

II. DERECHO ADMINISTRATIVO COSTARRICENSE ENTRE PRERROGATIVA Y GARANTÍA

Luis A. ORTIZ ZAMORA (*)

Sumario: 1. Evolución del Derecho administrativo en Costa Rica. 1.1 Desarrollo legislativo. 1.2 Doctrina. 1.3 Enseñanza. 2. El Procedimiento Administrativo: Avances de su regulación en clave de garantía. 2.1 La Ley General de la Administración Pública (LGAP). 2.1.1 Principios generales. 2.1.2 El procedimiento administrativo. 3. El control judicial: Fortalezas y debilidades. 3.1 El cambio de paradigma. 3.2 Los poderes oficiosos del Juez Contencioso-Administrativo. 3.2.1 En relación con la prueba. 3.2.2 Respeto de las pretensiones. 3.2.3 Al dictar sentencia. 3.3 El juicio por audiencias. 3.3.1 La audiencia preliminar. 3.3.2 La audiencia complementaria. 3.3.3 Sentencia. 3.3.4 La casación contenciosa. 3.3.5 Ejecución de sentencias. 4. La responsabilidad de la Administración pública. 5. Perspectivas evolutivas del Derecho administrativo en Costa Rica y convergencias globales.

1. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN COSTA RICA

1.1 DESARROLLO LEGISLATIVO

EL primer antecedente de control de la Administración pública en nuestra historia constitucional se encuentra en la Constitución Política del Estado Libre y

(*) Presidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho (Costa Rica), así como de los Cursos de Regulación y Competencia de la Universidad de Valladolid (España) y del Programa Regional de Especialización en Regulación Económica Aplicada, Instituto Centroamericano de Administración Pública (ICAP). Miembro del Jurado de las Pruebas de Grado de la Maestría en Derecho Público del Instituto de Enseñanza de Posgrado e Investigación de la Universidad Autónoma de Centroamérica. Reconocido por el Directorio Legal *Who's Who Legal* como uno de los cuatro expertos más reconocidos en Derecho Administrativo de América Central y por el Directorio *Chambers and Partners* como abogado recomendado en las áreas de Derecho Público, Telecomunicaciones e Infraestructura. Experto en Derecho Público y Regulación Económica de la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica (CRIEE). Árbitro del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR). Socio de BLP en la oficina de San José y dirige las prácticas de Derecho Público, Contratación Administrativa & Regulación Económica a nivel regional.

Soberano de Costa Rica de 1844. En su artículo 154 señalaba como una de las atribuciones de la entonces Corte Plena de la Suprema Corte de Justicia, conocer de «las controversias que se susciten por los contratos o negociaciones interesantes al Estado, y Ministros del Despacho cuando haya lugar a ellas».

Poco tiempo después, en la Constitución Política de 1847, se mantendría esa competencia, pero ampliándose al conocimiento «de las causas de responsabilidad que se instruyan a los Cónsules del Estado por el mal desempeño en el ejercicio de sus funciones; de las mismas contra los Ministros del Despacho, Jefes principales de gobernación, hacienda y guerra».

Sin embargo, la Constitución de 1871 fue del todo omisa en relación con causas relativas al Estado o sus funcionarios. No fue sino hasta la Constitución de 1917 que se alude, de forma expresa, a una «Jurisdicción Contencioso Administrativa». Así, en su artículo 109 se señaló: «El Congreso queda autorizado para organizar la Jurisdicción Contencioso-Administrativa». A pesar de ello, su desarrollo legislativo fue en realidad escaso pues solamente en unas pocas leyes se llamó Juzgado de lo Contencioso Administrativo al órgano judicial encargado de conocer los asuntos civiles en los que era parte el Estado. Más aún, los Tribunales siempre rehusaron examinar las conductas del Poder Ejecutivo so pretexto del principio de independencia de poderes y solo admitieron examinar el acto administrativo como causa jurídica de consecuencias patrimoniales, pero sin anular o enmendar el acto.

No fue sino con la Constitución Política de 1949 que finalmente se reguló –siquiera tímidamente– la jurisdicción contencioso-administrativa, admitiéndose finalmente la existencia plena del Derecho administrativo en Costa Rica. Originalmente decía la Constitución en su artículo 49:

«Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa, como función del Poder Judicial y con el objeto de proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando estos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las Municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas.»

Posteriormente, mediante Ley núm. 3124 del 25 de junio de 1963, se reformaría ese mismo artículo para permitir el control universal y plenario de la función administrativa así:

«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.»

De esta forma, se sustituyó el término Poder Ejecutivo por Estado con el fin de controlar la función administrativa excepcionalmente desplegada por los otros poderes, se amplió a la protección de los intereses legítimos y ya no solo de los derechos subjetivos, se extendió la fiscalización al uso de facultades discrecionales, se incluyó la desviación de poder como forma específica de infracción de la legalidad administrativa, se sustituyó el término «actuación administrativa» por «función

administrativa» para incluir tanto la actividad como la inactividad, y, finalmente, se incluyó dentro de su ámbito de control a toda persona jurídica pública (1).

Luego, en 1966, se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley núm. 3667, que emuló a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 27 de diciembre de 1956.

Adicionalmente, corriendo el año de 1978, se aprobó la Ley General de la Administración Pública, Ley núm. 6227, verdadero buque insignia del Derecho administrativo en nuestro país.

Finalmente, hemos llegado a una etapa de extraordinario avance con la aprobación del Código Procesal Contencioso Administrativo («CPCA») en el año 2006 y vigencia a partir del año 2008. Esa metamorfosis procesal, como no podía ser de otra forma, ha tenido hondas repercusiones en la finalidad que ahora tiene, no solo el proceso contencioso-administrativo, sino el Derecho administrativo costarricense de manera general. Así, pues, mientras que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa estaba diseñada al servicio exclusivo de la legalidad, con el CPCA actualmente en vigencia, el ser humano ha pasado a ser el centro y eje del proceso, lo que implica que su finalidad primaria es la protección jurídica de los derechos e intereses de toda persona (2).

1.2 DOCTRINA

El desarrollo doctrinario del Derecho administrativo costarricense no se dio sino hasta la segunda mitad del siglo xx. Si bien de previo hubo algunos estudios sobre temas relacionados con el Derecho público en general, entre los que cabe destacar a Antonio Zambrana y Vázquez, autor de *La Administración: un estudio* (1897); Ernesto Martín Carranza, quien publicó *Principios de Derecho Administrativo* (1934) y Gonzalo Facio Segreda, autor de *Lecciones de Derecho Administrativo* (1960), quien verdaderamente revolucionó el Derecho administrativo costarricense fue Eduardo Ortiz, autor, entre muchos otros de: *La autonomía administrativa costarricense* (1967), *Tesis de Derecho Administrativo* (1972), *La Municipalidad en Costa Rica* (1987), *Justicia Administrativa Costarricense* (1990), *La vía de hecho y la Jurisdicción Contencioso Administrativa* (1993), *Expropiación y responsabilidad pública* (1996) y un sinnúmero de ensayos sobre la materia (3).

Otros autores que también impactaron nuestro Derecho administrativo ya más avanzado el siglo xx fueron: Mauro Murillo Arias, autor de *Ensayos de Derecho Público y Perfiles del amparo costarricense*; Jorge Enrique Romero Pérez, autor de *El servicio público, Derecho administrativo y Estado costarricense*, *Los contratos del Estado*, y *Derecho Administrativo General*; Enrique Rojas Franco, autor del *Incidente de Suspensión del Acto Administrativo Impugnado* y *La Jurisdicción*

(1) Véase *in toto*: JINESTA, E. (1997), «Análisis crítico de la evolución constitucional, legislativa y jurisprudencial de la jurisdicción contencioso administrativa», *IVSTITIA*, pp. 126-127.

(2) GONZÁLEZ, O. (2006), «Recursos», en *El nuevo proceso contencioso administrativo* (507-572). San José: Poder Judicial.

(3) SÁENZ, J. F. (2016), *Breve historia del Derecho costarricense*. San José: Isolma.

Contencioso Administrativa en Costa Rica y Rodolfo Saborío Valverde autor de *Las vías de hecho de la Administración*.

Posteriormente, con una mayor madurez alcanzada gracias a que más juristas costarricenses habían realizado estudios de posgrado en diversas universidades de Europa a finales de la década de los ochenta y principios de los noventa, se inició una tercera fase con autores muy prolíficos como Manrique Jiménez Meza, Ernesto Jinesta Lobo, Aldo Milano Sánchez y Oscar González Camacho, autores de obras que modernizaron y revolucionaron el Derecho administrativo costarricense, durante la década de los noventa y, sobre todo, en los primeros diez años del siglo XXI.

En una cuarta generación de autores de Derecho administrativo, ya mucho más usuales gracias a la mayor facilidad para cursar estudios de posgrado, tanto fuera del país como dentro de él, podemos encontrar, entre otros a: Jorge Córdoba Ortega, Juan Carlos Castro Loría, María Lourdes Echandi Gurdíán, Magally Hernández Rodríguez, César Hines Céspedes, Joaquín Villalobos Soto y Ronald Hidalgo Cuadra. Y finalmente, en una quinta generación –dentro de la cual me incluyo– que ha bebido ya de las anteriores cuatro generaciones, encontramos a autores como Hubert Fernández Arguello, Jorge Leiva Poveda, Francisco Obando León, Manuel Ventura Rodríguez, Carlos Ubico Durán y Ricardo Barquero Córdoba, entre otros.

