

ano 12 - n. 50 | outubro/dezembro - 2012  
Belo Horizonte | p. 1-260 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

---

Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO &  
CONSTITUCIONAL

A&C

---

# A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO  
ROMEUFELIPE  
**BACELLAR**

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br  
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Supervisão editorial: Marcelo Belico  
Revisão: Equipe Fórum  
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região  
Capa: Bruno Lopes  
Projeto gráfico: Virgínia Loureiro  
Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados  
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

**Diretor-Geral**

Romeu Felipe Bacellar Filho

**Diretor Editorial**

Paulo Roberto Ferreira Motta

**Editores Acadêmicos Responsáveis**

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

**Conselho Editorial**

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

**Homenagem Especial**

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

# Jurisdicción contencioso-administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social

**Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**

Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela.  
Doctor *honoris causa* por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua. Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña y director de su departamento de Derecho Público Especial. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro del Consejo Directivo de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

---

**Resumen:** Teniendo como base el marco constitucional del Derecho Administrativo español, se examina en este trabajo los límites y posibilidades de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona, poniendo acento en la cuestión de los derechos económicos y sociales y en los principios rectores de la política económica y social en España.

**Palabras-clave:** Jurisdicción contencioso-administrativa. Derechos fundamentales. Derechos económicos y sociales. Principios de la política económica y social.

**Sumario:** I Introducción – II Marco constitucional – III Alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de derechos fundamentales de la persona – IV Estudio especial de la protección jurisdiccional contencioso-administrativa de los derechos fundamentales de la persona – V Jurisdicción contencioso-administrativa y protección de los derechos económicos y sociales y principios rectores de la política económica y social – VI Reflexión conclusiva

---

## I Introducción

La cuestión de la naturaleza, límites y extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa es una de las cuestiones centrales de la teoría y la práctica del control judicial de la actuación de las Administraciones públicas. La superación

del proceso contencioso-administrativo como un proceso al acto administración para convertirse en un proceso de protección del derecho facilita desde luego un mejor entendimiento del sentido y funcionalidad del control jurídico que realizan los Jueces y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con la actuación de la Administración pública.

El complejo Gobierno-Administración pública tiene, por mandato constitucional, artículo 103 de la Constitución española de 1978 la obligación de que su actuación esté presidida por el servicio objetivo al interés general. Esta nota de objetividad que tanto tiene que ver con la racionalidad y la argumentación lógica permite al Juez contencioso-administrativo controlar jurídicamente, como dispone el artículo 106 de la Constitución, el sometimiento, en su actuar, de la Administración a los fines de interés general que la justifican.

La ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, en la medida que ha superado la naturaleza revisora de esta jurisdicción, ha abierto las puertas, a través del proceso de protección del derecho y del interés legítimo a nuevas perspectivas procesales que permiten controlar jurídicamente el silencio, la inactividad y las actuaciones materiales. Obviamente, una sentencia que condena a la Administración por inactiva, no sería congruente y razonable si no llevara aparejada el mandato a la Administración de actuar positivamente, incluso en un determinado plazo. Sin embargo, el poder judicial no debe ir más allá, salvo que los derechos fundamentales de la persona aconsejen ordenar a la Administración la adopción de una determinada medida por razones de urgencia.

En este breve trabajo vamos a estudiar el alcance del llamado activismo judicial contencioso administrativo en materia de actuaciones lesivas de derechos fundamentales de la persona y en materia de actuaciones que puedan violar los principios rectores de la política económica o social y los derechos económicos y sociales en que ordinariamente se proyecta el ejercicio de estas políticas públicas.

Para esta tarea es menester, claro está, situarnos en el marco constitucional, para desde él, acercarnos al mundo de las relaciones entre actuación administrativa y protección de los derechos fundamentales y al ámbito de las vinculaciones entre actuación administrativa y principios rectores de la política económica y social. Estudiando estas dos cuestiones podremos comprender el alcance, y los límites, que presenta el Derecho Público Español en lo que se refiere a las posibilidades, en sentido negativo y positivo, que ofrece el control jurídico de la actuación administrativa que vulnera derechos fundamentales de la persona o principios rectores de la política económica y social proyectados en concretos y determinados derechos económicos y sociales.

## II Marco constitucional

La Constitución española de 1978, cómo es bien sabido, dispone en el artículo 9.1 que “los ciudadanos y los poderes públicos están sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico”. Por otra parte, en materia de actuación administrativa, sea expresa, presunta, inactividad u omisión, o vía de hecho, “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. Por su parte, el artículo 117.3 señala que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales”.

El artículo 9.2 de la Constitución manda a los poderes públicos, y el judicial obviamente lo es, “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Esta obligación general que debe presidir la actuación de los poderes públicos se concreta en el capítulo tercero de la Constitución, en sede de principios rectores de la política y económica y social.

Por su parte, el artículo 10.1 señala con toda claridad que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social”. Es decir, en el fondo del interés general, que vincula a los poderes públicos, están los derechos inviolables inherentes a la condición de persona que tienen todos los ciudadanos.

En materia de derechos fundamentales, el artículo 53.1 dispone que estos derechos, artículos 14 a 29 de la Constitución, vinculan a todos los poderes públicos. El párrafo 2 señala que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de estos derechos ante la jurisdicción ordinaria como, en su caso, ante el Tribunal Constitucional a partir del recurso de amparo. El párrafo 3 de este mismo precepto dice que los principios rectores de la política económica y social, artículos 39 a 52 de la Constitución, “informarán la práctica judicial”, “aunque sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

En materia de derechos fundamentales, la tutela se proyecta al ámbito ordinario y a la dimensión constitucional. Por lo que se refiere a la jurisdicción contencioso administrativa, tenemos que acudir a la ley reguladora de esta jurisdicción,

de 13 de julio de 1998. En sede constitucional, la regulación podemos consultarla en la ley orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979.

Por lo que se refiere a los derechos económicos y sociales, regulados en la Constitución española de 1978 bajo la rúbrica de “principios rectores de la política económica y social”, si bien informarán la práctica judicial, no serán alegables ante los Jueces y Tribunales salvo que las leyes así lo consideren. En esta materia, pues, la propia Constitución ha establecido un régimen especial para la tutela de estos derechos y principios.

