

CUADERNOS JURÍDICOS

Derecho Administrativo sustantivo,
procedimental y procesal contencioso
administrativo

Volumen 1

**César
Hines Céspedes**



César Hines Céspedes

CUADERNOS JURÍDICOS

Derecho Administrativo sustantivo, procedimental y
procesal contencioso administrativo

Volumen 1



Licencia Creative Commons

Cuadernos jurídicos. Volumen 1 por Dr. César Hines Céspedes

Se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Índice

Presentación	5
I. La dinamica social como elemento para la interpretación jurídica	9
a. El derecho como método de dominación	10
b. El papel del componente social en la conjugación de intereses	13
c. El componente social en la estructura normativa	18
d. La manipulación jerarquizada en la interpretación	19
e. La valoración metajurídica frente a la interpretación jurídica	20
f. La posición dominante en el planteo práctico de un conflicto jurídico	23
g. La esclavitud a la jurisprudencia frente a la interpretación jurídica	25
Conclusiones	44
2. El fino bisturí de la justicia	47
a. La ideología política del juez: estatista frente a privatista	48
b. El Juez es un oficial de la ley y no de la política	51
c. Los componentes metajurídicos en las desiciones jurisdiccionales: su interpretación y valor	52
c1- Las escuelas jurídicas y su incidencia en la orientación de la justicia	52
c2- El valor del antecedente	55
3. Un derecho administrativo del siglo XXI	66
A-Un nuevo modelo de justicia administrativa	71
I-Valor de la prueba en la justicia administrativa	72
II-La responsabilidad funcional	79
4. La motivación del acto administrativo: análisis de una práctica forense	82
a. El acto administrativo	84
b. El acto administrativo y el efecto mariposa	86
c. Elementos objetivos del acto administrativo	88
c1- El motivo	91
c2- El contenido	95
c3- El fin	96
c4- La motivación	98
Referencias bibliográficas	104

Presentación

Con el presente libro iniciamos una serie de publicaciones que denominamos Cuadernos Jurídicos mediante los que se desarrollarán una serie de temas del Derecho Administrativo sustantivo, procedimental y procesal contencioso administrativo. Aunque los títulos individuales del objeto del estudio sean lingüísticamente similares o iguales a muchos otros que ya han sido estudiados por otros autores, el abordaje es distinto desde la perspectiva material aunque con mínimos matices reproducidos de ideas primarias, pero es únicamente con la finalidad de deslindarlo para su correcto desarrollo, porque no se trata de descubrir lo ya descubierto, sino de acometerlo desde un prisma distinto.

El dinamismo del Derecho Administrativo, consecuencia lógica y razonable de las transformaciones constantes que se producen en el Estado, desde la perspectiva material más que conceptual, conducen al obligado replanteamiento de muchos institutos jurídicos en el escenario público; los contornos ordinamentales y conductuales de las Administraciones públicas han sufrido profundos cambios en el manejo de las cosas públicas; el ejercicio de los poderes políticos ha modificado el comportamiento material sin las reformas legislativas que se esperaba fueran la causa de la transformación, sin embargo, en algunos campos hay una reticencia para ajustar esos cambios desde el plano jurídico.

Pero cuidado, porque lo cambiante es la dinámica de las relaciones jurídicas administrativas; el desafío es la diversa valoración de las conductas administrativas frente a un ciudadano -que no administrado- con derechos, deberes y obligaciones; el tema sustancial es la necesaria implementación de fórmulas interpretativas que validen lo que siempre debió ser y no era: la felicidad de la persona como única y exclusiva finalidad del Estado.

Todo el ordenamiento jurídico, se mire desde el lugar que mejor convenga al observador, tiene como fin -o cuando menos debería ser así- satisfacer a la persona desde la perspectiva emocional, física, profesional, laboral, productiva, lo que fue debidamente desarrollado hace mucho tiempo por el ginebrino Jean Jacques Rousseau con su contrato social, el que se mire desde el ángulo que cada lector disponga, no es otra cosa más que la reducción de la libertad individual para asegurarse -paradójicamente -esa libertad de ser feliz a través de sus propias decisiones, las que el Estado debe garantizar como función esencial considerada para su creación.

En un ejercicio reduccionista del objeto de nuestra atención, como lo es el Derecho Administrativo y el Procesal Administrativo, se tiene que el 12 de marzo de 1966 vio la luz en el ordenamiento jurídico costarricense la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se trata de una norma homóloga de la ley del mismo nombre de España de 1956, traída a Costa Rica como resultado de la tesis doctoral del jurista Gonzalo Retana Sandí. Fue una normativa que aunque cumplió su finalidad en desarrollo del artículo 49 de la Constitución Política, estaba plagada de limitaciones procesales y de fondo con grave penalidad para la justicia administrativa o, lo que es lo mismo decir, para los derechos subjetivos, con especial énfasis y los intereses legítimos en menor escala.

Cuarenta años después del nacimiento de aquella normativa, se decreta un Código Procesal Contencioso Administrativo tendiente a modernizar la ritualidad jurisdiccional cuya fuerza transformadora está en la dinámica y flexibilidad al tramitar la causa para dar respuesta a los conflictos entre la Administración y los administrados (partiendo de la hipótesis de que esta calificación debería estar reservada a las relaciones jurídicas administrativas preexistentes al problema exigente de la participación del juez contencioso); sin embargo, en ambos casos, tanto en los tiempos de vigencia de la Ley Reguladora de lo contencioso administrativo como en la actualidad con el Código Procesal Contencioso Administrativo, la finalidad del legislador tendía a satisfacer en el Derecho fundamental una justicia pronta y cumplida, que dejó de serlo en la dos últimas décadas de vida de la Ley citada y ya también el canon constitucional se está escapando a la capacidad de reacción de los tribunales de la materia con el Código de rito vigente. No obstante, tanto en aquella regulación como en la actual, más allá del tema procesal, están los derechos de fondo que a la postre son los que validan el accionar procesal.

Efectivamente, la mejor norma procesal no sustituye al derecho sustancial al que sirve, como primera y principal función instrumental para una sana aplicación del segundo, de donde la justicia administrativa desaparece si se desconoce, se desaplica, se mal aplica o simplemente se confunden los contenidos de las relaciones jurídicas administrativas, en tanto la solución a un diferendo entre la Administración y cualquiera que sea su contraparte no se encuentra en la norma procesal, que es únicamente el canal para resolverlo, sino a través de los derechos materiales presentes en la relación, salvo los casos calificados de caducidad y prescripción, que asumen en algunas circunstancias, ambas condiciones, la de derecho procesal y de derecho de fondo.

Es ese derecho material el que motiva la presente obra, en concordancia con el amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la última década en el entorno costarricense, conducente a una mayor y obligada profundización analítica sobre los institutos jurídicos consustanciales al Derecho Administrativo, a la par de la constante movilidad de la

Administración hacia esquemas jurídicos novedosos así como la transformación de sus actividades como consecuencia de las demandas sociales como corolario de los avances tecnológicos y científicos, modificadores de los contenidos de la otrora y fuertemente asentada categoría jurídica de servicio público, a lo que se suma, como un elemento adicional que justifica la necesaria reflexión sobre el Derecho administrativo, la escasa o nula atención que prodigan las escuelas de Derecho a otras áreas del saber humano, necesarias y complementarias para su mejor implementación y aplicación.

Estos Cuadernos Jurídicos cuyo primer volumen usted tiene en sus manos, carecen del orden lógico sistemático de los Tratados de Derecho, porque no lo son ni lo serán; se trata por el contrario, de temas concretos, cotidianos, productores de frecuentes conflictos pero de poco análisis, posiblemente que la culpa de esa escasa profundidad se deba al volumen de litigiosidad y resulta más práctico resolver los enfrentamientos bajo una misma línea para aligerar el paso, pero esa inclinación -en caso que fuera ese el verdadero motivo- es injustificada por cuanto cada problema tiene su propio ADN o lo que es lo mismo, lo que en doctrina se ha llamado el hecho diferenciador, razón por la que la diferencia resolutive debe ser también la lógica conclusión, sin perjuicio del asentamiento de principios generales del Derecho Público que resulten aplicables o construibles a partir de interpretaciones generales del ordenamiento jurídico.

