácter de la jurisdicción contencioso administrativa, de «garantía individual y de control de sometimiento de la Administración al Derecho», como lo asienta la Exposición de Motivos de la reforma de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa española de 1998, permite al órgano jurisdic-

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, 2ª edición ampliada, p. 60.

cional atender, no sólo la pretensión de las partes, de examinar la actuación administrativa, sino también, «razonar sobre lo justo o no de la misma, en lugar de enjuiciar la legalidad o ilegalidad de dicha actuación»¹⁵.

La justicia, en general, como lo asentó KELSEN, en su trabajo de 1920, *Esencia y valor de la democracia*¹⁶, si se considera que la esencia de la democracia está en el compromiso de la paz social, aparece como un medio particularmente idóneo para hacer efectiva esta idea. Desde este punto de vista la Constitución es la garantía mutua de respeto a las reglas del juego democrático y a los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos, y la justicia por tanto es su instrumento para asegurarla. De allí, que de la jurisprudencia de los Tribunales depende el modo de entender y de aplicar la normativa jurídica relativa al sistema del Estado de derechos que descansa, como señalamos, en los derechos ciudadanos y en el respeto a la separación de los poderes públicos. Por eso, compartimos la aseveración de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, contenida en la sentencia de la nulidad de convocatoria del referéndum para la Constituyente, de fecha 18 de marzo del presente año, que la finalidad de una Constituyente de la transformación del Estado en base a la primacía del ciudadano, implica la consagración en el nuevo Texto Constitucional de los derechos humanos como su norte fundamental, de manera que si un nuevo ordenamiento jurídico ha de consolidar «el Estado de Derechos a través de un mecanismo que permita la práctica de una democracia social y participativa», la nueva Constitución, para satisfacer las expectativas populares, «al mismo tiempo debe cumplir los requerimientos del Derecho Constitucional Democrático, lo cual implica esencialmente, el mantenimiento de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, con sus diferentes estructuras de poder y sus cometidos específicos». Por tanto, los principios de esta concepción, del Estado de Derecho, relativos al reconocimiento de los derechos fundamentales y al ejercicio compartido y separado del Poder Público, lo cual se prevé en la Constitución vigente, son los verdaderos límites de la actuación del Poder Público, el cual, si en verdad, se inspira por un constitucionalismo del Estado de derechos, ha de reforzarse la garantía de tales derechos mediante el establecimiento de una jurisdicción contencioso administrativa que con efectividad controle la legalidad y lo justo de la actuación de la administración.

¹⁵ Vid. RUIZ RUISEÑO, Francisco, op., cit., p. 80.

¹⁶ HELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia* (1920), México, Editora Nacional, 1974, pp. 81 y ss.

Por último, la naturaleza garantista de derechos fundamentales de la vigente Constitución, proclamada en sus artículos 2º, 3º, 7º, 19, 25 y 334, permiten el análisis serio de la función del Poder Judicial, y dentro de ella de la jurisdicción contencioso administrativa, contemplada en la nueva Constitución, en su artículo 259, para la garantía del respeto del espíritu constitucional inspirador de un nuevo ordenamiento jurídico, que fortalezca la desconcentración y separación del Poder Público, y que en verdad, no sólo sirva para asegurar la vigencia de la Constitución, sino el funcionamiento efectivo de una democracia social, representativa y participativa, inmune a las influencias distorsionadoras de un apasionado conservadurismo o de una histeria revolucionaria, o de una democracia aclamacionista.