El poder judicial, como poder del Estado que es, como poder público, está obviamente vinculado por todas las previsiones que la Constitución realiza para los poderes de esta naturaleza, si bien lógicamente dichos mandatos generales habrán de aplicársele de acuerdo con su naturaleza específica. Ahora bien, el poder judicial está vinculado por la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico, tal y como dispone el artículo 9.1 CE. Lo que quiere decir, ni más ni menos, que en su tarea jurisdiccional ha de estar sometida a la primera y principal de las fuentes del Derecho y al resto de las fuentes: ley, tratados, reglamento, costumbre, principios, jurisprudencia y doctrina.

La función propia y específica que corresponde al poder judicial según la Constitución española es juzgar y ejecutar lo juzgado. Juzgar, desde una posición muy general, consiste en declarar o no ajustado a derecho, al menos en el orden contencioso administrativo, una determinada actuación administrativa. Si se quiere, juzgar es dar a cada uno lo de que de acuerdo con la ley y el derecho le corresponde. La vigente ley de la jurisdicción contencioso administrativa, que acertadamente establece el centro de la cuestión, no en el tradicional proceso al acto administrativo, sino en la pretensión del recurrente. Pretensión que puede reducirse a la mera anulación de la actuación administrativa, también, de acuerdo con el artículo 31.1 de esta Ley, al restablecimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

Como ahora, tras la Ley de 1998, puede recurrirse frente a la inactividad de la Administración, el artículo 32 de esta ley permite que en estos casos el demandante pueda pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

La propia naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa, consistente en la protección del derecho, deberá adecuarse a la propia naturaleza de la pretensión, sobre todo en los casos de omisión o inactividad administrativa. El límite, obviamente, va a encontrarse, si es que estamos en sede de derechos económico-sociales

o de principios rectores de la política económica y social en un racional ejercicio, por parte de la Administración, de la técnica presupuestaria. El presupuesto no es ilimitado, pero tampoco puede estar confeccionado irracionalmente, sin tener en cuenta la realidad social o económica y la relevancia de que en un Estado social y democrático de Derecho los derechos y las libertades de los ciudadanos deban ser reales y efectivos.

El marco constitucional, que es el espacio en que habrá de discurrir la cuestión planteada, dispone, en relación con el alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa, como antes señalamos, que el control jurídico que hacen los Tribunales se extiende, además de a la legalidad de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa en general, “al sometimiento de la Administración a los fines que la justifican”. Expresión ciertamente relevante que se introduce en el artículo 106 de la Constitución para dar un paso más en orden al sometimiento pleno de la Administración, como dice el artículo 103 de la Constitución, a la Ley y al Derecho. La Administración también puede ser controlada jurídicamente por los Jueces y Tribunales en lo que se refiere a su sometimiento a los fines que la justifican.

Esta cuestión es central. Que el poder judicial pueda controlar jurídicamente el sometimiento de la Administración a los fines que la justifican no quiere decir, ni mucho menos, que dicho poder pueda hacer un juicio genérico acerca de tal sometimiento. Más bien, lo que el precepto quiere decir es que las técnicas jurídicas del control de la discrecionalidad, cuya máxima expresión es la determinación del interés general, deben proyectarse acerca de si la Administración opera bajo el imperio del interés general concreto que preside esa actuación. El poder judicial no puede sustituir la voluntad de la Administración para decirle cómo ha de ejecutar ese interés público porque el poder judicial no debe administrar o gobernar. Pero sí que puede afirmar jurídicamente que se ha producido una desviación de poder.

### III Alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de derechos fundamentales de la persona

La Constitución diseña en su artículo 53 un procedimiento en la jurisdicción ordinaria de protección de los derechos fundamentales y una vía de amparo “per saltum” ante el Tribunal Constitucional. En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que es el que me corresponde en este trabajo, este procedimiento ordinario ahora se regula en la ley de esta jurisdicción de 1998. Antes se regulaba en una ley aparte, de 1978 por entender que la protección en la vía ordinaria de



los derechos fundamentales era de tanta trascendencia que debía estar tratada en una ley propia. El legislador de 1998, desafortunadamente, abrió un procedimiento especial en la Ley de 1998, junto al establecido para la cuestión de ilegalidad y al confeccionado para la suspensión gubernativa de acuerdos.

La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa de 13 de julio de 1998 dedica, como es sabido, el Título V, bajo la rúbrica de procedimientos especiales, al estudio del procedimiento de protección de derechos fundamentales, inspirado obviamente en la Ley 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona que va a derogar, en el capítulo I.

Por tanto, la Ley de 1998 va a regular el procedimiento de protección de los derechos fundamentales de la persona como un procedimiento especial dentro de la ley propia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Para ello, el legislador tiene en cuenta la experiencia de veinte años de vigencia de la Ley 62/1978, una de las Normas de mayor trascendencia jurídica de los últimos años pues vino a reconocer en el ámbito jurídico la primacía y centralidad de los derechos fundamentales. Sin embargo, a pesar de los veinte años transcurridos desde 1978 puede decirse sin temor a engañarse que la regulación anterior era mejor, era más acorde a la capitalidad y centralidad que deben tener los derechos fundamentales de la persona en el Ordenamiento jurídico.

La funcionalidad y significación jurídica de los derechos fundamentales ha venido, afortunadamente, a alterar la esencia de un Derecho Administrativo quizás demasiado apegado a una perspectiva estática de la autotutela que requería de una nueva explicación, de una justificación a la luz de los parámetros y criterios constitucionales. Puede afirmarse sin exageración que el tratamiento de los derechos fundamentales de la persona y el modelo territorial del poder público han venido a ser las piedras de toque de un nuevo Derecho Administrativo al que hay que acercarse desde la Constitución para proyectar su luz sobre el conjunto de las instituciones, conceptos y categorías de nuestra área de conocimiento.