Como señalara Rubio Llorente, la primera aparición de las ideas es un fenómeno insólito del que los hombres no somos protagonistas jamás porque siempre las tomamos de otros, de modo que la naturaleza del presente trabajo, nos inhibe de anteponer citas, que pese a su simbolismo como una prueba de gran erudición, en esa misma medida podrían ser una fotografía de la indigencia intelectual para desarrollar dos o tres ideas que solamente tienen de extraordinario su traída a escena; sin embargo -honestidad obligada- incluimos un listado de algunas referencias bibliográficas que nos han servido de inspiración.

LA DINÁMICA SOCIAL COMO ELEMENTO PARA LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA





LA DINÁMICA SOCIAL COMO ELEMENTO PARA LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Una ciencia del Derecho rigurosa se distingue de lo que de ordinario se denomina ciencia jurídica por tomar a esta última de objeto, acto en el que se aleja de la alternativa que domina el debate científico a propósito del Derecho, entre el formalismo que afirma la autonomía absoluta de la forma jurídica en relación con el mundo social y el instrumentalismo que concibe el Derecho como una herramienta al servicio de los dominantes. La ciencia jurídica tal como la conciben los juristas y ante todo los historiadores del Derecho, se identifican y se confunden con la historia del desarrollo interno de sus conceptos y de sus métodos, por lo que el Derecho se torna un sistema cerrado y autónomo cuyo desarrollo solo puede ser comprendido conforme a esa dinámica interior.

La reivindicación de la autonomía absoluta del pensamiento y de la acción jurídica se afirma en la constitución en teoría de un modo de pensamiento específico, totalmente eximido del pensamiento social; de ahí que la tentativa de KELSEN de fundar una teoría pura del Derecho no es sino el límite del esfuerzo de todo el cuerpo de juristas para construir un cuerpo de doctrinas y de reglas totalmente independientes de sujeciones y presiones sociales que pretendían encontrar en sí mismo su propio fundamento. El desarrollo de este autor (fundado sobre el postulado de la autolimitación de la investigación, únicamente al enunciado de las normas jurídicas, excluyendo todo dato histórico, psicológico o social y toda referencia a las funciones sociales que puede asegurar la puesta en escena de esas normas) es muy parecido a aquel que fundaba la teoría pura de la lengua sobre la distinción entre la lingüística interna y la externa; es decir, sobre la exclusión de toda referencia a las condiciones históricas, geográficas y sociológicas del funcionamiento de la lengua o de sus transformaciones.

La preocupación por ubicar al Derecho en el lugar profundo de las fuerzas históricas impide aprehender en su puntualidad, el universo social específico en el que se produce y desarrolla. Para romper con la ideología de su independencia y del cuerpo judicial es necesario tener en cuenta lo que dos visiones antagónicas, internalista y externalista, ignoran en común: la existencia de un universo social relativamente

independiente en relación con las demandas externas, en cuyo interior se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio pertenece al Estado. Para internarnos en ese laberíntico conflicto como siempre lo es la interpretación jurídica, resulta necesario hacer una exégesis primaria de lo que acontece en el espacio energético del Derecho frente a quienes ostentan el monopolio de su conocimiento, no desde la perspectiva del técnico que maneja los rudimentos materiales de su arte, sino desde la concepción globalizadora encerrada -paradójicamente- en el estrecho marco de su aplicación.

a. El derecho como método de dominación

Podemos enfocar este tema a partir de Thoreau y su desobediencia a las normas emitidas por el Estado de Massachussets que permitía la esclavitud, las que, a pesar de su validez formal por el cumplimiento del procedimiento creativo, no gozaban de legitimidad y, por lo tanto, debían ser desobedecidas como un acto primario para procurar su reforma. Ese principio de desobediencia civil, que fue posteriormente seguido por Gandhi, plantea dos hipótesis: desobedecer el ordenamiento que aunque válido es injusto, o bien, exigir su correcta aplicación sin interpretaciones torcidas que den al traste con la lógica del sistema y los principios democráticos encerrados en su espíritu, como lo llevó a cabo Luther King en su defensa por los derechos civiles de los negros en Estados Unidos.

El campo jurídico es el lugar de una concurrencia por el monopolio del derecho de decir el Derecho, esto es, la buena distribución o el buen orden en el que se enfrentan agentes investidos de una competencia inseparablemente social y técnica, que consiste en esencia, en una capacidad socialmente reconocida de interpretar de manera más o menos libre y autorizada un corpus de textos que consagran su visión legítima y recta del mundo social. Como el texto religioso, filosófico o literario, el texto jurídico es un objeto de luchas dado que la lectura es una manera de apropiarse de la fuerza simbólica que se encuentra encerrada en estado potencial. Pero, por más que los juristas puedan enfrentarse a propósito de textos cuyo sentido no se impone nunca de manera absolutamente imperativa, permanecen inmersos en un campo fuertemente integrado de instancias jerarquizadas, en condiciones de resolver los conflictos entre los intérpretes y las interpretaciones cuasi impuestas por aquellos.

Como la Iglesia y como la Escuela, la justicia organiza a través de una estricta jerarquía, las instancias judiciales y sus poderes, así como sus decisiones e interpretaciones en que se fundamentan, también las normas y las fuentes que confieren autoridad a las decisiones, a lo que se deben agregar a otros que se encuentran en parecida posición, aunque carentes de un interés subjetivo, como los profesores, los teóricos o juristas que se decantan por la puridad jurídica, marginando los demás ingredientes que sazonan la realidad. La historia comparada del Derecho permite observar que, según las tradiciones jurídicas y los momentos en el seno de una misma tradición, las jerarquías varían entre las clases de agentes jurídicos que a su vez varían considerablemente según las épocas, las tradiciones nacionales, según la especialidad.

Las distintas categorías de intérpretes autorizados tienden siempre a distribuirse entre dos polos extremos: por un lado, la interpretación orientada hacia la elaboración puramente teórica de la doctrina, monopolio de profesores o juristas puros que están encargados de enseñar las reglas en vigor bajo una forma normalizada y formalizada; por otro lado, la interpretación orientada hacia la evaluación práctica de un caso particular, patrimonio de los jueces que llevan a cabo los actos de jurisprudencia que contribuyen a la construcción jurídica. En esa dinámica productiva, la sociabilidad equidistante pretendida por el Derecho a partir de un conflicto de intereses, marcaría una inclinación a favor de la interpretación académica, del profesor, del teórico, por carecer -en principio- de intereses subjetivos vinculados al conflicto para la elaboración de una respuesta. Sin embargo, esa pretensión purista no puede ni debe bastar, porque se enfrenta al problema de su adecuación a los hechos, necesarios para generar la causa ante cuya inexistencia el Derecho no se dinamiza, porque la moldeabilidad de este se opone a la inflexibilidad de los hechos que conducen a un ejercicio de tipificación.

Por otro lado está la visión pragmática del intérprete dinámico e incorporado a la actividad material de ejercitarlo, que tiene el inconveniente de visualizar el conflicto y sus soluciones con prescindencia de las concavidades desarrolladas por el Derecho en su proceso de crecimiento, cuya interpretación debe i aparejarse en la teoría y la práctica; es decir, debe buscarse el elemento convexo que complementa la norma con los hechos, porque la significación práctica de la ley no se determina realmente, sino en la confrontación entre diferentes cuerpos impulsados por intereses específicos divergentes -jueces, litigantes, profesores- y divididos a su vez en grupos diferentes impulsados por intereses distinguidos y nominados por su posición en la jerarquía interna del cuerpo, que se corresponde con la de los intereses que protege en su jerarquía social. El Derecho surge

así como el método racional para legitimar el ejercicio del poder de los grupos académicos -en menor grado- políticos o económicos, alentados por un Estado rendido ante aquellos, quienes a su vez integran las más elevadas posiciones de los centros de poder.