1.3 ENSEÑANZA

En 1844, la Casa de Enseñanza de Santo Tomás se convirtió en Universidad de Santo Tomás, incluyéndose dentro de los estudios mayores la carrera de Derecho, con una duración de tres años. Con el andar de los años, la Ley Reglamentaria de la Instrucción Pública de 1949 reorganizó la Universidad de Santo Tomás y creó la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas. Durante los primeros años de la carrera de Derecho, como era lo usual en la época, las materias que se estudiaban eran, sobre todo, Derecho civil y penal. Sin embargo, en sus últimos años de existencia, se incorporó un curso de Derecho público.

En 1888 se clausuró la Universidad, no obstante, se dispuso que la Escuela de Derecho sería puesta bajo la dirección e inspección del Colegio de Abogados de Costa Rica. De esta forma, la Escuela de Derecho estuvo dirigida y administrada por el Colegio de Abogados de 1891 a 1941, cuando fue incorporada a la recién fundada Universidad de Costa Rica. Fue durante este tiempo que finalmente se incorporó la materia de Derecho administrativo dentro del plan de estudios de licenciatura, aunque su auge no se dio sino hasta después de aprobada la LGAP en 1978, momento a partir del cual se ampliaron los cursos y se becó a varios estudiantes para cursar estudios de posgrado en Europa.

Luego, en los años noventa, se creó la especialidad en Derecho público en la Universidad de Costa Rica, que luego se convertiría en maestría. Adicionalmente, a finales de esa misma década, la Universidad Autónoma de Centroamérica (UACA) abrió su Programa de Doctorado en Derecho, Programa de Derecho Público Iberoamericano en convenio con la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT) su Programa Latinoamericano de Doctorado en derecho con la Universidad Complutense de Madrid, a los

cuales le siguió la Universidad Escuela Libre de Derecho con su doctorado en Derecho administrativo y constitucional, y finalmente, hace tan solo unos años, la Universidad de Costa Rica también instauró su doctorado en Derecho público.

2. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: AVANCES DE SU REGULACIÓN EN CLAVE DE GARANTÍA

2.1 LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (LGAP)

2.1.1 Principios generales

La vocación principialista de la LGAP se hace evidente desde la misma presentación que hiciera la Comisión Redactora a la Comisión de Gobierno y Administración de la Asamblea Legislativa. Explicaría en esa ocasión Eduardo Ortiz Ortiz que existía una total ausencia de un cuerpo de principios y reglas generales, orgánicamente reunidas, que permitieran saber cuáles son las normas elementales mínimas indispensables de acción que la Administración ha de seguir cuando actúa. Así, pues, el primer objetivo de la LGAP –continuaría Ortiz Ortiz– era crear ese cuerpo de reglas y de principios uniformes para toda la Administración pública, fácilmente elegibles en un solo cuerpo de leyes y, a su vez, perfectamente armonizados entre sí, que permitieran enfrentarse a la Administración o participar en ella en forma coherente, eficaz y adecuada (4). Con justa razón, pues, Brewer-Carías señaló de esta Ley en su momento: «sin duda que podría ser considerada como el texto de un Manual de Derecho Administrativo, volcado en el articulado de un Código» (5).

De esta forma, el Título Primero, del Libro Primero, titulado «Principios Generales», es indispensable para sujetar a la Administración pública a ciertos principios de Derecho público sustantivo que son fundamento y límite de las demás normas de este, de ahí su ubicación al frente de la Ley. Veamos:

2.1.1.1 *Composición orgánica de la Administración pública*

El artículo 1 define la Administración pública como organización, no como actividad, estableciendo la regla de que aquella está constituida tanto por el Estado como por los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de Derecho público y privado.

(4) Se sigue en todo este apartado la exposición de motivos de la LGAP, Expediente Legislativo A23E5452, folios del 1 al 6, contenida en Quirós, R. (1996), *Ley General de la Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional*, San José: ASELEX.

(5) BREWER-CARÍAS, A. (1981), «Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica», *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, 29-59.

2.1.1.2 Régimen jurídico de la Administración pública

El artículo 2, por su parte, determina que las disposiciones para el Estado son aplicables a los otros entes públicos, pero no a la inversa. Ello es así en virtud de la necesidad de un régimen jurídico supletorio para todo el sector público, que solo puede ser el del Estado, por tratarse de un único ordenamiento jurídico supremo y general, pero también del más desarrollado dentro de dicho sector. Con ello la LGAP tomó partido contra doctrinas de la época que sostenían la incompatibilidad entre el derecho para el Estado y el derecho particular para los otros entes públicos.

Se complementa esta regulación con lo preceptuado en el artículo 3 que dispone que el Derecho público será aplicable por principio a los entes públicos, con excepción de los que sean de tipo industrial o mercantil, que se regirán por el Derecho privado en cuanto a su actividad.

Eso sí, aún y cuando se trate de entes públicos regidos por el Derecho privado, el artículo 4 determina que la relevancia de los fines del ente y su carácter público imponen un mínimo de régimen especial y exorbitante del Derecho privado, en el sentido que son aplicables en su actividad los cuatro principios del servicio público: continuidad, eficiencia, adaptabilidad e igualdad en el trato de todos los administrados, sean o no usuarios, con lo cual, dichos principios quedan convertidos en canon supremo de toda actividad de la Administración pública (sea en su capacidad de Derecho público o de Derecho privado).

El artículo 5, por su parte, termina de delimitar la conducta de los entes públicos regidos por el Derecho privado. Ciertamente, en algunos casos, el uso del imperio puede ser excesivo, de ahí que, en lugar de ordenar, la Administración bien puede voluntariamente suspender sus potestades de imperio dentro del ámbito de un convenio realizado a fin de satisfacer de la mejor manera el interés público. No obstante, siempre será una suspensión voluntaria que nunca puede tener la naturaleza ni el efecto de una renuncia extintiva de las potestades de Derecho público. Por tanto, esta norma prevé que, si la Administración que ha actuado regida por el Derecho privado, de pronto se ve en la necesidad de eliminar la suspensión voluntaria de sus potestades de Derecho público e infringe con ello un daño al particular que ha contratado con ella, debe resarcirlo de manera integral.

2.1.1.3 Las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo

En un magistral ensayo de Jean Rivero, explicaba el autor que «si se aborda el problema de las fuentes del Derecho administrativo, no a partir de un postulado constitucional, sino a partir de los hechos; si se trata de saber, no cuáles deben ser según la teoría constitucional, los modos de elaboración del Derecho administrativo, sino cuáles son en la práctica; es obligado constatar que las dos cuestiones no admiten la misma respuesta.» (6) En efecto –continuaría el autor– en la elaboración de la regla de Derecho administrativo el papel preponderante no corresponde al legislador, sino al Juez; de hecho, en la práctica, el *juspublicista* que desea descubrir el principio de solución de un litigio, cuando su colega de Derecho privado abre en primer lugar su Código Civil, tiene él que dirigirse a la jurisprudencia.

(6) RIVERO, J. (1951), «Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo Francés Contemporáneo». *Revista de Administración Pública*, 5, 289-300.

¿Cuál es la razón de esta diferencia tan radical? Napoleón dejó a la Francia del siglo XIX el monumento legislativo del Derecho privado que, con sus Códigos, en especial el Civil, es lo suficientemente amplio como para facilitar un principio de solución de todos los litigios. Además, esta obra era heredera de un largo pasado de elaboración jurídica, de ahí que tenía a su disposición unas nociones precisas y vocabulario técnico que reflejaba exactamente los conceptos, puestos a punto por siglos de reflexión y práctica. Es por ello que, en el Derecho privado, la ley puede bastarse a sí misma y ser suficiente para todos los supuestos.

El Derecho administrativo, sin embargo, ofrece un espectáculo menos majestuoso pues aquí no hay codificación, ni es, en todo caso, codificable en su totalidad (7). Efectivamente, las bases del régimen administrativo fueron casi totalmente renovadas por la Revolución y el Imperio, por lo que la tradición no aportaba apenas ningún elemento utilizable para el nuevo Derecho que debía regir. Así, vocabulario, conceptos correspondientes a las nuevas situaciones, todo estaba por construir (8). Desde entonces las leyes administrativas van a nacer sin plan preconcebido, a medida que los Gobiernos van juzgándolas necesarias, siendo pragmáticas, sin ambición de suministrar principios de solución jurídica a litigios que ni siquiera se prevén y que solo serán revelados por su aplicación. De ahí que Laferrière (9) pusiera en evidencia, ya desde 1887, que al ser la ley administrativa una de organización y de acción que se preocupa más de asegurar la marcha de los servicios públicos que de prever y resolver las dificultades jurídicas, el papel creador que estas características imponen al Juez contencioso administrativo es mucho más amplia que la del Juez ordinario, debiendo echar mano, cuando faltan las leyes escritas, a principios tradicionales, escritos o no escritos, que son en cierto modo inherentes a nuestro Derecho público.

Pues bien, con la pretensión de positivizar lo que es inminente desde la misma génesis del Derecho administrativo, la LGAP no solo establece una completa regulación sobre sus fuentes y jerarquía, sino que también determina las normas básicas de integración del derecho escrito y su interpretación. De hecho, consagra con carácter de derecho positivo el principio de plenitud del ordenamiento jurídico administrativo, de manera que no puedan existir lagunas.