El legislador de 1998 ha tratado de corregir las deficiencias de la Ley de protección de los derechos fundamentales de 1978, incorporando algunas sugerencias y comentarios que tanto la jurisprudencia como la doctrina han venido planteando desde entonces. Sin embargo, como en toda realidad humana, sigue habiendo luces y sombras, pues lo perfecto no es propio de este mundo y no siempre se puede acertar íntegramente ni siempre se regulan las instituciones a gusto de todos los operadores jurídicos. En este sentido, me parece que se da un paso atrás en la remisión de las medidas cautelares del procedimiento especial al régimen general, cuándo la suspensión automática de la resolución administrativa

que afectaba a un derecho fundamental venía, salvo que se acreditara lesión grave al interés general, a certificar la singular trascendencia de los derechos fundamentales de la persona en la materia. Por otra parte, como registra la exposición de motivos de la Ley de 1998, se intenta poner coto al carácter en exceso restrictivo que caracterizó a este procedimiento en la regulación de 1978. Para ello, como comentaremos posteriormente, se analiza la lesión del derecho fundamental desde una perspectiva integral del Ordenamiento jurídico, superando esa rígida separación entre derecho fundamental de la persona y legalidad ordinaria cuándo, como es obvio, la lesión de un derecho fundamental es, sobre todo, una violación evidente del Ordenamiento jurídico, de la legalidad ordinaria con mayúsculas.

La aprobación en 1978, de forma paralela a la Constitución, de la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales constituyó un hito en nuestro Derecho Administrativo en particular, y en el Derecho en general. Es verdad que esta Ley nació con una lógica vocación de provisionalidad, pero como suele ocurrir en estos casos, cuándo las leyes están bien redactadas y responden a las demandas de justicia en el espacio y en el tiempo en que se promulgan, suelen permanecer en el Ordenamiento más tiempo del inicialmente previsto. Obviamente, una Ley que se elabora al tiempo de la Constitución, ha de evaluarse tiempo después para comprobar si ciertamente sus expectativas se han cumplido o si, por el contrario, es necesaria su reforma o su sustitución por otra nueva Ley. Haciendo un paréntesis, que me van a permitir, tengo que decir que la evaluación normativa, siendo una de las fases más relevantes de la técnica normativa, no siempre se efectúa con el rigor necesario.

La calidad de la democracia de un país depende del grado de protección reinante en materia de derechos fundamentales de la persona. Por eso, disponer de un sistema de protección judicial de los derechos fundamentales bien articulado es una exigencia de nuestro tiempo. Para la protección contencioso administrativa, ahora se opta por regular un procedimiento especial en la ley jurisdiccional contencioso administrativa, que no es incompatible con el general, y que responde, insisto, a la necesidad de proteger las violaciones de los derechos fundamentales por los poderes públicos, sean por acción, omisión o vía de hecho, dando así cobertura completa a la panoplia de posibilidades en que la actuación de las Administraciones pueden lesionar los derechos fundamentales de las personas. Tras la Constitución, los poderes públicos también están vinculados por la Constitución y los derechos fundamentales de la persona se configuran como auténticos derechos subjetivos.

Cómo sabemos, el artículo 53.2 de la propia Constitución dispone: "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos

en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30". Es decir, la Constitución establece un sistema de protección judicial en dos vías, una ordinaria y otra constitucional. Tendríamos el amparo ordinario, ante los Tribunales de tal nombre, y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pues bien, el amparo ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa es el que se regula en el procedimiento especial que ahora vamos a estudiar.

Es sabido que la doctrina se ha planteado si era imprescindible el establecimiento de un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales. En mi opinión, a pesar de las dificultades procesales que pueda suponer acomodarse a plazos y trámites distintos a los ordinarios, a pesar de que se puede producir un cierto desgajamiento de los derechos fundamentales del conjunto del Ordenamiento jurídico y a pesar del posible uso fraudulento de la vía especial, que es más beneficiosa para el recurrente, lo cierto es que la Constitución está reclamando un procedimiento "basado en los principios de preferencia y sumariedad" para la protección de estos derechos, por lo que lo que hay que hacer es lo que se ha hecho: articular un procedimiento especial. Además, de esta manera, se puede decir que la efectividad de los derechos fundamentales de la persona está incrustada en la realidad normativa.

#### IV Estudio especial de la protección jurisdiccional contencioso administrativa de los derechos fundamentales de la persona

La centralidad de los derechos fundamentales es tal en nuestro Ordenamiento jurídico, que su protección y efectividad en sede contencioso administrativa se puede sustanciar a través del recurso ordinario, a través del recurso especial o amparo contencioso o, como veremos, a través de uno y otro procedimiento simultáneamente. En este sentido se pronunció, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989, al señalar que "no cabe duda de que si el ciudadano opta por acudir a la vía de la Ley 62/1978 para obtener la tutela de los derechos fundamentales, ello no obsta para que pretenda la nulidad del acto por vicios de legalidad en la vía judicial correspondiente, previo agotamiento, en su caso, de los recursos que procedan".

Ahora bien, la pregunta que, a la luz de esta doctrina podemos hacernos es si esa simultaneidad o compatibilidad temporal tiene algún límite. La respuesta a esta cuestión la da el propio Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de

febrero de 1989 al entender que “si interpuestos los dos recursos en tiempo y forma, aún fundamentados, en todo o en parte, en la infracción de los derechos constitucionales alegados en el recurso preferente y urgente de la Ley 62/1978, y este último ha sido desestimado en cuanto al fondo, no podrán los órganos judiciales competentes revisar válidamente dicha desestimación, por lo que el recurso ordinario habrá de considerarse ceñido a las resoluciones de pura legalidad”. Aquí nos encontramos ante una doctrina que intenta diferenciar netamente la lesión del derecho fundamental de la infracción de preceptos legales como si la lesión de un derecho fundamental no fuera una de las más palmarias y clamorosas infracciones de la ley. Por ello, se pueden resumir las diferentes posibilidades de acción del demandante de la siguiente manera. Primero, se puede seguir el camino del procedimiento especial de preferencia y sumariedad planteando al órgano judicial competente la lesión del derecho fundamental, renunciando al procedimiento ordinario del recurso contencioso por infracción de la legalidad. En segundo lugar, también es posible, ahora ya más claramente, plantear el recurso contencioso administrativo del régimen común por entender que la acción, omisión o vía de hecho de los poderes incurre en vicios de legalidad ordinaria como en aquellos otros que han producido lesión de los derechos fundamentales. Y, en tercer y último lugar, es posible también presentar simultáneamente ambos recursos: el general a con fundamento en infracción de la legalidad ordinaria, y el especial a partir de la vulneración de preceptos constitucionales. En todo caso, hay que tener en cuenta que no se suspenden los plazos del recurso ordinario mientras se tramita el especial y que no se puede plantear uno y otro recurso de forma sucesiva sobre el mismo objeto (Comentarios a la Ley 29/1998 de 13 de julio de 1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa concordada, comentada y con jurisprudencia dirigida por el profesor Eduardo Roca, Madrid, 2005, páginas 460-461).