Históricamente, se ha reflejado en la construcción del ordenamiento, que la fortaleza económica ha sido facilitadora de ciertos espacios en el orden social conductor al poder, como se extrae de la larga lista de Constituciones de Costa Rica, otorgadoras de acceso a los cargos públicos solamente para quienes poseyeran un mínimo de riqueza o rentas como las definían aquellas Cartas, convirtiendo en un círculo vicioso las regulaciones estatales. Las presiones a las que son sometidos los centros de poder del Estado para la imposición, derogación o modificación del ordenamiento tendiente a salvaguardar los propios intereses, no puede dejar de ser un elemento diferenciador en la interpretación normativa, porque a partir de su reconocimiento se logra extraer el espíritu reinante en la decisión política.

El debate jurídico sobre el contenido normativo del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos o la discusión legislativa sobre quiénes, cómo, cuándo y en qué cantidades debe ser gravada la riqueza o las empresas en Costa Rica, discutido en los planes de reforma fiscal, no puede establecerse a partir de un análisis purista frente al orden jurídico interno, porque la adaptabilidad interpretativa de las normas le permiten oscilar. Por eso el desafío presente en esa discusión que trasciende lo interpretativo y analiza el conflicto de castas que desnudará el poder de dominación de unos sobre los otros y esa supremacía establecerá el modelo de interpretación que deberá ser tomado por el agente jurídico en el momento de su argumentación.

Como señalara Bourdieu, el verdadero legislador supera al redactor de la ley y es el conjunto de agentes que, determinados por los intereses y sujeciones específicas asociadas a sus posiciones en campos diferentes -jurídico, religioso, político entre otros- elaboran aspiraciones o reivindicaciones privadas y oficiosas, las elevan a la categoría de problemas sociales que estructuran y organizan a través de artículos de prensa, literatura, manifestaciones, peticiones y marchas destinadas a hacerlas avanzar. En este contexto juega un papel fundamental el poder mediático de los protagonistas de esa lucha, al punto en que en el mismo ordenamiento se han debido incorporar regulaciones -como el Código de Ética del Colegio de Abogados- para disminuir la capacidad seductora de quienes poseen los medios, en aras de la neutralidad que en principio se le exige al Derecho y al juez.

b. El papel del componente social en la conjugación de intereses

La interpretación jurídica tiene su origen más allá de la lectura de la norma en su puridad textual o conceptual frente a unos contenidos previamente determinados en el lenguaje jurídico para llegar a su significación, dada la instrumentalidad de la que está dotada. Es en el aspecto social donde aparenta tener su génesis, porque según sea la escala social del intérprete o de los intereses que el intérprete representa, así será su valoración para extraer del conjunto normativo al que se acude en busca de seguridad, de equidad o de justicia, los elementos sustanciales en los que se basa su petición o defensa; en donde el Derecho es un instrumento de dominación legitimado por el Estado, decretado a su vez por quienes tienen el poder de decisión, la interpretación puramente ontológica del texto de la norma desaparece para dar espacio a una desmembración a partir de razonamientos históricos y sociales que le dieron origen. No siempre fue así ni lo será en su más estricta esencia, pues el Derecho como todo instrumento, no encierra per se la justicia, sino que esta nace a partir de la utilidad que el agente extraiga de sus contenidos para acercarse a una acción que más divina que terrenal, requiere de grandes dosis de altruismo intelectual.

La proclama de Emancipación de Abraham Lincoln establecía que a partir del 1 de enero de 1863 los negros esclavos sureños gozaban de plena libertad y se intentó poner en ejecución a través de las Enmiendas décimo tercera, décimo cuarta y décimo quinta a la Constitución Federal, por las que se abolían la esclavitud, (décima tercera) se garantizaban la ciudadanía de los negros otorgándoles igual protección de las leyes instaurando en su favor el debido proceso legal (décima cuarta) y su derecho al voto (décima quinta). Esas enmiendas tomadas en tiempos de guerra, encuentran resistencia de parte de los vencidos, como siempre sucede, por lo que fue hasta casi cien años después de su proclamación y su poca efectividad real, que se reclamó su exigencia ante la Corte Suprema de Justicia. El planteamiento de los Estados Federados opuestos a la aplicación de una igualdad real no constituía según su interpretación, una desobediencia al texto de la Constitución, pues se concedían a los negros los mismos derechos que a los blancos -cuando menos en apariencia- pero segregados. La elevada cámara en su interpretación de la Carta Magna norteamericana señaló que los servicios segregados no implican necesariamente inferioridad de una raza con respecto a otra pues lo único que exige la ley es que los servicios suministrados a una raza sean iguales a los suministrados a la otra, salvo el voto

del Juez Marshall Harlan, quien declaró a la Constitución como es daltónica (porque es incapaz de distinguir en cuestiones de color) tesis que posteriormente triunfaría.

La interpretación históricamente literal fue la regla en los planteamientos ante la Suprema Corte de los Estados Unidos, sino en su fase inicial, cuando menos fue el más publicitado cuando el Juez Taney en el caso Scott de 1857 señalaba que los términos contenidos en la Constitución no deben ser considerados como expresiones técnicas de carácter especializado, sino que extraen su legitimidad del hecho de que en su día fue aprobada por el pueblo (lo que es absolutamente falso en el caso de la Constitución Federal de los Estados Unidos) por lo que hay que otorgar a los términos incardinados en ella, el sentido que *tenían para la opinión pública del tiempo en que fue aprobada*, porque interpretarla en el sentido que tienen en el tiempo actual supondría dejar de ejercer una función puramente jurisdiccional para pasar a ser un portavoz de la opinión pública, operando de modo ilegal e ilegítimo. Ese corte interpretativo fue modificado, generosamente por el Juez Burton al espetarle al procurador estatal de que la simple posibilidad de que las condiciones sociales y económicas de la nación han cambiado tanto en setenta y cinco años, que la interpretación válida en aquella oportunidad de la décima tercera enmienda, ya no lo sea en el momento del conflicto.

El comportamiento interpretativo de ese elevado Tribunal en el primero de los casos señalados es un ejemplo claro de una aplicación injusta del Derecho, aunque jurídicamente válida por el poder de imposición de quien emite la resolución, sin que ello implique necesariamente que sea la correcta. La violencia simbólica que exuda ese enfoque a pesar de la arbitrariedad extrínseca, encuentra amparo en la legitimidad que le otorga el Estado, lo que corregido varios años después, donde se señaló como punto esencial de esa nueva retórica, que las transformaciones sociales y económicas que sufre la sociedad hacen formal y materialmente inviable la solución anterior. De ahí la imposibilidad formal y material de que los conflictos jurídicos sean resueltos sobre la base de decisiones generalizadas porque siempre habrán diferencias intrínsecas y extrínsecas que demandan una satisfacción distinta, desde el simple hecho que el intérprete final sea diferente hasta el tema del funcionamiento del sistema jurídico, que como lo señalara Gutiérrez Gutiérrez, el origen social de los jueces tiene una incidencia vital en su personal visión del Derecho y a partir de esa conciencia de clase, su aplicación, a lo que se agrega la visualización de los hechos frente al espectro social y cultural con los que deben compararse.

Esa configuración de las escalas interpretativas a las que se somete al Derecho según sea la particular visión del mundo que profese el intérprete, permite suponer,

pero que no por ello representa una inclinación absoluta hacia ese lado, que la tendencia a poner el acento sobre la sintaxis de la teoría pura, es sobre todo una inclinación de los teóricos, los profesores, mientras que la atención pragmática es más probable entre los jueces. La fuerza misma del cuerpo jurídico, particularmente su grado de formalización y normalización depende de la fuerza relativa de los teóricos y de los prácticos, de los profesores y de los jueces, de los exégetas y de los expertos, en las relaciones de fuerza características de un estado de enfrentamiento continuo donde se demuestra su capacidad para imponer su visión de la sociedad y de la interpretación del Derecho frente a aquella imagen.

Se comprenden las diferencias sistemáticas que separan la tradición romano-germánica de la angloamericana, siendo en la primera donde las grandes construcciones jurídicas tienen una relevancia superior, por la clara dominación de la alta magistratura -estrechamente ligada a los profesores- sobre los jueces que son más proclives a reconocer la legitimidad de aquellas construcciones. En la tradición angloamericana, el Derecho está construido sobre una base jurisprudencial basado en la regla del precedente, con una primacía de los procedimientos cuyo dominio es una cuestión de práctica sumada a las técnicas de aprendizaje, que procuran aproximarse a la realidad profesional a través del método del caso que se usa en las Escuelas de Derecho. El estatuto de la regla no pretende fundarse en una teoría o en una ciencia racional sino que aspira solamente a darle solución a un conflicto, adquiriendo un marcado casuismo en las aplicaciones particulares, por lo que es comprensible que el gran jurista en esta tradición, nace dentro de las filas de los prácticos y no de los constructores.