En este sentido, el artículo 6 establece la jerarquía de las fuentes escritas del Derecho administrativo, con la particularidad de que subordina los estatutos y reglamentos de los entes descentralizados a los reglamentos del Poder Ejecutivo destinados a ejecutar leyes, pero en cambio, les da igual rango que a los otros reglamentos de dicho poder, concretamente los llamados reglamentos autónomos de organización o de servicio. Con ello se admite la potestad reglamentaria de los entes descentralizados, que ha sido controvertida en doctrina por no estar expresamente consagrada por la Constitución Política. Desde este ángulo se confiere mayor rango a los reglamentos ejecutivos del Estado que a los autónomos de los otros entes, por su origen constitucional expreso, pero los autónomos del Estado tienen igual rango que los descentralizados de la misma naturaleza, porque ambos

(7) CASSAGNE, J. C. (2016), *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*. Madrid: Reus.

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2001), *La lengua de los derechos*. Madrid: Alianza.

(9) LAFERRIÈRE, É. (1989), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

II. DERECHO ADMINISTRATIVO COSTARRICENSE. ENTRE PRERROGATIVA Y GARANTÍA

se fundamentan en la potestad originaria e implícita de cada ente para darse el régimen de su vida interna y del servicio a que está sometido.

Por su parte, el artículo 7 reconoce la existencia de fuentes no escritas del ordenamiento administrativo que son: la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la costumbre. Sus funciones son: interpretar las fuentes escritas, determinando su sentido para el caso; integrarlas cuando falte norma, llenando la laguna; y finalmente la de delimitar el ámbito de aplicación por materia de la norma, fijando los casos que cubre y los que excluye. Se establece además que, cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley y finalmente se dispone que las normas no escritas serán superiores a las escritas de inferior categoría.

El artículo 8, por su parte, incorpora toda la concepción liberal y humanista, centrada en el respeto a la dignidad, la libertad y los derechos fundamentales del individuo, vistos en armonía con el bien común, cuando se dispone que se entenderán como principios generales de nuestro Derecho público todos los que sean necesarios para garantizar esos valores supremos y su armonía con la eficiencia de la Administración. Por tanto, la norma pretende establecer un límite a los abusos del poder, pero a la vez a los abusos del derecho subjetivo privado, de ahí que se hable de un equilibrio y no de una prevalencia.

En el artículo 9 se consagra la independencia del Derecho administrativo respecto de otras ramas del derecho, estableciéndose que solamente en ausencia total de norma administrativa aplicable –escrita o no escrita– se puede recurrir al Derecho privado para integrarlo. Asimismo, para los casos de lagunas, se establece claramente la jerarquía de las normas administrativas no escritas en el proceso de integración, colocándose a la jurisprudencia en primer lugar, a los principios generales del Derecho público de segundo, la costumbre en tercer lugar, y en último lugar al Derecho privado y sus principios.

En el artículo 10 se establece la necesidad de una interpretación teleológica del Derecho administrativo, con la mente puesta en los intereses sociales o públicos protegidos y en la naturaleza social o científica de los hechos y circunstancias en que ha de actuar la Administración para satisfacer aquellos. Se dispone que, dada esa preeminencia, debe descartarse la letra de la ley en bien de su espíritu, cuando se determine la existencia de un insalvable conflicto entre ambos. En esta hipótesis, el administrador tanto como el juez quedan autorizados para crear una norma nueva de alcance concreto y más acorde con el espíritu de la ley, como si hubiese laguna de derecho en el caso.

2.1.1.4 *Principio de legalidad*

Se consagra el principio de legalidad en los artículos 11, 12 y 13, sentándose a la vez las reglas que pueden contribuir a una aplicación flexible del mismo, cuando se regula la discrecionalidad y sus límites en los artículos 15, 16 y 17, así como también cuando el artículo 14 determina el régimen jurídico aplicable a las que tradicionalmente se han denominado relaciones de sujeción o supremacía especial.

En este sentido, se concibe la legalidad no solo como una sujeción negativa al ordenamiento, en virtud de la cual el acto no puede violarlo ni aun tratándose de reglamentos emanados del propio autor del acto o de sus inferiores, principio este último llamado también de la «inderogabilidad singular del reglamento», tal y

como lo prevé el numeral 13; sino que también se entiende la legalidad como una sujeción positiva y determinante del acto, en virtud de la cual éste ha de estar jurídicamente autorizado. Esa regulación mínima puede ser precisa o imprecisa, pero ha de ser expresa. Por tanto, el motivo o el contenido debe estar regulado en la ley, o bien, estar ambos regulados de forma imprecisa, por medio de conceptos jurídicos indeterminados.

2.1.1.5 *Discrecionalidad*

La LGAP toma partido en la ardua discusión doctrinal sobre el fundamento de la discrecionalidad y opta por admitir como posible que la misma se dé aún en ausencia de ley, siempre que, por otra parte, se cumpla con el precepto de una regulación mínima y expresa. Para ello se enumeran los diversos límites de la discrecionalidad, que queda reducida a un margen de libertad para determinar los elementos no regulados o imprecisamente regulados del acto administrativo dentro del respeto a las reglas elementales de la lógica, justicia y oportunidad, así como a las reglas unívocas de la ciencia y de la técnica, como se desprende de los artículos 15 y 16. Con esto la ciencia y la técnica unívocas en la circunstancia propia del caso se incorporan al bloque de legalidad. La discrecionalidad, entonces, es posible solo cuando el ordenamiento o reglas conexas con este no ofrecen una regla o dirección exacta que seguir; caso opuesto no se justifica la libertad administrativa, cuya existencia ha de convertirse si no en algo excepcional, sí, al menos, en algo comprobablemente necesario.

Los derechos subjetivos del administrado forman, a su vez, un límite de la discrecionalidad, cuya infracción vicia el acto, salvo si este tiene legalmente por objeto la supresión o reducción de aquellos derechos.

Como cuarto límite a la discrecionalidad, el artículo 18 sienta el principio de la libertad individual, en cuanto se dispone que el administrado puede actuar siempre que no le esté prohibido hacerlo, en aplicación de la regla clásica de la autonomía de la voluntad. Cuando el problema se plantea frente a la autoridad pública, la regla significa que la Administración no puede interferir la libertad privada sino sobre la base de un texto expreso y específico para el caso.

2.1.2 **El procedimiento administrativo**

Todos los anteriores principios, tan bien escogidos y definidos en los primeros artículos de la LGAP, discurren por una avenida llamada procedimiento administrativo «para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público» (10).

Así, hablar de procedimiento administrativo en Costa Rica es sinónimo de la LGAP, cuyo Libro Segundo titulado «Del Procedimiento Administrativo», constituye una de las pioneras y más tempranas codificaciones de este instituto en Ibe-

(10) ORTIZ ORTIZ, E. (1981), «Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración Pública», *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, 201-236.

roamérica(11). Desde entonces, el procedimiento se ha convertido en una institución central de nuestro Derecho administrativo, clave para la lucha contra la corrupción, en tanto garantizadora de la objetividad y preventiva del capricho del poder(12).

En ese carácter, pues, el procedimiento administrativo tiene un doble propósito: por un lado, incrementar la eficacia y, por el otro, garantizar la posibilidad de defensa de derechos(13). Lo confirma así el artículo 214.1 de nuestra LGAP cuando señala que el procedimiento administrativo «(...) servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico».

2.1.2.1 Principios

2.1.2.1.1 Debido proceso

Las resoluciones núms. 15-90 y 1739-92, ambas de la Sala Constitucional, son un verdadero parteaguas en el procedimiento administrativo costarricense, pues es a partir de estas que se comienzan a respetar sus principios más básicos. En este sentido, dichas resoluciones establecieron que, a partir del derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política, y el principio del debido proceso, contenido en el numeral 41 del texto constitucional, cuando la Administración pretenda sancionar, o de cualquier forma dictar un acto administrativo ablativo o ablatorio en contra del administrado, resulta de obligado cumplimiento, cuando menos lo siguiente:

- Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento.
- Hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna, los hechos que se le imputan.
- Derecho de ser oído y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes.
- Oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate.
- Concederle un plazo razonable para la preparación de su defensa.
- Derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas.
- Fundamentación de las resoluciones que pongan fin al procedimiento.
- Notificación adecuada de la decisión que dicta la Administración y de los motivos en que ella se fundó.
- Derecho del interesado de recurrir la decisión dictada.

(11) JINESTA, E. (2007), *Tratado de Derecho Administrativo, Procedimiento Administrativo*. San José: Editorial Jurídica Continental.

(12) RIVERO ORTEGA, R. (2021), «La codificación del procedimiento administrativo en América Latina: un hito más (Paraguay)», *Revista de Administración Pública*, 281-294.

(13) MILANO A., ORTIZ L. y RIVERO R. (2016), *Manual de Derecho Administrativo*, San José: Continental.

2.1.2.1.2 Oficiosidad y celeridad

Previsto en el numeral 222.1 de la LGAP, este principio ordena el impulso de oficio de todo procedimiento administrativo, sin perjuicio del que puedan darle las partes. A esta norma se une el 225 del mismo cuerpo legal que hace responsable tanto a la Administración como al servidor por cualquier retardo grave e injustificado, debiendo el órgano instructor conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado.