En esta materia no me parece baladí comentar que dada la literatura de los preceptos constitucionales, los derechos fundamentales tienen esa posición central en el Ordenamiento jurídico porque son derechos que corresponden a la persona en cuanto tal. Cuando la Constitución dice que se reconoce, que se garantiza tal o cuál derecho fundamental está implícitamente, al menos, señalando que su función no es la de creación de dichos derechos, sino de reconocimiento de realidades previas, realidades que son metajurídicas.

Los artículos que la Ley de 1998 dedica al tema que nos ocupa los encontramos en el capítulo I del título V de la Ley: es decir, los artículos 114 a 122. En este epígrafe no podemos estudiar el régimen completo de esta modalidad de protección jurisdiccional, pues lo que nos interesa es comprender cuál es el alcance del control judicial en este ámbito.

En este sentido, el artículo 114 dispone:

1. El procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española, se regirá en el orden contencioso administrativo, por lo dispuesto en este capítulo, y en lo no previsto en él, por las normas generales de la presente ley.
2. Podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuáles el recurso hubiere sido formulado.
3. A todos los efectos, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente.

Una cuestión que hemos de plantearnos es la relativa al objeto material a que se refiere este procedimiento especial. O lo que es lo mismo, a cuáles sean los derechos fundamentales de la persona objeto de esta singular protección. La lectura del artículo 53.2 de la Constitución enseguida nos facilita la tarea puesto que señala con claridad cuáles son esos derechos fundamentales: el derecho a la igualdad del artículo 14 más todos los derechos de la sección primera del capítulo segundo, que es lo mismo que decir los artículos 14 a 29. Pero además, se nos dice que el recurso de amparo será aplicable a la objeción de conciencia del artículo 30 de la Constitución. Cuestión que nos plantea la cuestión de si es posible o no el amparo contencioso de la objeción de conciencia. El artículo 114.1 de la Ley de 1998, se limita a reproducir la Constitución en este punto por lo que no aclara el tema. Es verdad que la Ley de 1978 tampoco incluyó expresamente la objeción de conciencia, pero no es menos cierto que la legislación específica en la materia, artículo 4.1 de la Ley 22/1998 de 6 de julio, permite interponer recurso contencioso administrativo frente a las resoluciones del Consejo nacional de Objeción de Conciencia. Al permitir la Constitución el amparo constitucional de la objeción de conciencia, no alcanzo a encontrar en virtud de que poderosa razón no se podrá ir, si así se estima, por la vía del procedimiento especial puesto que siendo la doctrina general del artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional el agotamiento de la vía judicial previa para interponer el recurso contencioso administrativo, podría pensarse que algunas decisiones administrativas que lesionen el artículo 30 de la Constitución podrían canalizarse a través del procedimiento que estamos analizando. En todo caso, no parece que en una materia tan singular como la de los derechos fundamentales, se pueda impedir o cerrar esta vía procesal.

En esta materia debe tenerse muy presente que ordinariamente los derechos fundamentales, respetando su contenido esencial, han sido regulados por

leyes orgánicas. Y obviamente, en el marco del desarrollo legal de dichos derechos se pueden producir, en su aplicación por los poderes públicos, determinadas lesiones que también pueden contemplarse desde la perspectiva de la legalidad ordinaria porque, insisto, la violación de un derecho fundamental normalmente entraña infracción de la legislación ordinaria. Esta consideración, no siempre comprendida y atendida por la jurisprudencia, se ha intentado aclarar en la exposición de motivos de la Ley de 1998 en estos términos: “el tratamiento del objeto del recurso y, por tanto, de la sentencia, de acuerdo con el fundamento común de los procesos contenciosos administrativos, esto es, contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el Ordenamiento jurídico. La Ley pretende superar, por tanto, la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos”. Es decir, cuándo se infringe un precepto que desarrolla un derecho fundamental, que será lo normal en estos casos, estaremos ante un supuesto conculcación también de la legalidad ordinaria.

En alguna ocasión, el propio Tribunal Supremo, por ejemplo en su sentencia de 21 de febrero de 1994, entendió que la perspectiva atendible en el proceso de protección de los derechos fundamentales de la persona de la Ley de 1978 era “la relación entre los actos administrativos impugnados y los derechos fundamentales, y no los problemas referentes a la legalidad ordinaria, bien que estas cuestiones de simple legalidad deben entrar en consideración cuando la mera infracción legal pueda ser el medio de una posible violación de derechos fundamentales”.

En esta dirección, el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley de 1998 establece que la finalidad del procedimiento especial que ahora estamos examinando es preservar o restablecer los derechos fundamentales. De ahí que el párrafo cuarto de este mismo precepto disponga que la sentencia estimará el recurso cuándo la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo. Esto es, la lesión del derecho fundamental puede incorporar, según los casos, como consecuencia del desarrollo legal de los derechos fundamentales, lesiones de dichos derechos que pueden residenciarse en el procedimiento especial. Por otra parte, quisiera llamar la atención sobre una cuestión que ha pasado inadvertida a la doctrina y que, en mi opinión, avala la tesis de que el derecho a la objeción de conciencia puede ser objeto del amparo ordinario. No de otra manera pienso que ha de interpretarse

la referencia que hace el párrafo anteriormente expuesto cuándo se refiere a la vulneración de un derecho de los susceptibles de amparo.