Nuestro desarrollo histórico en la tradición romano-germánica, con algunos acercamientos a la vertiente angloamericana, sobre todo en el campo del Derecho Constitucional, conducen a una dinámica aplicativa diferente a la de los jueces que solamente buscan la solución del caso concreto, para establecer -e imponer- una ideología interpretativa considerada como la solución satisfactoria para todos, a modo de catarsis colectiva por la solución dada a la causa. La línea del pensamiento jurídico para imponer las ideologías políticas y jurídicas en cuanto al método de interpretación considerado válido tiene su centro vital en el recurso de casación instaurado inicialmente para el obligado respeto a la ley formal en su sentido literal, para transformarse ahora en la ley misma, puesto que son las sentencias de los tribunales de mayor jerarquía los que ahora dicen e imponen lo que quiere decir la ley, transformando el procedimiento legislativo en una etapa más de la construcción de la ley, pero el cierre o punto final lo establecen

los jueces, como se en la nueva justicia contencioso administrativa, donde el legislador eliminó el formalismo excesivo en el recurso de casación e impuso requisitos mínimos para su valoración mientras que los jueces reacios al cambio, dejaron sin efecto el decreto legislativo y resuelven apegados al viejo sistema del proceso civil.

De esta manera, al Derecho lo disuelven en dosis particulares hasta llegar a un punto de convergencia asimilable y aceptable para todos, una especie de *concilio* por el que los sumos sacerdotes dictan sin oposición, la regla, cuya modificación está proporcionalmente limitada a la medida del poder o en sentido inverso, cuando la decepción por los resultados finales del ejercicio del poder conduce a la modificación de las cerradas estructuras en que se ejercita. La denominada justicia constitucional es una fuente de ilustración sobre lo señalado. La Sala Constitucional inició su periplo jurisdiccional con una apertura sustancial en la interpretación de los derechos fundamentales al punto que acogió un cien por ciento de las reclamaciones interpuestas ante sus infracciones, las que fue declinando paulatinamente a medida que consolidaba su poder en la estructura del Estado cuya consecuencia es la inversión del proceso interpretativo, ahora los derechos fundamentales son lo que disponga y asuma ese Tribunal y no lo que estos contienen en su representación constitutiva o lo que es lo mismo decir, dejaron de ser lo que el Constituyente dispuso como objeto de protección para convertirse en lo que esa Cámara judicial considera, de manera casuística, lo que deben ser, invirtiendo la dinámica social en la que la línea democrática establecía que la sociedad a través de sus representantes populares decreta las reglas de acatamiento obligatorio para todos, incluyendo los poderes públicos, pero ahora esas pautas generales se originan en esos poderes fácticos democráticamente deslegitimados.

Es difícil no ver la complementariedad funcional en el conflicto permanente entre las pretensiones que concurren por el monopolio del ejercicio legítimo de la competencia jurídica: los teóricos del Derecho tienden a su teoría pura como un sistema ordenado, autónomo y autosuficiente, ajeno a las incertidumbres propias de su génesis práctica nacida de la reflexión fundada en consideraciones de coherencia y justicia: los jueces y otros prácticos están más vigilantes en las potenciales aplicaciones a situaciones concretas, orientándolo a una suerte de casuística para oponer a los grandes tratados teóricos, los instrumentos de trabajo que están más adaptados a las exigencias temporales, tales como la jurisprudencia, formularios, diccionarios y hasta bancos de datos. De esta manera se pretende asegurar la función de adaptación a lo real, para no correr el peligro que produce el riguroso teoricismo. Esa considerable parcela de libertad de apreciación permisible en la aplicación de las reglas dan cabida a las indispensables innovaciones para la supervivencia

del sistema, apartado prudencialmente de la rigidez conceptual de los teóricos a los que debe abonársele que su trabajo de racionalización y formalización al que se somete el cuerpo de reglas, constituye una función de asimilación para asegurar la coherencia a través del tiempo, del conjunto sistemático de principios y reglas.

El trabajo del jurista en la tradición romano-germánica, es la de poner en forma los principios y las reglas implicadas en esas prácticas elaborando un cuerpo sistemático de reglas fundadas en principios racionales con un destino aplicativo universal, construyendo una ciencia nomológica que enunciaría científicamente el deber-ser con su exégesis facilitadora en la racionalización del derecho positivo, extrayendo de los textos y sus concordancias las consecuencias no previstas que servirían para cubrir las denominadas lagunas del Derecho asegurando la coherencia del ordenamiento jurídico. La combinación necesaria entre esas dos fuentes de interpretación jurídica -los teóricos y los prácticos- sugiere la complementación de lo teóricamente racional con la realidad imperante en la dinámica social, que a su vez, se desarrolla bajo la égida de una subyacente e inconsciente dominación de clase, que inutiliza la metodología jurídica estrictamente racional, porque la aplicación de una regla de Derecho a una situación concreta resulta de la confrontación de pretensiones antagónicas entre las que el tribunal debe escoger.

La consecuencia de lo anterior es la modificación de los criterios doctrinarios históricos sobre ciertos institutos procesales cuya funcionalidad era otorgar coherencia interpretativa para la seguridad jurídica, sin embargo, complementadas la realidad y la teoría, dejan ver la inexistencia de dos casos iguales que deriva en la inaplicación de la regla del precedente desde su dimensión racionalista porque en mucho depende del desarrollo social del juez -en su síntesis económica, política, cultural- que lo llevará a no extender la regla creada jurisprudencialmente al nuevo caso. De ahí que considerar el recurso de casación como el remedio procesal para decir el Derecho a través de una uniformidad interpretativa, es absolutamente incoherente con la realidad teórica-práctica del Derecho, que no puede separarse de sus componentes extra jurídicos para que sea lo que debe ser: un instrumento al servicio de la justicia.

La existencia de reglas escritas reducen el espacio de maniobrabilidad por el que las conductas de los agentes pueden plegarse en términos más o menos ajustados a las exigencias de la ley, para lo que se requiere del contralor judicial, una función creativa pero ajena a la arbitrariedad. A pesar de lo anterior, la (de)formación académica y la (mal)formación profesional producen una abdicación del ejercicio de esa libertad de apreciación e interpretación de la que teóricamente tiene como atributo inherente al

cargo, para limitarse a una aplicación codificada sobre situaciones *no codificadas* con interpretaciones codificadas, para lo que acude a modo de fuente, a la exposición de motivos de la norma, la doctrina o la jurisprudencia, que pese a su legitimidad original para facilitar la solución, representan solamente alguno de los medios de los que dispone para acercarse a la justicia.

Por la extraordinaria elasticidad del Derecho, la operación hermenéutica adolece de una considerable libertad, donde resulta comprensible que por su docilidad, adaptabilidad, flexibilidad y su polimorfología, sea utilizado para contribuir a racionalizar ex post decisiones en las que no ha tenido participación. Los juristas y los jueces ubicados en categorías aplicativas diferentes, tienen la posibilidad de explotar a su favor la polisemia o la anfibología jurídica a través de la *restrictio*, como procedimiento necesario para dejar de aplicar una norma que en sentido literal debe ser aplicada o por la *extensio*, que permite aplicarla cuando exegéticamente se indique lo contrario, o incluso, recurrir a otras técnicas, como la analogía, la separación entre la letra y el espíritu o finalidad de la norma, que facilitan la obtención de respuestas mejor ajustadas a las situaciones que reclaman solución práctica sin desconocer los parámetros jurídicos.

c. El componente social en la estructura normativa

La estructura y construcción del ordenamiento jurídico no escapa a la manipulación social que la precede, por ser esta -como lo señalara de manera menos frontal, Recasens Siches- la génesis ordinaria de toda regulación con la que se pretende resolver un conflicto y preparar las respuestas para los futuros. De esta forma, en la conformación de esa edificación normativa desaparece la pureza del teórico, porque la norma resultante está empapada de los acontecimientos, eventos, actos y hechos que la originan, que a su vez, sufren mutaciones por las diversas interpretaciones que de ellos se hace a través de las variadas operaciones transformadoras: discursos, comentarios, análisis, reclamaciones, etc. Desde esta perspectiva, el operador jurídico está obligado a comprender el entorno social en el que se produce, interpreta y aplica la norma, que en la mayoría de los casos no es producto del análisis sereno, pausado y profundo sobre los requerimientos de la sociedad, sino de la premura por cubrir un espacio que una situación momentánea, temporal y llamativa demanda o para atender las conflagraciones políticas. Se tienen así una gran

cantidad de reformas constitucionales, convenios, leyes o reglamentos que obedecen a una situación temporal y circunstancial, que debilita la potencia intrínseca que debe tener toda norma, desvalorizándola en su dinámica aplicativa frente a sus destinatarios¹.