2.1.2.1.3 Imparcialidad

A sabidas de que la Administración reúne, en la casi generalidad de los procedimientos administrativos, la doble condición de juez y parte, la LGAP permite la separación formal respecto de las funciones de instrucción y resolución (arts. 227, 230.2, 248, 314, 315.2 y 319). De esta forma, se habilita la delegación de la instrucción en un órgano director, que representa a la Administración (art. 282.3 LGAP), y cuya designación se rodea de especiales garantías, en aras de reforzar aquella neutralidad. Desde esa perspectiva, la citada LGAP garantiza, además, aquella imparcialidad exigible a los agentes públicos que actúan en su nombre, por medio de las técnicas de abstención o excusa y recusación.

Bajo ese marco, nuestro Derecho administrativo impone la obligación de abstención o excusa y la posibilidad de recusar al funcionario que, en el curso del procedimiento administrativo vea comprometida su objetividad e imparcialidad, impidiendo o menoscabando el estricto cumplimiento de sus deberes e incluso potenciando un perjuicio a los intereses generales. Por lo anterior, la Administración debe someterse al deber de asegurar «(...) la consecución de una justicia objetiva, imparcial, independiente y cristalina, propia de regímenes democráticos y de derecho» (Sala Constitucional, Sentencia núm. 7531-97).

2.1.2.1.4 Informalismo

Dispuesto en el artículo 224 de la LGAP ordena interpretar las normas de procedimiento administrativo en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados, sin que dicho informalismo pueda servir para subsanar nulidades absolutas. En atención de este principio, otras normas de esta misma Ley establecen reglas especiales tales como:

- No se exige autenticación de los escritos que se presenten en forma personal (art. 286).
- No se obliga a formular los interrogatorios a los testigos por escrito ni en forma asertiva (art. 304.1).
- Las gestiones que realicen los administrados se pueden presentar ante cualquier oficina de la misma Administración pública (arts. 112 y 260.2).
- Los recursos no requieren de ninguna formalidad o redacción especial pues basta que de su texto se infiera la petición de revisión (art. 348).

II. DERECHO ADMINISTRATIVO COSTARRICENSE. ENTRE PRERROGATIVA Y GARANTÍA

2.1.2.2 *Partes*

2.1.2.2.1 La Administración pública

De acuerdo con el artículo 1 de la LGAP, la Administración Pública costarricense está constituida por el Estado (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, más el Tribunal Supremo de Elecciones con rango e independencia de poder), y los demás entes públicos. Por su parte, para el numeral 1 del CPCA se entiende Administración Pública, para los fines de esa ley, como:

- a) La Administración central.
- b) Los Poderes Legislativo, Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas.
- c) La Administración descentralizada, institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho público

2.1.2.2.2 Órgano director del procedimiento

Es este el que tiene las facultades o competencias de organización e instrucción, mas no de carácter decisivo. De conformidad con el artículo 282 inciso 3) de la LGAP representa a la Administración en el procedimiento administrativo. Le corresponde dirigir e impulsar el procedimiento de oficio o a instancia de parte hasta dejarlo listo para el dictado del acto final.

2.1.2.2.3 Órgano decisor

Se trata del órgano, dentro de la estructura organizativa de la respectiva Administración, que ostenta la competencia para emitir el acto final. Si bien nada obsta para que este órgano asuma también la función de instruir el procedimiento, lo usual es que, por estar facultado para ello, delegue la fase de instrucción en un órgano director que él mismo nombra.

2.1.2.2.4 El administrado

El administrado puede tener participación como parte principal, o bien como coadyuvante pasivo o activo, interviniente excluyente o interviniente adhesivo. El numeral 275 de la LGAP regula lo relativo a la legitimación y dice que puede ser parte en el procedimiento administrativo, además de la Administración, todo el que tenga un interés legítimo o derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final, siendo que ese interés ha de ser actual, propio y legítimo y puede ser moral, científico, religioso, económico o de cualquiera otra índole.

El coadyuvante es todo aquel que esté indirectamente interesado en el acto final, o en su denegación o reforma, aunque su interés sea derivado, o no actual, en relación con el que es propio de la parte a la que coadyuva. Por su condición, no puede pedir nada para sí, ni cambiar la pretensión de la parte a la que coadyuva, pero puede hacer todas las alegaciones de hecho y derecho que desee, así como

también usar todos los recursos y medios procedimentales para hacer valer su interés, excepto en lo que perjudique al coadyuvado.

En cuanto a los intervinientes, excluyentes y adhesivos, se trata en el primer caso de un tercero que hace valer un derecho subjetivo o interés legítimo contra una o ambas partes; mientras que, en el segundo, su interés es concurrente con el de una parte. Se diferencian del coadyuvante en que, en virtud del derecho subjetivo o interés legítimo propio que ostentan, sí pueden deducir pretensiones propias.

2.1.2.3 *Etapas*

Las etapas del procedimiento administrativo son el laboratorio de dónde, si se mezclan los ingredientes en orden y de manera adecuada, saldrá un producto exitoso (14).

Antes de iniciarse un procedimiento administrativo caben actuaciones de naturaleza cautelar. Si bien la LGAP no regula de modo sistemático esta materia, algunas de sus normas definen ciertas reglas, tales como los artículos 148 –que regula la medida cautelar suspensiva– y 332 –que admite la posibilidad de adoptar un acto provisional, previo al final–. Pero, además, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha admitido la potestad cautelar a las Administraciones públicas, la cual se encuentra implícita, por ejemplo, en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa (Res. núm. 13131-2003).

Los procedimientos administrativos pueden iniciarse de oficio o a instancia de persona interesada (art. 284 LGAP). En el primer caso, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.

Tras la iniciación, viene la instrucción del procedimiento, concretada en toda una serie de actos administrativos de trámite y alegaciones incorporadas por los interesados al expediente. Así, se regula la fase de prueba por cualquier medio admitido en Derecho público, aunque no sea admitido por el Derecho común, según indica el artículo 298 de la LGAP, dentro de la que caben los informes, la participación de los interesados y, en algunos casos, la información pública, para facilitar la participación de intereses difusos.

La finalización del procedimiento, por su parte, puede adoptar diversas formas: la resolución o acto final (en sentido estricto), el desistimiento, la renuncia o la declaración de caducidad. La modalidad idónea de terminación es la resolución finalizadora, que da respuesta a todas las cuestiones; pero también caben otras formas de terminación como la convencional del procedimiento administrativo, cuya regulación es muy limitada en la legislación costarricense, prevista tan sólo en el artículo 317 e) de la LGAP.

Una vez dictada la resolución final y definitiva, el procedimiento continúa con la fase de ejecución. Los medios de ejecución son las herramientas de la ejecutoriedad de los actos administrativos, realización última del privilegio de autotutela, que comporta la innecesariedad de acudir al Juez para ejecutar sus propios actos, característica de la Administración como poder público. Para la ejecutoriedad de actos de contenido económico gravosos para los particulares, el medio apropiado es el apremio sobre el patrimonio, regulado en el artículo 149 de la LGAP. Cuando el acto

(14) Cfr., *op. cit.*, Milano, A., Ortiz, L. y Rivero R.

comporte una obligación de hacer no económica, la ejecución subsidiaria sirve, salvo para las de carácter personalísimo. La multa coercitiva puede ayudar a vencer la resistencia en estos casos. Y solo excepcionalmente cabe recurrir a la compulsión sobre las personas, evitando la violencia y aplicando estrictamente tanto el respeto de los derechos fundamentales como el principio de proporcionalidad.

Finalmente, a partir de que se notifica la resolución final se abre la fase recursiva, en la que las partes cuentan con plazos perentorios establecidos por ley para la interposición de los recursos ordinarios de revocatoria y apelación, así como del recurso extraordinario de revisión. Valga señalar que, en nuestro ordenamiento jurídico procesal, el agotamiento de la vía administrativa es facultativa –salvo en materia municipal y contratación administrativa– con lo cual, las partes eventualmente perjudicadas por la resolución final pueden interponer el correspondiente proceso de conocimiento ante la jurisdicción contencioso administrativo y/o, ante violaciones de derechos fundamentales, el correspondiente recurso de amparo ante la Sala Constitucional. Empero, debe anotarse que, en virtud de los principios de autotutela, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, así dispuesto en el numeral 148 de la LGAP, salvo norma en contrario, ni la interposición de los recursos administrativos ni del proceso judicial suspenden su ejecución.

3. EL CONTROL JUDICIAL: FORTALEZAS Y DEBILIDADES

3.1 EL CAMBIO DE PARADIGMA

Desde que a inicios de 1988 Chapuisat (15) advirtió que el contencioso administrativo estaba enfermo, esa jurisdicción emprendió un acelerado viaje hacia su cambio de paradigma en casi todos los países tributarios del *Droit administratif* (16).

Primero fueron las leyes dictadas en los últimos años del siglo xx en Francia las que ampliaron las potestades del juez contencioso, tanto para hacer efectiva la ejecución de sus sentencias, como para dictar medidas cautelares, adicionándose a sus ya tradicionales *sursis à exécution*, y *référé administratifs*, recursos con efecto suspensivo inmediato, *constat d'urgence*, además de los *référé expertise*, y *référé provision*.

Luego, le siguieron muchos códigos procesales administrativos aprobados o reformados durante los últimos veinticinco años que reconocieron a la jurisdicción contencioso administrativa facultades renovadas (17) que puede ejercer incluso al margen de las pretensiones de las partes, para adoptar medidas cautelares, dictarle órdenes a las Administraciones públicas, valorar sus motivaciones y sustituirlas, matizar el alcance de las declaraciones de nulidad, imponer condicionamientos a

(15) CHAPUISAT, J. (1988), Editorial del número 2. *L'Actualité Juridique. Droit Administratif*, 1-9.