¿Tienen los ciudadanos, los particulares o administrados un derecho ilimitado e incondicionado al procedimiento especial?. Esta pregunta se podría responder aludiendo a la condición esencialmente limitada que tiene, en un Estado social y democrático de Derecho, tanto el interés general como los propios derechos fundamentales de la persona. Pero, además, si nos hallamos ante un procedimiento que tiene evidentes beneficios procesales para quien a él acude, es lógico que se requiera su ejercicio en el contexto de un determinado régimen que evite un uso fraudulento del mismo. En este sentido, ya desde la interpretación de la Ley de 1978 el Tribunal Supremo entendió, por ejemplo en un auto de 1 de marzo de 1995, que “ los particulares no tienen un derecho incondicionado y absoluto para disponer del cauce especial, sumario y privilegiado de la Ley de 1978, sino que los Tribunales tienen la potestad de examinar la viabilidad de la pretensión que se plantea por dicho cauce procesal, no ya sólo por la facultad que les corresponde en orden a la apreciación de los presupuestos procesales exigidos para cada proceso, que son de orden público, sino también para garantizar la concurrencia del uso de los motivos que posibilitan el uso del citado proceso especial, según el artículo 53 CE. De modo que el proceso puede declararse desde la iniciación inadmisibles si no se justifica mínimamente la razonabilidad de una vulneración de los derechos fundamentales que derive del acto que se impugna”. Esta doctrina, aplicable al procedimiento especial que examinamos de acuerdo con la Ley de 1998, constituye el corolario necesario del ejercicio razonable de un proceso privilegiado como el que nos ocupa. Por tanto, como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo con reiteración (6 de mayo de 1994 o 20 de enero de 1995, entre otras) la sola invocación o cita de un precepto constitucional de los susceptibles de amparo, no es suficiente para admitir el recurso. Más bien, en estos casos, se estarían produciendo fraudes procesales tal y como ha señalado la jurisprudencia en más de una ocasión.

En la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en sede de recurso de amparo, se establece la regla, artículo 43.1 de que será requisito previo para acudir al amparo constitucional el agotamiento de la vía judicial procedente, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución. Este precepto, bien relevante, ha supuesto, como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su conjunto, un sobresaliente avance en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. Claramente, la Ley Orgánica atribuye al Tribunal Constitucional el control de la salvaguarda de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios.



Doctrina que el propio alto Tribunal se encargaría de confirmar en muchas de sus resoluciones (8 de marzo de 1987 o 7 de marzo de 1984) al entender que “la utilización de la vía especial y sumaria de la Ley 62/1978 deja expedito el camino del recurso de amparo cuándo la protección pretendida no se ha conseguido, siendo indiferente que la frustración de ésta venga fundada en estimaciones procesales o en pronunciamientos de fondo, pues la vía judicial previa ha cumplido la finalidad en ambos casos, incluido el supuesto de que la jurisdicción la haya declarado inadecuada, pues también en éste la decisión judicial está proclamando que estima inexistente la vulneración de los derechos fundamentales invocados, y tal declaración es, precisamente, la que abre el cauce procesal subsidiario del recurso de amparo”.

El artículo 53.2 de la Constitución dispone que el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales habrá de estar basado en los principios de preferencia y sumariedad, lo que da idea, como ya se ha apuntado, de la relevancia que la propia Constitución confiere a los derechos fundamentales, especialmente por lo que a su protección judicial se refiere. En vida de la Ley de 1978, el Tribunal Constitucional explicó el sentido de estos principios en la materia que nos ocupa. Por ejemplo, puede citarse en este sentido, la sentencia de 28 de mayo de 1992 cuándo señala que “preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos; por sumariedad, como ha puesto de relieve la doctrina, no cabe acudir a su sentido técnico (pues los procesos de protección judicial no son “sumarios”, sino especiales), sino a su significación vulgar equivalente a “rapidez”. En definitiva, por proceso “sumario” tan sólo cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección jurisdiccional sean sustancialmente rápidos o acelerados”. Es decir, la centralidad del objeto de protección judicial implica que este procedimiento se tramite, pasando por encima de otras acciones procesales, y de manera rápida. Por tanto, el uso de este procedimiento confiere una posición procesal ventajosa al demandante que ha de ser modulada con un exhaustivo análisis sobre los mínimos procesales exigidos para su admisión.

Se trata, pues, de un procedimiento contencioso administrativo rápido, breve y de carácter pleno. La propia exposición de motivos de la Ley de 1998 ratifica, como no podía ser de otra manera, la caracterización constitucional al subrayar “el carácter preferente y urgente que ya tiene” acogiendo, por tanto, una de las recomendaciones formuladas por el Tribunal Constitucional en orden a un mejor entendimiento de la operatividad y práctica de dicho procedimiento especial. Sin embargo, hay que decir que, quizás desde una posición demasiado apegada a la



letra de la ley, el Consejo de Estado, en su informe al anteproyecto de la actual Ley de 1998, enmienda la plana al Gobierno al entender que si bien la preferencia se deduce del artículo 114.3, del anteproyecto, ahora habría desaparecido la expresa declaración de urgencia que proclamaba entonces el propio artículo 10.1 de la Ley de 1978. Por tanto, concluye el Consejo de Estado, "la urgencia queda sustituida por la mera brevedad de los plazos".

Ya hemos señalado que es posible simultanear la vía ordinaria y la especial. La jurisprudencia, al interpretar la Ley de 1978, mantuvo al principio una línea progresiva en virtud de la cual si el Tribunal inadmitía el amparo ordinario, continuaba el procedimiento según el régimen del contencioso ordinario, para lo cual se entendía que la interposición del contencioso especial de protección de los derechos fundamentales suspendía los plazos del ordinario. Esta jurisprudencia me parece razonable siempre que a juicio del Tribunal se alcanzara la convicción de encontrarse en caso de infracción del Ordenamiento jurídico. Sin embargo, la misma jurisprudencia entendió más adelante, sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1994, que al haber tenido el recurrente la posibilidad de simultanear ambos recursos, "en la actualidad está perfectamente consolidada la doctrina de que la garantía regulada en la Ley de 1978 no suspende el transcurso del plazo para interponer el recurso ordinario, ni implica una reserva del derecho al ejercicio de la acción por esta vía". Hoy, tras la Ley de 1998, parece que puede mantenerse esta tesis, pues el artículo 117 de la Ley permite interponer el contencioso ordinario si es que se inadmite el contencioso de protección de los derechos fundamentales de la persona.