La reforma sufrida por el artículo 132 de la Constitución Política en 1968 obedeció a un cálculo político ajeno a los valores de la Carta, como también tuvo una incidencia extraordinaria, la consolidación de los Derechos Humanos como parámetros para la interpretación constitucional propulsados por los Estados democráticos que luego fueron utilizados como argumento para anular esa reforma por parte de la Sala Constitucional en el año 2003, a pesar que el tema de la “reelección” es ajeno a los derechos humanos. La Convención Interamericana contra la Corrupción es un cuerpo normativo nacido no por iluminación sino para intentar frenar el deterioro de las estructuras del Estado en manos de personajes inescrupulosos que perdieron el norte de su misión; las reformas que se pretenden realizar a las leyes electorales se discuten a la luz de los actos cometidos por algunos partidos políticos en la campaña política para el período 2002-2006; la creación de un cuerpo normativo específico para juzgar la violencia intrafamiliar tiene su origen en dos espacios extrajurídicos: a) el acceso a una mayor información sobre el fenómeno, y; b) a una mayor presencia femenina en el Congreso. Estas y otras leyes de similar origen permite visualizar que la interpretación jurídica demanda una integración con el componente socio-cultural circundante que será el fiel de la balanza para determinar el nivel y trascendencia valorativa que se reconocerá a los elementos objetivos del ordenamiento como modelos de conducta.

d. La manipulación jerarquizada en la interpretación

La idea de una manipulación consciente del Derecho o de sus reglas es desechable porque a lo que nos enfrentamos es a una guerra intelectual simbólica entre profesionales dotados de capacidad técnica y social desiguales con posibilidades desiguales para movilizar y utilizar eficazmente para el triunfo de su causa, los recursos jurídicos disponibles para la exploración y explotación de las reglas posibles. El efecto jurídico de

¹ Como sucedió cuando el tema de la corrupción que se puso en boga y dio lugar a la emisión de una serie de leyes relacionadas con el tema, tales como la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito y la Ley de control interno.

la norma en su significación real queda determinado por la relación de fuerza específica entre los contendientes que es proporcionalmente correlativa a la relación de fuerza entre los justiciables representados por aquellos, debiéndose la decisión judicial más a las disposiciones ético-sociales de los agentes que a las normas puras del derecho. La racionalización y normalización de la teoría jurídica le confiere una eficacia simbólica que se ejerce en toda acción, cuando por la inconsciencia de unos y la capacidad de otros, una fuente arbitraria se transforma en legítima, donde -salvo estrecha vigilancia- la necesidad lógica de su legitimidad formal tiende a contaminar el contenido al impregnarlo de ritualismos arcaicos -como el juramento- pero que representan aquella eficacia simbólica del Derecho racional. En ese ritual se exalta la autoridad del acto interpretativo que bajo formas sublimes de legitimación produce la sensación de que la decisión expresada en la resolución no es la voluntad y la visión mundana del juez, sino la voluntad del legislador, al punto que se ha sostenido que la Constitución Política no dice lo que dice sino lo que los magistrados -intérpretes- dicen que dice².

e. La valoración metajurídica frente a la interpretación jurídica

El fin de la norma jurídica consiste en lograr que los sujetos cumplan o realicen la conducta que aparece ordenada o mandada; que respeten la vida e integridad física del prójimo, que no se apoderen de los bienes ajenos, que cumplan los contratos voluntariamente firmados, que satisfagan sus obligaciones familiares, etc. Una competencia jurídica que otorgue el dominio técnico de una materia alejada de las calificaciones del sentido común, supone de entrada, eliminar las soluciones provenientes de los no especialistas y la revocación espontánea de su interpretación de los hechos frente a su visión del asunto, sin que en estas variables tenga ninguna relación el manejo de un lenguaje especial. El lenguaje común pierde su significación ordinaria a partir del momento en que los eruditos le otorgan una significación especial, dado que el lenguaje jurídico consiste en el uso muy particular del lenguaje ordinario, donde las palabras y frases pierden su estado natural para convertirse en postulados de carácter universal fácilmente digeribles para quienes se familiaricen con

² A pesar de que se ha querido atribuir esa expresión a la Sala constitucional, lo cierto es que fue pronunciada por primera vez en 1910 por el Chief Justice Charles Evans Hughes de la Corte Suprema de Estados Unidos.

ellos en razón de su ciencia. Eso permite que el lenguaje jurídico emplee una palabra para nombrar cosas diferentes a las que esa palabra significa en el uso común, sin que se presente una colisión homonímica, por el hecho que los dos usos están asociados a posiciones lingüísticas exclusivas en su campo, lo que facilita su percepción en uno u otro estado de aplicación. Esta es la discordancia que produce los malentendidos entre los usuarios de un código especializado y los profanos, a nivel sintáctico como en el lexicológico; malentendidos que son más llamativos cuando las palabras del lenguaje ordinario son desprovistas de ese sentido, esto es, funcionan para el neófito como una estafa lingüística.

En esta confusión semántica que impide -por principio- darle el verdadero sentido a la norma, el juzgador ocupa una posición neutral, nacida del distanciamiento y de la desrealización del enfrentamiento directo entre los implicados, para transformarlo en un mediador en tanto que tercero indiferente al resultado del litigio pero preparado para aprehender las realidades vivas sobre las que debe manifestarse, con aplicación de los textos y los precedentes testificados que lo ubican en esa distancia neutralizante. El recurso legal implica el reconocimiento de una definición de las formas de reivindicación o de lucha que privilegia las individuales (para diferenciarlas de las sociales, por lo que el término individual no está aplicado como sinónimo de singular) por encima de otras pautas de reclamación. Con fundamento en lo recién expuesto, se transforman los conflictos de intereses en intercambios reglados basados en argumentos racionales entre sujetos en principio jurídicamente equiparados con renuncia tácita a la justicia personal, para lo que se demanda personal especializado e independiente de las personas o de los grupos sociales en conflicto, es el encargado de organizar según las formas codificadas, la expresión de los conflictos y darles la solución socialmente reconocida como imparcial, porque están definidas según las reglas formales, coherentes e independientes de los antagonismos inmediatos.

De esta manera, el tribunal resulta un espacio perfectamente separado e identificado que convierte el conflicto en un diálogo de expertos en un proceso cuyo desarrollo ordenado tiende a la búsqueda de la verdad -formal o material según sea la naturaleza del sumario- aparejado al efecto simbólico que da margen a la construcción de un acto jurídico fundado en la aplicación racional de una norma universal y científicamente razonada. Según sea la ubicación intelectual ocupada -jurista, profesor, litigante o juez- ante el especialista se alza un poder trascendente e irreductible de enfrentamiento entre visiones particulares del mundo que no es otra cosa más que la estructura y el funcionamiento del espacio socialmente establecido para ese enfrentamiento. De ahí deriva que la interpretación siempre estará pergeñada de ese elemento individual de la percepción externa que

tiene el operador jurídico que lo obliga a entrar en el juego y aceptar jugar con las reglas preestablecidas, esto es, donde remitirse y fundarse en el Derecho para solucionar el conflicto es aceptar tácitamente la adopción de un modo de expresión y de discusión en desaplicación de la violencia física o de la simbólica, como en el caso de la injuria.