(16) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1992), *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, Madrid: Civitas.

(17) HUAPAYA, R. (2006), *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*, Lima: Jurista Editores.

los actos administrativos, etc. Nunca los jueces contenciosos administrativos habían tenido poderes más amplios para evaluar, corregir e incluso sustituir las decisiones administrativas, ni facultades más completas para hacer ejecutar sus resoluciones (18).

Evidentemente, entonces, las recientes transformaciones de la justicia contencioso-administrativa dan el triunfo final al recurso subjetivo, aunque sin mengua del objetivo, que aún mantiene vigencia. Ciertamente, el interés por la legalidad se mantiene, pero se sitúa en un segundo plano. La anulación de los actos ilegales resulta de la necesidad de eliminar obstáculos a la plenitud de los derechos individuales, más que a la simple salvaguarda de la legalidad; los demandantes defienden sus posiciones jurídicas individuales y solo secundariamente reclaman contra las violaciones de la legalidad. Sin duda, como ha señalado Muñoz Machado, el poder del juez contencioso administrativo, para salvaguardar el interés general, se concreta ahora en la defensa preeminente de los derechos individuales (19).

Toda esta metamorfosis ha tenido hondas repercusiones en la finalidad que ahora tiene el proceso contencioso-administrativo costarricense. Así, pues, mientras que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa estaba diseñada al servicio exclusivo de la legalidad, con el CPCA actualmente en vigencia, el ser humano es el centro y eje del proceso, lo que implica que su finalidad primaria es la protección jurídica de los derechos e intereses de toda persona y, por ende, del *ius litigatoris* (20).

Derecho fundamental a la tutela cautelar

Uno de los grandes saltos cualitativos del CPCA han sido las medidas cautelares. Como es bien conocido, la peculiar estructura del procedimiento administrativo coloca al justiciable –ya de entrada– en una evidente posición de desventaja procesal, dado que la autotutela administrativa hace que los actos administrativos se presuman legítimos y, por tanto, sean ejecutivos y ejecutorios. Ello así, corresponde al justiciable la tremenda carga de interponer un proceso impugnatorio para revertir esa situación de desventaja connatural a la que está expuesto, dadas las prerrogativas con que está investida la Administración, cuyo final puede demorar muchos años, al final de los cuales, aún y cuando las conductas administrativas impugnadas fueren absolutamente nulas, se habrían ejecutado ya con los consabidos daños irreversibles para el contribuyente.

Esa es la realidad del proceso contencioso-administrativo, y precisamente la que hace que en este más que en cualquier otro tipo de proceso, la tutela cautelar deba ser altamente efectiva y eficiente, a fin de lograr cierta equiparación entre las partes en contienda que de entrada son tan dispares. Por ello, justamente, la Sala

(18) MUÑOZ, S. (2014), «Los Poderes de Oficio del Juez Administrativo», en M. E. Montero, y J. E. (dir.), *Por el derecho y la libertad: libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor* (pp. 595-610). Madrid: Iustel.

(19) *Ibid.*

(20) *Op. cit.* GONZÁLEZ, O.

Constitucional en su Res. núm. 2005-06224, elevó a la categoría de derecho fundamental a la tutela cautelar. Dijo la Sala:

«IV. DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA CAUTELAR.—A partir de una exégesis extensiva y progresiva del contenido esencial de la garantía individual contenida en el ordinal 41 de la Constitución Política, esto es, el derecho de los justiciables a obtener una justicia pronta y cumplida, resulta posible identificar el derecho fundamental atípico de las partes de un proceso a obtener una tutela cautelar. (...) No puede existir una tutela judicial pronta y cumplida o efectiva, si el órgano jurisdiccional no puede ejercer un poder de cautela flexible y expedito. Bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es un componente esencial o una manifestación específica de una tutela judicial pronta y cumplida, puesto que, por su medio puede garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia definitiva o de mérito. Este derecho, al formar parte integral del núcleo esencial del derecho a una justicia pronta y cumplida, el legislador no puede negarlo, restringirlo o condicionarlo y el juez debe hacerlo efectivo cuando haya peligro para la efectividad de la sentencia(...) El órgano jurisdiccional tiene la obligación de ordenar o emitir la medida provisoria si concurren los presupuestos para su adopción. Del núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela cautelar, se puede extraer (la consecuencia): el otorgamiento de una medida cautelar no depende, exclusivamente, del libre y prudente arbitrio o discrecionalidad judicial (...)bajo esta inteligencia, la tutela cautelar es constitucionalmente obligatoria cuando puedan desaparecer, dañarse o perjudicarse, irremediablemente, las situaciones jurídicas sustanciales de las partes, llámense derechos subjetivos o intereses legítimos, puesto que, el juzgador está llamado a protegerlos y repararlos (artículos 41 y 49 de la Constitución Política).»

A partir de ello, el CPCA es pródigo en la regulación de las medidas cautelares, que son procedentes —dice el numeral 21— cuando la ejecución o permanencia de la conducta sometida a proceso, produzca graves daños o perjuicios, actuales o potenciales, de la situación aducida, y siempre que la pretensión no sea temeraria o, en forma palmaria, carente de seriedad. De esta forma, se sustituyó el concepto de daños de imposible o difícil reparación que utilizaba la anterior Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por el más benévolo de graves daños o perjuicios, así como también se reemplazó la obligación de demostrar el humo de buen derecho, por la no existencia de *malum juris*. Además, dice el CPCA, el juez debe atender al principio de proporcionalidad, ponderando la eventual lesión al interés público, los daños y los perjuicios provocados con la medida a terceros, así como los caracteres de instrumentalidad y provisionalidad, de modo que no se afecte la gestión sustantiva de la entidad, ni se afecte en forma grave la situación jurídica de terceros.

Lamentablemente, a pesar de la flexibilidad con que el CPCA reguló las medidas cautelares, la jurisdicción contencioso-administrativa se quedó anclada en los vetustos conceptos de la antigua Ley Reguladora de las Jurisdicción Contencioso Administrativa que exigía —como sigue exigiendo ahora la jurisprudencia— que el efecto de la conducta administrativa de la Administración prácticamente signifique la muerte física, jurídica o económica del justiciable para el acogimiento de las cautelares, pues de otra forma no tiene por probado el grave daño o perjuicio.

3.2 LOS PODERES OFICIOSOS DEL JUEZ CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

En la nueva concepción del CPCA no se sigue un régimen dispositivo estricto, en el que solo se hace pronunciamiento o se valora lo expresamente solicitado por las partes, sino un sistema abierto, flexible, con un papel activo de todos los agentes jurisdiccionales que intervienen en el proceso (21). De suerte que, se ha adoptado un régimen con importantes dosis del inquisitivo u oficioso.

Efectivamente, el régimen inquisitivo opera cuando el juez no es sujeto pasivo del proceso, sino que adopta la calidad de sujeto activo, pues ostenta facultades para iniciarlo, fijar el tema de decisión y decretar las pruebas que considere necesarias. Este tipo de sistema se ha asignado a aquellos procesos en donde se ventilan asuntos en los que el Estado o la sociedad tienen interés. Por demás, el juez está limitado solo por la ley y debe buscar la verdad real aún con prescindencia de las partes, a lo que se suma que puede impulsar el proceso de oficio y está facultado para investigar los hechos, descubriéndolos a través de medios conocidos o utilizando cualesquiera que sirvan para esclarecer la verdad real y ya no solo la formal.

En el CPCA, por tanto, se crea un régimen mixto (inquisitivo-dispositivo), que adopta una posición ecléctica con preeminencia oficiosa y/o inquisitiva del juez, la cual viene justificada en la tutela de los intereses superiores del colectivo que se dilucidan en la jurisdicción contencioso administrativa.

3.2.1 En relación con la prueba

El artículo 82.1 del CPCA les confiere a los jueces poder de iniciativa probatoria. En este sentido, señala dicho numeral que los jueces ordenarán y practicarán todas las diligencias de prueba necesarias para determinar la verdad real de los hechos relevantes en el proceso.

De igual forma, el numeral 93.3 del mismo Código determina la potestad del juez tramitador para ordenar la recepción de cualquier prueba no ofrecida por las partes, en el tanto y cuanto resulte indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad real de los hechos controvertidos.

Adicionalmente, el canon 110 le permite al Tribunal de Juicio, al momento mismo de la deliberación, ordenar la recepción de nuevas pruebas o de ampliar las incorporadas, en cuyo caso debe disponer la reapertura del debate.

Finalmente, el numeral 148 faculta a la Sala Primera o al Tribunal de Casación para que ordenen cualquier prueba o diligencia para mejor resolver el recurso de casación interpuesto.

De manera que, en el proceso contencioso administrativo, además de corresponderle la carga de la prueba a quien formule una pretensión, respecto a las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho, y/o a quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor, también corresponde a los jueces una carga probatoria que podríamos denominar supletoria respecto de los elementos probatorios

(21) GONZÁLEZ, O. (2006), «Sentencia», en M. J. al, *El nuevo proceso contencioso-administrativo* (pp. 409-506). San José: Poder Judicial.

que resulten indispensables para el esclarecimiento de la verdad real de los hechos y cuyo requerimiento no podía anticiparse de previo al debate.