De acuerdo con el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley de 1998, "podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado". La protección del derecho fundamental presuntamente lesionado es plena pues alcanza a actos y disposiciones, vías de hecho y supuestos de inactividad administrativa. Su finalidad, en coherencia con la propia naturaleza de este proceso especial, no sólo se extiende a la anulación de los actos o disposiciones, ahora vías de hecho o inactividad sino, también, como la jurisprudencia señaló desde el principio de la aplicación de la Ley 62/1978, al reconocimiento de una situación jurídica individualizada y a la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellos, la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda. Es más, como también señala la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1990, como consecuencia de la tutela judicial efectiva, que es

completa y plena tras la Constitución, debe facilitarse el ejercicio y satisfacción de aquellas pretensiones cuya función consiste precisamente en restaurar la realidad perturbada por la acción administrativa, hoy tendríamos que decir omisión o vía de hecho, contraria a la Constitución. Desde esta perspectiva, el propio Tribunal Supremo señala en la citada sentencia que “no tendría sentido convertir un instrumento procesal configurado con la máxima contundencia en un cauce para obtener declaraciones platónicas desprovistas de eficacia práctica, que habría de ser obtenida en un segundo procedimiento con la consiguiente dilación, rechazada también constitucionalmente por indebida y la ruptura artificial de la continencia de la causa”. Por tanto, si antes no tenía sentido reducir el contencioso especial de protección de los derechos fundamentales a la anulación del acto, desde la interpretación jurisprudencial y el análisis de los antecedentes parlamentarios de la Ley de 1978, el artículo 114.2 viene ahora a zanjar cualquier duda que hubiera al respecto.

En estos casos, supuestos de lesión de derechos fundamentales de la persona, la sentencia habrá de facilitar el restablecimiento del derecho fundamental ordenando a la Administración, si es que la violación es consecuencia de la inactividad, una determinada actuación positiva.

Por lo que se refiere a las pretensiones indemnizatorias en el marco de la Ley 62/1978, hay que reconocer que la jurisprudencia del Tribunal Supremo inicialmente entendió que desborda la esencia y función del procedimiento judicial de protección de los derechos fundamentales de la persona la extensión de la pretensión de tutela a peticiones de indemnización de daños y perjuicios derivados de la lesión del derecho fundamental invocado porque la única cuestión a dilucidar, en palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1984, es si en la aplicación de los actos administrativos objeto del recurso, y de la prueba practicada en el mismo, se deduce que se ha producido lesión a los derechos fundamentales. Ciertamente, esta doctrina, influida quizás en exceso por la doctrina del Tribunal Constitucional en cuya virtud en el amparo constitucional solo pueden hacerse valer pretensiones orientadas a restablecer y preservar los derechos y libertades que motivaron el recurso, dio paso, como era lógico, a la admisión de la petición de indemnización como pretensión complementaria de la principal, siempre que la indemnización, por vía sustitutoria o complementaria, constituya el medio más adecuado, más razonable para el pleno restablecimiento del orden jurídico conculcado por la violación del derecho fundamental. El Tribunal Supremo así parece asumirlo en su auto de 20 de noviembre de 1989

cuándo señala que ante la eventualidad de una imposible ejecución “in natura” del restablecimiento en el disfrute de un derecho fundamental vulnerado, “la sentencia obtenida por el recurrente carecería de eficacia alguna real, con lo que el acto recurrido, pese a su anulación por la sentencia, habría consumado toda su eficacia lesiva contra el actor, para quien de este modo su derecho constitucional a una tutela judicial efectiva habría quedado burlado en este caso, en el que la sentencia obtenida no tendría más que una eficacia simbólica”. En otras palabras, lo relevante es la preservación y restablecimiento del derecho fundamental y si la indemnización es esencial para ello, el juez o Tribunal no tendrá más remedio que atenderla. En estos casos, suele aducirse en los conflictos jurídicos, que la pretensión indemnizatoria parece más razonable que se sustancie a través del procedimiento “ad hoc” para estos supuestos, pero es lo cierto, como ha reconocido el Tribunal Supremo en algún caso, que la indemnización de daños o perjuicios puede ser “una de las medidas encaminadas a restablecer al perjudicado en el pleno disfrute del derecho fundamental” (sentencia de 13 de marzo de 1991).

## V Jurisdicción contencioso administrativa y protección de los derechos económicos y sociales y principios rectores de la política económica y social

La Constitución, en su artículo 53.3 dispone que el reconocimiento, el respeto y la protección de los derechos económicos y sociales, que también tienen la conformación de principios rectores de la política económica y social, informarán la práctica judicial, aunque solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

En otras palabras, la posibilidad de alegar en juicio la vulneración de estos principios, regulados en los artículos 39 a 52 de la Constitución, que contienen el repertorio de los derechos económicos y sociales, requiere de una ley que lo prevea específicamente. Las razones de tal limitación constitucional se justifican en atención a las consecuencias presupuestarias que tal previsión acarrearían a los presupuestos públicos.

El elenco de derechos económicos, sociales y principios rectores de la política económica y social que integran el capítulo tercero de la Constitución traen causa de la denominada cláusula del Estado social de Derecho del artículo 9.2 de la Constitución, en cuya virtud los poderes públicos han de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten

su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural.