La aceptación existencial de los elementos diferenciadores expuestos *ut supra*, emparejan con otro componente que es la capacidad de realizar las construcciones jurídicas del objeto de estudio, si se considera que los *hechos* se transforman en *hechos jurídicos* por la construcción jurídica y no a la inversa; esa transmutación es de rigor para que esas situaciones fácticas con forma jurídica sean sometidos al escrutinio requerido, aunque esté basada a su vez por los hechos en su estado natural, porque habrá causa jurídica solamente cuando los hechos sean relevantes para el Derecho. Esa relevancia no es un proceso objetivo sino el resultado de la visión dominante de la sociedad (particular o universal), pues -muy a pesar de los teóricos del Derecho natural que atribuyen un espacio irreductible a favor de la persona por el simple hecho de serlo- no deja de ser una paradoja que ese reconocimiento haya sido únicamente a través del Derecho positivo. Implica sin necesidad de ningún esfuerzo extraordinario, que todo derecho es producto de una decisión humana y como tal, pergeñado de las fortalezas y vicios del hombre con reglas cargadas de los sentimientos y emociones de sus constructores, cuya valoración debe considerarse al momento de su análisis y aplicación.

La estructura jurídica de una sociedad liberal, tolerante, pluralista y con una economía fuerte, podrá ser semejante en formas y contenidos al de otra pero la diferencia existencial de los integrantes de esta segunda y de sus valores, generará consecuencias prácticas propias de esos rasgos sociológicos y el intérprete no puede hacer caso omiso de esa realidad. A modo de ejemplo de lo expuesto, el artículo 164 del Código de Familia de Costa Rica³, define los *alimentos* a través de un modelo para determinar su contenido y señala que *se tomarán en cuenta las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para su normal desarrollo físico y síquico (sic), así como sus bienes*. La norma en cuestión facilita herramientas al intérprete y un poder simbólico a los contendientes al dejar un espacio disponible para determinar el *quantum* conforme a circunstancias particulares y mantener así su natural heteronomía aunque no sus efectos y consecuencias.

³ Artículo 164: "Se entiende por alimentos lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien ha de darlos. Se tomarán en cuenta las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para su normal desarrollo físico y síquico, así como sus bienes".

f. La posición dominante en el planteo práctico de un conflicto jurídico

El ingreso al espacio judicial implica exigencias para quienes participan de su movimiento. Dichos requisitos pueden resumirse así: a) la necesidad de llegar a una decisión, b) dos contendores ubicados en cada categoría exigida por el procedimiento -defensor y atacante- y; c) una consecuencia del ejercicio del poder solapado que emerge de los precedentes, los que cuando su aplicación es la regla se convierten en una camisa de fuerza que podría entrañar distorsiones de una realidad diferente temporal y espacialmente a la realidad que originó ese antecedente jurisdiccional. Utilizar la jurisprudencia o como en el sistema angloamericano, aplicar obligatoriamente el precedente para dirimir el conflicto, implica utilizar la racionalización individual como instrumento de sofocación general, con el agravante de que el mismo precedente puede ser utilizado para defender tesis opuestas por su diversidad y ambigüedad interpretativa que permite elegir la mejor adaptada a una causa determinada. El *stare decisis* o la regla del precedente debe servir, más como un medio objetivo para evitar resoluciones arbitrarias y menos como una fórmula de aplicación automática a situaciones sobrevivientes y diferentes, tanto por su esencia temporalmente diversa, como por la imposibilidad material de amparar dos situaciones semejantes aunque no iguales, sucedidas en tiempos y condiciones disímiles.

El sentimiento de injusticia o de quebranto a una situación particular percibida por los sujetos, se profundiza cuanto mayor sea su posición en el contexto socioeconómico, cultural y político en que se desenvuelven, convirtiendo lo que podría consistir una simple queja en una disputa judicial según sea su nivel de sensibilidad. La estrecha vinculación entre esa sensibilidad y el espacio social ocupado por el individuo, permite al especialista transformar la esa acción que en circunstancias normales pasaría desapercibida, en una acción típica, imputada o imputable a un tercero, a través de un proceso de construcción de la realidad, pero no de cualquier realidad sino la realidad del ofendido valorada conforme a su proceso individual de desarrollo social. Esa experiencia calificada como injusta descansa en el sentimiento de tener derechos que han sido conculcados para los que la labor del juez es la de revelar esos derechos; la de condenar la injusticia percibida o simplemente desaparecer ese estado anímico del ofendido a través de su rechazo y condena. En suma, se trata de la manipulación de las aspiraciones jurídicas desanimando o animando la defensa judicial, ampliándolas o desalentándolas a través de una transformación de los

contenidos del lenguaje, el que manteniendo su condición de instrumento ordinario de comunicación, facilita el encaje de la persona, la acción o los hechos en una categoría legal. Estas construcciones como señalara Perelman, parten de unos juicios de valor inmersos en la interpretación jurídica, ineliminables del Derecho, porque guían todo el proceso de aplicación de la ley que conduce a mantener un estado de alerta para saber si son la expresión de nuestras pulsiones, emociones e intereses y por ello enteramente subjetivos e irracionales o si por el contrario, hay una visible razonabilidad en esos juicios de valor.

A pesar de que no hay un método racional para establecer un acuerdo sobre esta materia, la experiencia y la demostración permitirían establecer la verdad de algunos hechos y de algunas proposiciones lógicas, haciendo impensable ocuparse de la norma sin plantearse su valoración frente a esa experiencia o al tenor de los hechos demostrados. Sin embargo, la sencillez textual no es precisamente uno de los atributos de las normas jurídicas y frente a su complicación semántica, deontológica y nomológica, también se opone la posición jerarquizada de los operadores jurídicos que la visualizan cada uno desde un atalaya estructurado con simbolismo ajenos al Derecho. La rama penal es donde mejor se comprenden esos atributos metajurídicos incardinados en el proceso interpretativo de los delitos, calificados por vínculos de grado que modifican la situación particular de cada individuo. Los jueces lo consagran en sus resoluciones dejando espacio a una jerarquía axiológica dependiente del estatus social o económico del agente provocador o del ofendido. De ese modo la misma injuria -como acto ofensivo a una persona- tiene efectos sociales y jurídicos distintos en razón de los sujetos y no de la norma, porque la gravedad de la sanción se desprende de la dimensión objetiva de la ofensa para ubicarse al lado del resultado en el espectro social del ofendido.

Por ello el esquema vertical en la jerarquía judicial y los métodos de selección de los máximos representantes del dominio interpretativo, padecen del mismo subjetivismo acusado en la construcción jurídica a partir de unos hechos objetivos cuya valoración se transforma en subjetiva por la suerte social de cada justiciable. Esta malformación no contiene vicios jurídicos sino externalidades que interfieren en el proceso, originados en una conciencia clasista ausente en otros espacios. La sensación consciente o inconsciente de poderío que exuda un juez de la Suprema Corte de Estados Unidos nominado por el Presidente de ese país es totalmente desigualado al de cualquier otro juzgador nombrado en conciliábulos menos ostentosos. La cercanía a los círculos del poder antes del nombramiento -por eso fue nominado- y después de nombrado, es un elemento desvinculado al ejercicio del cargo con extraordinaria

incidencia en su particular visión e interpretación del derecho, al cambiar radicalmente la visión que cualquier otro tenga del mundo para fijar la propia.