3.2.2 Respeto de las pretensiones

En los artículos 90 inciso b y 95 se prevé la facultad del juez tramitador de aclarar o ajustar los extremos de la demanda, contrademanda y contestación en la audiencia preliminar, así como también la potestad del Tribunal de Juicio de ampliar, adaptar, ajustar o aclarar la pretensión.

3.2.3 Al dictar sentencia

Más determinantes aún son las potestades oficiosas de los jueces contenciosos-administrativos en relación con la anulación de conductas administrativas en sentencia. En este sentido, el inciso 1) del artículo 119 dice: «La sentencia resolverá sobre todas las pretensiones y todos los extremos permitidos por este Código». Ello nos lleva de inmediato a buscar en el numeral 122 esos «extremos permitidos por el Código», ante lo cual nos encontramos, ya de entrada, que en el inciso a) se establece la obligación del juez de «declarar la disconformidad de la conducta administrativa con el ordenamiento jurídico y de todos los actos o actuaciones conexos». Adicionalmente, los incisos d) y g) establecen un deber al juzgador de «reconocer, restablecer o declarar cualquier situación jurídica tutelable, adoptando cuantas medidas resulten necesarias y apropiadas» y de «condenar a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.» No dejan duda de los poderes oficiosos del juez los incisos k) y l) de esa misma norma, cuando establecen su obligación de «suprimir aún de oficio, toda conducta administrativa directamente relacionada con la sometida a proceso, cuando sea disconforme con el ordenamiento jurídico»; y «hacer cesar la ejecución en curso y los efectos remanentes de la conducta administrativa ilegítima.»

Al comentar estas normas, González señala que buscan garantizar el derecho o interés declarado, así como la situación jurídica reconocida o restablecida, mediante un instrumento de limpieza total de aquella conducta administrativa que, siendo colateral, es también antijurídica, por iguales o diversos motivos al principal, con lesión grave para el petente, bien sea porque está directamente vinculada con ella, o bien, porque su ejecución y efectos vigentes, tanto como ilegítimos, mantienen o acrecientan la continuidad del agravio. Se trata –dice el mismo autor– de dos llaves diversas para el Tribunal, una mediante la cual se habilita al juez la supresión de cualesquiera conductas conexas, directamente vinculadas con la principal en el proceso, y otra por la cual se pretenden eliminar los residuos o consecuencias fáctico-jurídicas, que estorban al goce pleno de los derechos o intereses declarados en la propia sentencia (22).

(22) *Ibid.*

3.3 EL JUICIO POR AUDIENCIAS

Otro de los grandes cambios que trajo consigo el CPCA es la oralidad. De esta forma, en su capítulo V establece las reglas generales que deben observarse en las audiencias orales, sea preliminar o complementaria (juicio oral).

3.3.1 La audiencia preliminar

Esta audiencia toma partido por el modelo concentrado de saneamiento del proceso, pues permite resolver de forma concentrada e interactiva, todos aquellos aspectos que, a pesar de no referirse al fondo del asunto, tardaban meses e incluso años en ser resueltos (23), sobre todo en el caso del modelo contencioso administrativo anterior regido por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y supletoriamente por el Código Procesal Civil, mientras iban y venían recursos e incidentes. Es así como, en el CPCA, se incluyó la audiencia preliminar, con el objeto de depurar el procedimiento y ajustar su objeto.

Ahora bien, el objetivo de la preliminar es que el proceso llegue al tribunal de juicio libre de cualquier vicio o defecto, con las pretensiones perfectamente delimitadas, resueltas las defensas previas, decidida la intervención de los coadyuvantes, determinados los hechos controvertidos y no controvertidos, así como definidas las pruebas; en suma: sanear o expurgar el proceso de cualquier asunto de forma que pudiera representar un obstáculo para la resolución del fondo del asunto (24).

Con todo, existen tres excepciones a esta regla, a saber: i) trámite preferente, previsto en el numeral 60 del CPCA; ii) fallo directo, previsto en el numeral 69 del CPCA; y iii) puro derecho. En el primer supuesto, una vez contestada la demanda, el tribunal de juicio dispone celebrar una única audiencia en la que se entra a conocer y resolver sobre los extremos que corresponden a la audiencia preliminar, además de la evacuación de la prueba y las conclusiones de las partes, para pasar de inmediato a la deliberación y dictado de sentencia. En este escenario –por demás bastante excepcional– no hay preparación para llegar al juicio oral, sino que, con el fin de acelerar el proceso, se condensan en una sola audiencia, tanto los extremos de la preliminar, como de la complementaria. Por su parte, el fallo directo le permite al actor o reconvencor solicitar que, una vez contestada la demanda o contrademanda y si la contraparte no se opone, se falle el proceso sin la celebración de audiencia alguna. Finalmente, en los casos de puro derecho, sea en aquellos casos que no haya prueba que evacuar, está previsto que el juez de trámite prescinda del juicio oral y confiera a las partes, al finalizar la misma audiencia preliminar, la posibilidad de formular sus conclusiones para pasar de inmediato el asunto al tribunal de juicio para que sea resuelto.

La audiencia preliminar se celebra una vez fracasada la conciliación, o bien cuando alguna de las partes haya manifestado su negativa a conciliar o no se presenta a la audiencia respectiva (art. 81 CPCA). Para este momento, la demanda ya

(23) MILANO, A. (2006), «La actividad procesal en el Código Procesal Contencioso Administrativo», en M. J. al, *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo* (pp. 249-362). San José: Poder Judicial.

(24) VILLALOBOS, J. (2012), *Manual de técnicas de oralidad en el juicio contencioso administrativo*, San José: Investigaciones Jurídicas S. A.

tiene que haber sido presentada, así como la contestación de la demanda y, en su caso, la réplica. En primer término, se sanea el proceso, resolviéndose de oficio o a gestión de parte todo tipo de nulidades procesales y cualquier otro aspecto no atinente al mérito del asunto. Luego, se aclaran y ajustan los extremos de la demanda, contrademanda, contestación y réplica, cuando resulten oscuros o imprecisos; de seguido se resuelve sobre la intervención del coadyuvante; las defensas previas; se determinan los hechos controvertidos que deban ser objeto de prueba; y finalmente se determina la admisibilidad de la prueba ofrecida.

3.3.2 La audiencia complementaria

A diferencia de la audiencia preliminar, la complementaria o juicio oral, tiene una función bastante más concreta (25). En efecto, su objetivo específico consiste en permitir la fundamentación de la sentencia, lo cual se realiza, de forma exclusiva, mediante el material probatorio que se genera oralmente a partir de la celebración del juicio. Es hasta este momento «donde realmente existe y se resuelve el litigio, pues tanto la demanda, como la contestación y la audiencia preliminar sólo han sido la preparación del marco de referencia y de las partes para asistir a este debate en igualdad de condiciones, cuyo fin es resolver el caso.» (26)

Normalmente, el juicio oral se celebra con posterioridad a la audiencia preliminar. De suerte que, si el objetivo de la audiencia preliminar ha sido bien cumplido por el juez tramitador y las partes, el proceso debería llegar al tribunal de juicio libre de cualquier vicio o defecto, con las pretensiones perfectamente delimitadas, resueltas las defensas previas, decidida la intervención de los coadyuvantes, determinados los hechos controvertidos y no controvertidos, así como definidas las pruebas; en suma: saneado y ordenado (27).

3.3.3 Sentencia

Dispone el numeral 111 del CPCA que, transcurrida la audiencia, el tribunal deliberará inmediately y procederá a dictar sentencia. Se emitirá oralmente en ese acto; para tal efecto, el tribunal podrá ordenar un receso. La sentencia dictada oralmente quedará notificada con su dictado, pero el tribunal tendrá la obligación de entregar a las partes, en ese mismo acto, una reproducción escrita de la sentencia. A partir de esta norma es posible interpretar que la intención del legislador fue que el dictado de la sentencia fuera inmediato, al terminar la audiencia complementaria o juicio oral, precisamente en aras de poner en práctica los principios de inmediatez y concentración.

El legislador, sin embargo, previó supuestos –claramente de excepción– en los que no fuera posible emitirla en el acto oralmente. Para tales efectos, igualmente en aras de respetar la inmediatez y concentración, dispuso reglas rígidas en cuanto a los plazos para dictarla, siendo la regla general que la sentencia debe dictarse por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes y en casos muy complejos, según

(25) *Op. cit.* MILANO, A.

(26) VILLALOBOS, J. (2008), *Guía para litigar en el proceso contencioso administrativo*, San José: Investigaciones Jurídica S. A.

(27) *Ibid.*

lo determine el juez, dentro del plazo máximo de quince días hábiles siguientes a la terminación del juicio oral y público. Asimismo, con el fin de que no se mal interpretara que los plazos son ordenatorios, se estableció también que, vencidos los plazos, lo actuado y resuelto será nulo, por lo que el juicio oral y público deberá repetirse ante otro tribunal, que será el encargado de dictar la sentencia, sin perjuicio de las responsabilidades correspondientes; lo anterior, salvo en el caso de los actos o las actuaciones probatorias irreproducibles, que mantendrán su validez en la nueva audiencia convocada.

Lamentablemente, lo que el legislador previó como la regla, se ha convertido en una excepción cada vez más rara: la sentencia oral dictada inmediatamente después de concluir la audiencia complementaria o juicio oral.