El capítulo tercero de la Constitución empieza en el artículo 39 y termina con el artículo 52. En estos preceptos hay derechos económicos, sociales y culturales así como principios rectores de la política económica y social. El artículo 39 se refiere a la protección integral de la familia, de los hijos y a la obligación de asistencia de todo orden de los padres a los hijos. Es obvio que los poderes públicos han de articular esa protección social, económica y jurídica en atención a las disponibilidades presupuestarias. Pero no es menos obvio que esta política pública ha de ser de gran relieve en un Estado social puesto que, en efecto, la familia es piedra angular de una construcción social digna y equilibrada. Por eso se trata en el primer artículo de este capítulo y por eso entraña una gran responsabilidad para los poderes públicos. En el mismo sentido, la protección integral a los hijos es otra responsabilidad que los poderes públicos no pueden desatender. Estos principios, como ya indiqué, son también derechos, derechos que tienen las personas beneficiarias de la ayuda pública en que se concreta la actuación de los poderes públicos en estos casos. Por ejemplo, los hijos pueden reclamar la asistencia de todo orden de los padres en los términos a que se refiere el párrafo tercero del precepto. Por tanto, frente a la inactividad de la Administración en relación con estas cuestiones es posible acudir al juez contencioso administrativo en los términos previstos en la ley que desarrolle esta materia.

El artículo 40 se refiere a la obligación de los poderes públicos de “promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”. En este sentido, el párrafo segundo del precepto manda a los poderes públicos que fomenten “una política que garantice la formación y readaptación profesionales: velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”. En estos casos estamos en presencia de evidentes principios de la política económica y social que han informar la actuación de los poderes públicos y que, obviamente, sólo podrá reclamarse ante los Tribunales en el caso de que en la realidad concreta se hayan vulnerado.

En el artículo 41 se plantea la obligación de los poderes públicos de mantener “un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de

necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres". Aquí el problema se encuentra en determinar el grado de suficiencia de las prestaciones sociales, para lo cual los principios de racionalidad y objetividad pueden ayudar a los Tribunales de Justicia, en los casos concretos, para situaciones de inactividad.

La protección de los trabajadores españoles en el extranjero se encuentra en el artículo 42: "El Estado velará especialmente por la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno". Se trata, igualmente, de otro principio rector de la materia económica y social que incorpora un evidente derecho subjetivo de los trabajadores españoles en el extranjero.

La protección de la salud se contempla en el artículo 43, donde también se manda a los poderes públicos la organización de la salud pública de acuerdo a ciertos parámetros. En el mismo sentido, encontramos en el mismo precepto la obligación de fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte, así como la adecuada utilización del ocio. El acceso a la cultura para todos se encuentra regulado en el artículo 44, donde se manda a los poderes públicos que promuevan la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

En el artículo 45 el medio ambiente se reconoce como un derecho y como una obligación de los poderes públicos. En realidad en todos los supuestos del capítulo tercero de la Constitución hay obligaciones que dan lugar a derechos a su exigencia por parte de los ciudadanos afectados. En el caso del medio ambiente se ha querido reconocer así de forma expresa, como también acontece con el derecho a la vivienda digna y adecuada. Derechos que realmente, a día de hoy, ya podrían considerarse como derechos fundamentales, como el derecho al agua, a una alimentación digna. Interesante, me parece, es la vinculación del derecho al medio ambiente en el artículo 45.1 al desarrollo de la persona. Esta mención también es predicable del resto de los derechos económicos y sociales a que se refiere el capítulo tercero de la Constitución. Además, la obligación de los poderes públicos en la materia se extiende, como es lógico, a velar por la utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

El artículo 46 atiende a la obligación de los poderes públicos de conservar y promover el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los

pueblos de España y de los bienes que lo integran. En el artículo 47 encontramos el derecho a una vivienda digna y adecuada y la obligación correlativa de los poderes públicos de hacer efectivo este derecho, en línea directa con lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 9.2. El artículo 48 se refiere a la obligación de promover las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural, concretando también en esta materia el mandato general del citado artículo 9.2. El artículo 49, por su parte, se refiere a la obligación de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación, integración, atención especializada, en relación con los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Este precepto también manda a los poderes públicos que amparen especialmente a estos colectivos en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Cómo es lógico, el derecho a pensiones suficientes y actualizadas de las personas de la tercera edad es, además, obligación de los poderes públicos que la Constitución contempla en el artículo 50, quienes también deberán promover el bienestar de este colectivo mediante un sistema de servicios sociales que atiendan sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. La protección a los consumidores y usuarios la encontramos en el artículo 51, precepto que también ordena a los poderes públicos promover la información y la educación de estos colectivos, así como el fomento de sus organizaciones y su derecho a la audiencia. Finalmente, el artículo 52 dispone que la ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios.

Este elenco de principios que la Constitución impone a la Administración en su quehacer cotidiano en materia económica y social, trae consigo derechos subjetivos de los particulares afectados a la exigencia de una actuación de los poderes públicos en los términos establecidos en la Constitución. La propia Norma fundamental dispone en el artículo 53.3 que para que estos derechos sean alegables ante la jurisdicción ordinaria es menester hacerlo de acuerdo con las leyes que los desarrollen.

¿Qué ocurriría, por ejemplo, si una ley no ha desarrollado, a los treinta y un años de vigencia constitucional, un determinado mandato de hacer a los poderes públicos?. En estos casos, de evidente inactividad, no es posible dejar sin amparo jurídico a los particulares afectados por la ausencia u omisión de determinadas políticas públicas pues, de lo contrario, se produciría evidente indefensión y, por ende, una clara violación de la tutela efectiva, además de un supuesto de arbitrariedad que también prohíbe la Constitución. En estos casos, se podría demandar

la inactividad administrativa en la jurisdicción constitucional como exigencia de la violación del derecho fundamental a la tutela efectiva. Acerca de la posibilidad de recurrir la inactividad en la vía administrativa ordinaria, el artículo 53.3 dice lo que dice, que aunque es bien claro, puede encerrar alguna contradicción. Por ejemplo, ¿es posible inadmitir un recurso de amparo por no haber agotado la vía ordinaria cuando esta estaría prohibida por la Constitución?

En los casos de inactividad de políticas públicas fundadas en los principios rectores del capítulo tercero de la Constitución es obvio que estaría abierta la puerta del Tribunal Constitucional para obligar a la Administración a dictar las medidas que sean necesarias. Especial interés despierta la problemática relativa al contenido de una sentencia constitucional por incumplimiento por omisión de actuaciones concretas que concreten los principios rectores del capítulo tercero. En estos casos, si resultare que la dignidad del ser humanos recurrente exigiera una medida con urgencia, el propio Tribunal así podrá acordarlo en su sentencia conminando en un plazo concreto de tiempo a una determinada operación médica. Pensemos en una operación quirúrgica urgente por ejemplo.