Esta lucha donde se enfrentan las variadas percepciones de la sociedad (local o universal), está dimensionada en la medida de la autoridad de cada contendiente que tiene por objeto el monopolio de imponer su *nomos* (personificación de las leyes según la mitología griega) como principio de visión y división, así pues, de distribución legítima. En esta contienda el poder judicial a través de los veredictos acompañados de sanciones que pueden consistir en actos de coacción física como la privación de la libertad o de la propiedad, manifiesta este punto de vista que trasciende las perspectivas particulares con una posición soberana del Estado, detentador del monopolio de la violencia simbólica legítima. De ahí que la insostenible tesis por la que se afirma que la jurisprudencia nace en protección de la ley y para uniformar los criterios de interpretación del ordenamiento jurídico, resulta el medio idóneo para materializar una posición dominante a la que todos deben obediencia, al margen de su sensibilidad y obsecuente acoplamiento a la regla. Es el veredicto que pone fin a los conflictos o negociaciones a propósito de personas o cosas, proclamando públicamente lo que realmente son, en última instancia, es el acto de nominación o de institución que representa la forma por excelencia de la palabra autorizada, pública, oficial enunciada en nombre de todos y en presencia de todos.

g. La esclavitud a la jurisprudencia frente a la interpretación jurídica

El artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica dispone, que la jurisprudencia conjuntamente con los principios generales del derecho, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran y delimitan. Ese mismo texto se encuentra en el ordinal número 7 de la Ley General de la Administración Pública y ambos han sido objeto de una deformación interpretativa de parte de los juzgadores y hasta de algunos comentaristas nacionales, quienes como Zeledón Zeledón, llegaron a señalar la posibilidad de establecer el recurso de casación por violación de jurisprudencia, sin parar mientes en que esta es solamente una guía y no la solución al conflicto.

Esta patología se hizo más evidente a partir de la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con la que se impuso la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional a todo sujeto y organización del Estado, sin que esa sujeción incida en

su propias y posteriores resoluciones, que en buen romance debería entenderse esa salvedad cuando se está frente a nuevos elementos objetivos que conduzcan al necesario cambio de criterio y, aquí se encuentra el componente que hace la diferencia y ha pasado desapercibido para los distintos agentes jurídicos: que la modificación del criterio jurisprudencial se produce cuando razones diversas a las que dieron origen al precedente, obliguen o señalen la necesidad del cambio producido. Pueden verse entre un universo de sentencias constitucionales, los votos de la Sala Constitucional números 2592-93 de las 15:54 horas del 8 de junio, 2881-93 de las 14:30 horas del 18 de junio, 1044-96 de las 9:30 horas del 1 de marzo, 1050-96 de las 9:57 horas del 1 de marzo y el 1118-96 de las 16:06 del 5 de marzo, en los que explícitamente se indica que al no existir elementos diferenciadores, les son aplicables los criterios anteriormente vertidos.

El apego a la jurisprudencia constitucional deviene natural porque los problemas amparables por las infracciones a los derechos y garantías individuales no gozan de la variabilidad ontológica de los hechos que dan origen a los conflictos judiciales calificados de ordinarios, incluidos los asuntos de inconstitucionalidad en los que igualmente están presentes temas relacionados con Derechos Humanos, Derechos Fundamentales o garantías individuales, donde resulta posible el cambio de criterio jurisprudencial cuando la primera decisión jurisdiccional rechaza la acción, de ahí que en las otras disciplinas jurídicas distintas a la constitucional, el fenómeno no debería formar parte de la estructura normal del proceso resolutivo, porque además de que no hay dos casos exactamente iguales donde la jurisprudencia como método integrativo, a través de la interpretación uniforme del ordenamiento jurídico para la solución de una situación jurídica particular, ofrece una solución parcial, porque los componentes del conflicto de intereses se desmiembran en diferentes frentes de contradicción valorativa, de manera que para los tópicos estrictamente objetivos que no varían por circunstancias sobrevivientes ni circundantes, la jurisprudencia serviría de manera más clara y precisa como una fuente para el control de la arbitrariedad judicial.

Resulta todavía más desacertado apearse a criterios jurisprudenciales ajenos a la materia examinada en el conflicto particular, porque implica incorporar valoraciones desniveladas en cuanto al grado de inclinación de los componentes ínsitos en el conflicto, tal cual sucede con la (a veces desviada) interpretación del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica. En relación con el ordinal mencionado, específicamente en relación con la jurisdicción contencioso administrativa, se señaló que ese numeral nace con la doble misión de otorgar seguridad jurídica a los justiciables y

como fuente de poder para modificar y adaptar la jurisprudencia constitucional frente a elementos objetivos originados en el proceso evolutivo al que está sometida toda sociedad, sin perder de vista que en una democracia la misión fundamental es la de consolidar los Derechos Humanos. Dispone el numeral señalado:

“La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma”.

Es necesario incorporar a la exégesis, el hecho de que la jurisprudencia constitucional tiene valor temporal, porque las violaciones constitucionales a los derechos fundamentales son particularmente separables -salvo que sean el producto de un único acto con múltiples destinatarios, lo que impulsaría a un obligado replanteamiento de su eficacia externa al proceso constitucional- para determinar la posibilidad de subsumir otros casos bajo su mismo alero; o por el contrario, para señalar las diferencias sustanciales en las situaciones fiscalizadas con las productoras de la jurisprudencia, que tiendan a sugerir su modificación. Pero con independencia de esas valoraciones concretas de las relaciones subyacentes que producen el conflicto constitucional, la participación de la Sala Constitucional a la luz del artículo 48 de la Carta Política, tiene una connotación práctica por la naturaleza funcional del precepto infringido, que por derivación lógica está (o debería estarlo) a la misma altura jurídica del órgano que conoce de su violación.

Bajo la égida del numeral 48 citado, la Sala Constitucional -en el sistema forense costarricense- garantiza (o cuando menos debería garantizarla) la eficacia formal y material de los Derechos Fundamentales incorporados en el texto de la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, frente a las debilidades del sistema político y en esa protección deberá declinar conocer de cualquier otro entuerto que no se ajuste a la medida de las normas cuyo aseguramiento se le delega. El tema esencial en los procesos constitucionales de amparo y hábeas corpus es la verificación del contraste entre los actos del poder público frente a los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos extraíbles de las normas, principios y valores insertos en el texto constitucional o de los instrumentos internacionales aludidos, desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Por paradójica que aparente ser esa limitación procesal constitucional -pues por principio toda norma jurídica en un Estado constitucional y democrático tiene su raíz en la Constitución que además dispone la distribución de los poderes y su forma de ejercicio como una competencia necesaria e indeclinable para la producción del Derecho- la realidad jurídica

impone esos límites como lo deja ver el texto del artículo referido, que a la letra dispone:

“Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10”.

La claridad textual aleja las interpretaciones antojadizas o las reflexiones vanidosas sobre lo que el constituyente quiso o dejó de decir. La responsabilidad jurisdiccional de la Sala de la materia ante una demanda de protección por infracción a alguno de esos derechos es constatarla para hacerla desaparecer o consolidar el ejercicio del poder público sobre el que recayó la acción. La consolidación de la anterior tesis la señala la Ley de la Jurisdicción Constitucional en sus numerales 1 y 2, al disponer:

“Artículo 1: La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica”-

“Artículo 2: Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional:

a) Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica”.

Cualquier otra intervención más allá de esa comprobación escapa al contralor de constitucionalidad que el constituyente le otorgó. A manera de ejemplo. La Sala Constitucional amplió el espectro aplicativo del artículo 39 de la Carta a los procedimientos administrativos sancionatorios sin posibilidad de conocer de sus contenidos materiales, porque salvo violación de algún precepto supra legal tal fiscalización le corresponde a

otras jurisdicciones. Cabe argüir varias razones, pero las básicas serían que si todo asunto jurídico se torna cuestión de derechos fundamentales, se sobrecarga la Constitución y se vacía de contenido la función esencial del legislador, sin mencionar el menoscabo de las competencias jurisdiccionales ordinarias que actúan en relación con realidades no comprendidas en el parámetro de los derechos fundamentales.

El ordinal 39 de la Constitución así como los artículos 8, 9, 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y artículos 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos disponen, como un derecho fundamental del individuo, que se le otorgue la oportunidad de defenderse de cualquier acusación en su contra, sin imponer plazos ni formas de ejercicio y, en algunos de los casos -artículo 11 párrafo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en el artículo 7, incisos 2) y 6) del Pacto de San José- esa atribución queda supeditada a la legislación interna de cada Estado Parte, por lo que una vez empoderados esos Estados miembros de las convenciones para legislar sobre los contenidos de los procedimientos legales internos, los únicos límites que se decantan son los derivados de los mismos instrumentos que se desarrollan a través de esa legislación interna cuya finalidad es asegurarse que el derecho fundamental correspondiente quede incólume, esto es, que las normas infra convencionales mantengan su contenido esencial. Acorde con esas consideraciones, la Constitución Política otorga suprema protección procesal y de fondo a los derechos fundamentales, diferenciándolos de los derivados o lo que es lo mismo decir, los provenientes de normas menores con una protección decreciente al tenor de la tipología de cada derecho en cuestión, que incluso vale acotar, tienen diferente consideración según sea el orden jurídico en el que discurre la polémica, como en el caso del interés legítimo convertible en un derecho subjetivo debilitado.