3.3.4 La casación contenciosa

Contra la sentencia de primera instancia únicamente cabe recurso de casación; empero, se trata de una casación *sui generis*, pues entre otras tiene las siguientes características que la hacen única:

- Se superó la distinción clásica entre vicios *in iudicando* e *in procedendo*, sustituyéndose por un parámetro patológico amplio y prominente que da entrada al recurso de casación en todos aquellos casos en que la sentencia sea «contraria al ordenamiento jurídico».

- En cuanto a formalidades o requisitos del recurso de casación, únicamente se requiere indicar, de manera clara y precisa, los motivos del recurso, con la fundamentación fáctica y jurídica del caso.

- Se prevé la posibilidad de que, si el juez de casación, antes de dictar sentencia, estima que el recurso de casación o la infracción aducida, pueden no haber sido apreciados debidamente por las partes, por existir en apariencia otros fundamentos jurídicos para sustentar las pretensiones casacionales, los someta a aquellas, en forma clara y precisa, mediante resolución, advirtiéndole que no prejuzga el caso y concediendo 5 días hábiles de audiencia para que formulen las alegaciones escritas que estimen oportunas.

- De igual manera, resulta trascendental la inclusión, vía artículo 138, inciso d), de la violación de las normas o los principios del Derecho constitucional, entre otros, razonabilidad, proporcionalidad, seguridad jurídica e igualdad, como motivo de casación.

Pero quizás sea la finalidad subjetiva que ahora ostenta la casación contenciosa la mutación más trascendental que este instituto ha sufrido. Como se dijo, a partir de la entrada en vigencia del CPCA, es la tutela de los derechos e intereses debatidos lo más importante. De suerte que, si antes esos derechos e intereses se tutelaban como efecto reflejo de la protección de la ley, hoy se han colocado en un primer plano. Por tanto, actualmente debe calificarse la casación contenciosa como mixta o ecléctica, en el tanto cumple una finalidad trifásica, a saber: la nomofilaxis, la uniformidad de la jurisprudencia y la justicia del caso, mediante la tutela efectiva de los derechos e intereses discutidos en la contienda (28).

(28) *Op. cit.* GONZÁLEZ, O., *Recursos*.

3.3.5 Ejecución de sentencias

Finalmente, el CPCA corrigió la raquítica regulación de la ejecución de sentencias que contenía la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. En este sentido, además de prever un cuerpo de jueces ejecutores, el Código además los dotó de amplios poderes para: solicitar auxilio de la Fuerza Pública para la ejecución plena e íntegra de las sentencias, sancionar con una multa de uno a cinco salarios base a los funcionarios reuentes, ejecutar la sentencia requiriendo la colaboración de las autoridades y los agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas, ejecutar ellos mismos con cargo a la Administración pública condenada, adoptar las medidas necesarias, a fin de allegar los fondos indispensables para la plena ejecución, ordenar la paralización del presupuesto e incluso embargar los bienes de dominio privado de la Administración pública que no se encuentren afectos a un fin público, la participación accionaria o económica en empresas públicas o privadas, propiedad del ente público condenado y los ingresos percibidos efectivamente por transferencias contenidas en la Ley de Presupuesto Nacional, en favor de la entidad pública condenada.

4. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En virtud de los artículos 9 y 41 de la Constitución Política, el Estado costarricense es responsable. Por ello, cualquier disposición contraria a esas normas sería inconstitucional por contravenir normas y principios de rango constitucional, que constituyen, además, principios transversales y cimientos de nuestro Estado Constitucional de Derecho. Como con elocuencia explicaba Ortiz Ortiz en relación con la responsabilidad de la Administración: «No se trata de una norma destinada al legislador, sino de una garantía individual. En ausencia de ley que la consagre, o en presencia de ley que la contradiga, esa garantía de todos modos existe, porque su formulación constitucional es bien clara e imperativa por sí misma.» (29)

Ahora, si bien es cierto la función primordial de la responsabilidad civil extracontractual en general es la reparación de daños, tratándose de la responsabilidad de la Administración pública, quizás sea la función preventiva la más importante de todas, pues tiene la virtud de evitar los daños causados por el poder público y sus agentes a través del indudable incentivo que la eventualidad de tener que satisfacer más y mayores indemnizaciones representa. Aunado a esa función preventiva, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública también sirve de control del buen funcionamiento de los servicios públicos. Y es que, así como respecto de la responsabilidad personal de los funcionarios públicos, la estrategia preventiva puede basarse en la ejemplaridad pública (30), pues de igual forma, en relación con el aparato administrativo, el aprendizaje a partir de los errores puede hacer mejor a la Administración, de ahí el éxito de las cartas de servicio.

(29) ORTIZ, E. (1996), *Expropiación y responsabilidad públicas*, San José: Litografía e Imprenta LIL.

(30) RIVERO, R. (2020), «¿Una espada de Damocles? Responsabilidades de servidores públicos y prevención de la arbitrariedad», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 5-34.

Así pues, la institución de la responsabilidad de la Administración pública puede y debe ser abordada no solo desde la óptica de la garantía para el administrado, sino también, desde la perspectiva de los principios de eficacia y eficiencia de la Administración en la gestión de los servicios públicos. De esta forma, la responsabilidad se presenta como un efectivo instrumento de control del poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos, que en definitiva instruye a la Administración cómo debe actuar y cómo no, si es que quiere evitar tener que indemnizar y producir más y mayores daños derivados de su acción(31).

Nuestra Constitución Política no es ayuna en cuanto a esta concepción, pues recoge en sus artículos 140, inciso 8.º, 139, inciso 4.º y 191 un derecho fundamental innominado o atípico de los administrados al buen funcionamiento de los servicios públicos, en el tanto dichos cánones legales recogen los parámetros deontológicos de la función administrativa tales como el «buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas», «buena marcha del Gobierno» y «eficiencia de la administración». Este derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos le impone tanto a los entes públicos como a sus funcionarios, actuar en el ejercicio de sus competencias y la prestación de los servicios públicos de forma eficiente y eficaz y, desde luego, la obligación correlativa de reparar los daños y perjuicios causados cuando se vulnera esa garantía constitucional (Sala Constitucional, Res. núm. 2004-5207).

A nivel legal, nuestra LGAP establece la responsabilidad directa del Estado sin necesidad de probar previamente que el daño se produjo por culpa de un funcionario en específico, con tal de que el daño sufrido sea efectivo, evaluable e individualizable en relación con una persona o grupo. Asimismo, establece que la Administración es responsable por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero, así como la obligación de reparar todo daño causado a los derechos subjetivos ajenos por faltas de sus servidores cometidas durante el desempeño de los deberes del cargo o con ocasión del mismo, utilizando las oportunidades o medios que ofrece, aun cuando sea para fines o actividades o actos extraños a dicha misión.

A partir de lo anterior, la jurisprudencia venía entendiendo que la responsabilidad de la Administración pública en Costa Rica era objetiva, puesto que –se sostenía– existe responsabilidad de ésta siempre que su funcionamiento normal o anormal, cause un daño que la víctima no tenga el deber de soportar, siempre y cuando se cumpla con el imprescindible nexo causal entre la conducta administrativa y el daño.

Este criterio abandonaba la observación analítica del sujeto productor del daño y la calificación de su conducta, para ubicarse en la posición de la víctima que, menguada en su situación jurídica, queda eximida en la comprobación de cualquier parámetro subjetivo del funcionario público. Por tanto, habría responsabilidad de la Administración siempre que su funcionamiento normal o anormal, causare un daño que la víctima no tenga el deber de soportar, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, siempre y cuando exista un nexo de causalidad entre la conducta pública y el daño.

(31) ORTIZ, L. (2005), *La responsabilidad in vigilando del Banco Central de Costa Rica por la supervisión del Sistema Financiero Nacional*, San José: Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Profesor Jesús González Pérez.

Con todo, reciente jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (32) ha reflexionado y llevado a la responsabilidad patrimonial de la Administración a su justa dimensión, señalando que nuestro régimen de responsabilidad administrativa es objetivamente moderado (33). Bajo esta premisa –dice la jurisprudencia– si bien el numeral 190 de nuestra LGAP refiere a «funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal», lo cierto es que únicamente en relación con los supuestos de funcionamiento legítimo y/o normal puede concebirse una responsabilidad objetiva pura, en la que basta la relación de causalidad entre la conducta administrativa y el daño para que pueda exigirse responsabilidad, a lo que debe unirse, además, la especialidad del daño, sea por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión. En los demás casos debe verificarse una especie de «culpa objetiva» de la Administración en la que aquella, para ser merecedora de responsabilidad, tendría que haber funcionado, ora de manera ilegítima, ora de forma anormal, con lo cual la objetividad plena de la responsabilidad deja de ser tal (34). Se acerca nuestra jurisprudencia, pues, a lo que García de Enterría escribió en el prólogo al revolucionario estudio de Oriol Mir Puigpelat citado:

«(...) en el ánimo de quienes redactamos el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, como en el de quienes, en general, después hemos expuesto el régimen vigente, hoy regulado en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, nunca existió la idea de que la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro derecho tuviese que ser una responsabilidad objetiva y absoluta, capaz de incluir supuestos ilimitados de indemnización en cuanto hubiese intervenido un agente público (...). En concreto, en esos dos lugares tipificamos tres causas específicas de imputación: primera, la realización directa y legítima del daño por la Administración cuando incide sobre un patrimonio que no estaba previamente obligado a soportarlo en sus consecuencias económicas (y aquí se citan: daños derivados de la construcción de obras públicas y los causados por la represión de desórdenes o calamidades públicas, en los dos supuestos sin que se haya producido ninguna falta de la Administración, así como por actos no fiscalizables en vía contencioso-administrativa, como recogió más tarde la Ley Jurisdiccional de 1956, art. 2.b). Segunda causa de imputación: la actuación ilícita de la Administración, aunque fuese imputable subjetivamente al agente (cuya culpa asume la Administración como organización responsable ad extra): es el supuesto típico del “funcionamiento anormal de los servicios”. Y, finalmente, en tercer lugar, los casos de «riesgo creado por la Administración», que implicaría la imputación del caso fortuito derivado de ese riesgo a que la Administración ha sometido, en beneficio propio, a los ciudadanos. Sólo en este último supuesto podría hablarse de la imputación de

(32) Res: 000308-F-2006 de las diez horas treinta minutos del 25 de mayo de 2006.