Un problema no menor que nos encontramos en estos supuestos es el relativo a la omisión de las leyes que deben desarrollar estos principios y estos derechos. ¿No podría obligar una sentencia del Tribunal Constitucional, por invasión del derecho al acceso a la jurisdicción, a aprobar una ley en materia económica o social, según fuera el caso?

Por supuesto que en los casos de actuaciones positivas de las Administraciones públicas en sede de principios rectores es posible acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, incluso aunque la actuación administrativa no haya sido amparada en una ley previa, en estos casos, además, por vulneración del principio de legalidad.

En los casos en que existan leyes que desarrollen estos principios y derechos, las cosas son más sencillas porque se puede acudir a la jurisdicción ordinaria y es posible, de acuerdo con la ley de lo contencioso administrativo de 1998, demandar la omisión o la inactividad. Si así se estima por el Juez, es menester recordar en este punto el contenido que puede tener una sentencia del orden jurisdiccional contencioso administrativo. Veamos.

De acuerdo con el artículo 71.1.b. de la vigente Ley de 1998, en lo que ahora nos interesa, cuando la sentencia estime el recurso contencioso administrativo, “si se hubiere pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídicamente individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento de la misma”. Pensemos en una

actuación administrativa expresa que lesiona el derecho de un disminuido físico a la atención médica a que tiene derecho. En este caso, el reconocimiento del derecho trae consigo necesariamente el mandato a la Administración competente de que se produzca la atención especializada a que el disminuido físico tiene derecho.

En los casos de inactividad, en los casos en los que la Administración deba actuar positivamente, el artículo 71.1.c nos da la solución: "si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer el plazo para que se cumpla el fallo". Es decir, en estos supuestos, dada la naturaleza de la pretensión, la forma más razonable de garantizarla es someterla a un plazo. Es decir, el Juez contencioso administrativo puede obligar a la Administración a una actuación positiva en un plazo de tiempo.

Problema más complejo es el de si el Juez puede ordenar a la Administración la forma y/o el contenido de la actuación de que se trate. En principio, como regla general, salvo que sólo hubiere una única posibilidad de actuar, el Juez no debe señalar a la Administración la forma o manera en qué debe actuar porque de lo contrario estaría sustituyendo la voluntad de la propia Administración, que es quien constitucionalmente ha de actuar al servicio objetivo del interés general. Así, además, parece deducirse de lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley de 1998 cuando dispone que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados. Por la sencilla razón de que el contenido discrecional constituye el ámbito propio, específico, del quehacer ordinario de los poderes públicos. Ahora bien, ello no quiere decir, ni mucho menos, que el control jurídico, que es el propio de los Tribunales de justicia, no pueda extenderse al enjuiciamiento de los elementos reglados de la actuación de que se trate, entre los que se encuentra, por mandato del artículo 106 de la Constitución el sometimiento de la Administración a los fines que la justifican.

El Juez contencioso administrativo puede ordenar a la Administración que actúe ante un determinado caso de inactividad, incluso en un plazo de tiempo concreto. Pero no puede decirle a la Administración cómo ni en que forma o con qué contenido debe orientar su actuación, por que el modo, la forma o el quantum de una determinada política pública es competencia del poder ejecutivo.

## VI Reflexión conclusiva

En el Derecho Público Español, el activismo judicial tiene un papel relevante en toda la materia relativa al control jurídico de la inactividad administrativa en materia de derechos fundamentales de la persona. Por lo que se refiere a la inactividad en



materia de principios rectores de la política económica y social, la Constitución, artículo 53.3, exige que tales principios sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria siempre de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Sin embargo, la Constitución no podría amparar situaciones de indefensión, artículo 24, por lo que incluso en estos casos, si es que no se han desarrollado dichos principios por la vía legal por inexcusable omisión del legislador, ha de ser posible, para que el acceso a la jurisdicción sea real y efectivo, que los titulares de derechos económicos y sociales derivados de estos principios puedan hacer valer su posición jurídica si es que se impide el libre desarrollo de la personalidad que conforme al artículo 10.1 de la Constitución es uno de los fundamentos del orden político y la paz social.

El poder judicial, pues, ante supuestos de inactividad puede, y debe, proceder, si es que estima la pretensión, reconocer el derecho y ordenar su restablecimiento ordenando a la Administración que proceda en consecuencia.

En el caso de que se vulnere un derecho fundamental de la persona, la sentencia estimatoria permite que se pueda ordenar en la sentencia el restablecimiento del derecho, lo que en caso de inactividad, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley de 1998, implica que se condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

Si nos hallamos ante vías de hecho o actuaciones materiales de la Administración, la sentencia estimatoria permitirá igualmente que se ordene a la Administración el cese en sus actividades y que se adopten las medidas tendentes al restablecimiento del derecho vulnerado, tal y como dispone el artículo 33.2 de la Ley de 1998, precepto que se aplica tanto al procedimiento contencioso general como al especial de protección de los derechos fundamentales de la persona.

En realidad, los casos en los que la jurisdicción contencioso administrativa puede incorporar en sus sentencias mandatos positivos de hacer a la Administración, con los límites que hemos comentados, derivados de la literatura de algunos preceptos de la Constitución, se refieren al proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, que hemos ilustrado minuciosamente, y a los casos de aplicaciones concretas de los principios rectores de la política social y económica del capítulo tercero de la Constitución española de 1978.

---

**Administrative Courts, Fundamental Rights and Guiding Principles of Economic and Social Policy**

**Abstract:** Taking as a basis the constitutional framework of the Spanish Administrative Law, this paper examines the limits and possibilities of administrative courts in the protection and promotion of fundamental human rights, putting emphasis on the issue of economic and social rights and the guiding principles of social and economic policy in Spain.

**Key words:** Administrative courts. Fundamental human rights. Economic and social rights. Guiding principles of social and economic policy.

---

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Jurisdição contencioso-administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 67-89, out./dez. 2012.

---

Recebido em: 14.02.2012

Aprovado em: 17.09.2012