(33) Sobre este régimen moderadamente objetivo Laguna de Paz explica atinadamente que: «La responsabilidad extracontractual de la Administración, inevitablemente, surge vinculada a la idea de culpa, propia del mundo jurídico-privado, en el que la institución cuenta con una tradición milenaria. No obstante, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos ha ampliado la garantía pública patrimonial hasta la cobertura de supuestos indemnizatorios que no presuponen culpa, aunque sin establecer un régimen de responsabilidad objetiva general.» Laguna, J. C. (2019) *Derecho Administrativo Económico. 2.ª edición ampliada*. Madrid: Civitas, p. 937.

(34) MIR, O. (2002), *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid: Civitas.

una responsabilidad objetiva, pero estrictamente limitada a ese supuesto específico de “riesgo creado por la Administración”, no, pues, a cualquier riesgo imaginable, criticándose expresamente la supuesta “responsabilidad por riesgo generalizado” o de “socialización del riesgo” propuesta por Duguit (...).»

5. PERSPECTIVAS EVOLUTIVAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN COSTA RICA Y CONVERGENCIAS GLOBALES

Mientras se escriben estas líneas, Costa Rica ha concluido su proceso de incorporación a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que es, como en su momento señaló el ex Presidente de Colombia Juan Manuel Santos, «como clasificar al Mundial de Fútbol..., es ingresar a ese grupo de los mejores y competir en ese grupo de los mejores» (35).

Ello presenta un enorme reto para los fundamentos, prolegómenos y dogmas de nuestro Derecho administrativo pues, como parte del proceso de ingreso y sin siquiera haber suscrito ni aprobado el Acuerdo sobre los términos de la adhesión de la República de Costa Rica a la Convención de la OCDE (Convención), nos vimos obligados a ajustar varias normas y políticas públicas a las «recomendaciones» de esa Organización. Ello demuestra que esas «recomendaciones» terminan siendo tan implacables como el más formalizado de los Códigos Penales (36), pues a pesar de no ser Derecho en el sentido formal del término, nadie osaría incumplirlas, desvirtuarlas o desaplicarlas (37).

Ahora que ya Costa Rica ha aprobado la Convención y, por tanto, se ha incorporado formalmente a la OCDE, queda pues constreñida por su artículo 5 que habilita a dicha Organización para hacer recomendaciones a los miembros. En relación con estas «recomendaciones» se ha dicho que, aún y cuando «no son jurídicamente vinculantes, la práctica sí les reconoce una importante fuerza moral en la medida en que representan la voluntad política de los países miembros y se espera de ellos que hagan todo lo posible para ponerlos en aplicación plenamente» (38).

De manera que, este proceso de incorporación a la OCDE demuestra que el gran reto evolutivo que se le plantea a nuestro Derecho administrativo es su progresiva desestatalización, o, si se quiere, la administrativización del espacio jurídico global (39). Y es que, si bien no han sido propiamente las crisis económicas, socia-

(35) <http://elnuevosiglo.com.co/articulos/10-2013-ingresar-a-la-ocde-es-como-clasificar-al-mundial>

(36) JIMÉNEZ-BLANCO, A. (2012), «Aspectos sustantivos de la regulación bancaria», en la obra colectiva *La Regulación Económica*. En especial, *La Regulación Bancaria*. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo, Madrid: Iustel, pp. 137-144.

(37) Véase sobre el «poder normativo» de la OCDE: Société Française pour le Droit International (2014) *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, París: Pedone.

(38) CAMPANELLI, M. J. (2019), «El derecho administrativo tradicional en el Estado posmoderno: globalización, buena administración y supranacionalidad (el caso OCDE-Colombia)», *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, núm. 21, pp. 201-219.

(39) AUBY, J. B. (2016), *La globalización, el derecho y el Estado*, Sevilla: Editorial Global Law Press.

les o de salud experimentadas durante los últimos años el catalizador de la regulación global, sí que han constituido un verdadero giro copernicano en cuanto a concientizar a la comunidad internacional sobre su necesidad, pues a problemas globales: soluciones globales (40). Es a partir de lo anterior que se ha dado un cambio de paradigma en la regulación tal como la conocíamos, pues ahora, lejos de tratarse de una función inherente a la soberanía del Estado y por tanto regida por un Derecho administrativo doméstico, se ha relativizado, pues ya no son sólo los poderes estatales los que elaboran, establecen y aplican regulaciones, sino también los organismos internacionales que ya existían y que a partir de las diversas crisis han tomado mayor fuerza y preponderancia, a la par de otros tantos que han comenzado a pulular.

Así, la regulación de actividades globalizadas, entre las cuales la financiera y la salud son ejemplos dilectos, ha dejado de ser un asunto de incumbencia exclusiva de los Estados para convertirse en materia de interés internacional o global. La soberanía, tal cual la vislumbró Bodino alguna vez (41), se ha tornado insostenible en este orden mundial en el que nos ha tocado vivir. En lo nacional, entonces, se ha superado que las únicas fuentes sean las del Estado bajo su soberanía y voluntad, para seguir hacia una posmodernidad multinivel en el análisis de fuentes de derecho en el contexto global (42).

Y para muestra varios botones: las normas del Comité de Basilea, las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), las disposiciones de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, las directrices del Fondo Monetario Internacional (FMI), los laudos con efecto extraterritorial que emiten los tribunales arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y, como no, las disposiciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Así, pues, está claro que actualmente, como ha puesto de manifiesto Casese: «La centralidad del Estado a la noción de los poderes públicos se ha convertido en una ilusión» (43).

Nunca antes fue más evidente la porosidad y ralentización de las fronteras de los Estados y su soberanía, pues en el tanto las actividades de sus ciudadanos se realizan en un gran orden económico mundial, la comunidad internacional puede y debe satisfacer también el interés público y general, en aras de evitar externalidades negativas que puedan desembocar en riesgos sistémicos tan nocivos como el de la pandemia de la COVID-19 o la crisis económica del 2007-2008. Esa fuerza vincular de esta nueva regulación global, surgida desde hace muchos años ya, pero reinventada a partir de las recientes crisis, la constituye el «Derecho de la necesidad», que transforma esas «normas imperfectas» que dictan los organismos internacionales –ahora convertidos en reguladores globales– ya no en voluntarias, sino

(40) GÓMEZ, M. L. (2012), «La crisis financiera. Un aviso sobre el alcance de la regulación en Estados Unidos: algunas reflexiones al hilo del informe Squam Lake», en la obra colectiva *La Regulación Económica*. En especial, La Regulación Bancaria. Actas del IX Congreso Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Madrid: Iustel, pp. 469-481.

(41) Vid. BODIN, J. (1986), *Les six livres de la république*. París: Fayard.

(42) FRYDMAN, B. y TWINING, W. (2015), *A symposium on global law, legal pluralism and legal indicators*, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 47, núm. 1, London: Routledge, p. 26.

(43) CASSESE, S. (2005), *Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation*. 37 *New York University Journal of International Law and Politics* 663.

impuestas por una comunidad vital, necesaria, involuntaria, natural e irracional; en suma, en un verdadero orden superior a la suma de sus partes (44).

Y es que, parafraseando lo que alguna vez dijo Barack Obama, si tenemos una estación espacial internacional, de la que son socios rusos, estadounidenses y japoneses, todos a bordo, pues no hay razón alguna para que este mismo esquema de cooperación no pueda ser aplicado aquí en la Tierra, y en nuestro caso, específicamente al Derecho administrativo en aras de un bien mayor a cada Estado (45). Por tanto, no queda más que adaptar el Derecho administrativo a la realidad del mundo globalizado, pero más que apostar por su desestatalización, le apuesto, antes bien, a la administrativización del espacio jurídico global, pues las garantías que solo el Derecho administrativo clásico ofrece, nunca pueden pasar de moda.

(44) PIZA, R. (1998), «El valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos. El Ejemplo de Costa Rica», en *Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio. San José: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citando a de Vitoria, F. (1998), *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de guerra*, Madrid: Tecnos.

(45) «Estamos muy orgullosos del gran trabajo que están realizando nuestros astronautas. Pero una de las cosas más maravillosas es que se trata de una estación espacial internacional. Sé que tenemos socios rusos y japoneses a bordo. Este es un espíritu de cooperación que podemos aplicar también en la Tierra». <http://edant.clarin.com/diario/2009/03/25/sociedad/s-01884328.htm>. Ver la referencia en Gordillo, A. (2009), «Hacia la unidad del orden jurídico mundial», en la obra colectiva *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina*, Buenos Aires: RAP, p. 88.