El artículo 8.-2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referido a los contenidos mínimos del derecho de defensa del imputado, elenca detalladamente las garantías mínimas, concebidas para la rama jurídica represiva extendidas y extendibles a cualquier proceso o procedimiento sancionatorio. Es el legislador quien desarrolla el precepto superior para establecer el modo, tiempo y lugar en que deben cumplirse los requisitos provenientes de la más alta regla, sin quebrantar, por supuesto, los principios cardinales para la plena defensa y ese ejercicio legislativo es un espacio vedado a la jurisdicción constitucional salvo que se produzca la infracción a la Norma superior, en el valor, el principio, el texto o en el contexto aplicativo, como aconteció con la sentencia

número 11080 de las 10.32 horas del 22 de julio de 2015, por la que la Sala constitucional declaró la inconstitucionalidad de una jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia bajo el criterio de que quebrantaba el principio de igualdad establecido en el artículo 33 de la Norma Superior⁴.

Las implicaciones de esa veda procesal están en correspondencia con las facultades otorgadas a los jueces de las otras jurisdicciones -en nuestro caso, la contencioso-administrativa-, de conocer los quebrantos a la legalidad incurridos por el poder público, a la luz del ordinal 49 de la Carta Política. En algún momento así fue entendido por la misma Sala Constitucional, al señalar que *por imperativo constitucional y legal, esa jurisdicción se ha constituido como guardián del cumplimiento de los principios y normas de rango constitucional, debiendo restaurar cualquier violación directa y evidente que se de contra los mismos, siendo el recurso de amparo en particular, un proceso sumarísimo, en el cual no es material ni razonablemente posible entrar a un complicado sistema probatorio o a un análisis de hechos que vaya más allá del acto o actos impugnados u omisiones arbitrarias en que haya incurrido la parte recurrida, pues de lo contrario entraría a sustituir la jurisdicción ordinaria*⁵.

Peor a esclavizarse a la jurisprudencia, es trastocarla bajo la figura de la cosa juzgada material, sobre la que la Sala Primera de la Corte indicó: "*...Las sentencias revestidas de cosa juzgada material..., en relación (sic) su eficacia presentan tres características: inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad. La inimpugnabilidad consiste en la inoperancia de recursos ordinarios o en la inadmisibilidad de juicios posteriores tendientes a resurgir las cuestiones ya decididas. Es inmutable porque deviene inmodificable. Es coercible pues podrá ser ejecutada forzosamente. En doctrina se destacan dos efectos derivados de la cosa juzgada: a) efecto negativo: las partes no pueden pretender revivir la misma discusión en un nuevo proceso de lo ya decidido y, b) efecto positivo: la parte cuyo derecho le ha sido declarado en la parte dispositiva de la sentencia puede ejecutar ese fallo sin restricción, en la medida de lo resuelto y el juez no podrá negarse al cumplimiento de la misma. Corolario de lo anterior, el órgano executor del fallo debe ajustarse a los lineamientos establecidos en la parte dispositiva de la sentencia ejecutoriada. No puede ni debe alterar por exceso o defecto o interpretar arbitrariamente lo ya resuelto en firme*⁶.

⁴ Se refiere el asunto, a la reiterada jurisprudencia de la Sala Primera por la que rechazaba conocer el recurso de casación ante la condenatoria en costas impuestas al vencido, aceptándolo -el recurso- solamente cuando se aplicaba la excepción a esa condenatoria.

⁵ Véase voto 3512-98 del 29 de mayo de 1998.

Los elementos constitutivos de la cosa juzgada, fueron reafirmados al señalarse por la jurisprudencia que: *"Es necesario hacer hincapié en que la existencia y los alcances de la cosa juzgada, no solo dependen de la triple identidad en el objeto, la causa y las partes, sino también de la índole del pronunciamiento recaído pues la cosa juzgada es, sobre todo, lo que las mismas palabras significan, es decir, lo que ya se juzgó en el fallo firme; porque de lo contrario, si la sentencia no decide el fondo de las cuestiones propuestas y debatidas en el pleito, o en otras palabras, si lo que se reclamaba en el segundo juicio no fue concedido o denegado en el primero, no podrá haber cosa juzgada⁷."* La cosa juzgada proveniente de una sentencia constitucional acaecida en recurso de amparo o de hábeas corpus, resultaría inútil intentar asimilarla a las resoluciones producidas en los procesos ordinarios por la naturaleza misma de las pretensiones y frente a las competencias de la Sala Constitucional en relación con la de los tribunales comunes. Desde esa perspectiva, parece obligado entender que la lápida procesal del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional implica la imposibilidad de discutir el mismo objeto con las mismas partes en la sede constitucional, no así cuando el diferendo versa sobre pretensiones infra constitucionales cuyo debate se afinsa en otras sedes.

La doctrina ha señalado que la extensión objetiva del concepto de cosa juzgada más allá de la *ratio decidendi* del fallo constitucional, obedece a la necesidad de cubrir dos funciones capitales que el tribunal constitucional tiene encomendadas: a) Por una parte su carácter de supremo intérprete de la Constitución y supremo intérprete constitucional respecto de otras disposiciones fuera de la Constitución misma; de guardián de la Constitución que lleva consigo la consecuencia de la preeminencia de sus interpretaciones sobre otras posibles; y, b) su función de pacificación, el cometido esencial de terminar definitivamente los litigios constitucionales evitando que las medidas o actuaciones proscritas por el tribunal, puedan volver a suscitarse. Conforme a esta tesis las sentencias provenientes de un tribunal constitucional extraen de manera esmerada y prolija (cuando menos así debería ser) los valores y principios contenidos en la Carta Política sin posibilidades de ser modificados o desconocidos por un órgano de jerarquía inferior que además sirva para zanjar definitivamente los conflictos constitucionales pero no los conflictos en su dimensión general.

⁶ Véase resolución No. 22 de las 10 horas del 23 de febrero de 1996. En ese mismo sentido puede verse la sentencia número 56 de las 15:05 horas del 31 de mayo de 1995 y la número 43 de las 14:15 horas del 4 de mayo de 1998.

⁷ Véase por todas la sentencia número 101 de las 14:30 horas del 4 de setiembre de 1968.

Consecuencia de lo anterior es que por las limitadas coordenadas jurídicas de las sentencias constitucionales, el instituto de la cosa juzgada no puede extender sus alas a otras jurisdicciones, cuando no están presentes conflictos de ese carácter, reconociéndose, eso sí, que la interpretación constitucional venida del tribunal de la materia, no podría variarse por un órgano inferior⁸. Señalado de otro modo, en la resolución de los conflictos suscitados entre la Administración y los ciudadanos, donde se ventilan cuestiones de legalidad en la función pública, los órganos jurisdiccionales inferiores están vinculados a la jurisprudencia constitucional únicamente en relación con los parámetros interpretativos de las normas constitucionales aplicables a la causa. De lo anterior se concluye que las diferencias competenciales entre la jurisdicción constitucional y la contencioso administrativa impiden el traslape jurisprudencial en la medida en que no estén en discusión derechos fundamentales. Una incorrecta interpretación del precedente jurisprudencial constitucional, tiene efectos plurijurisdiccionales, que para este estudio, limitaremos y afinicaremos solamente en lo relacionado con la jurisdicción contencioso administrativa.

El artículo 49 del Código Político dispuso la creación de esta jurisdicción, para enjuiciar el ejercicio ilegal de la función administrativa en cualquiera de sus formas, incluida la desviación de poder, cuya investigación requiere de un pausado, pensado y bien hilvanado proceso, por la apariencia de legalidad con la que generalmente se reviste. Las diferencias terminológicas en las normas constitucionales involucradas⁹ deberían constituir elemento suficiente para la distinción jurisdiccional al momento de evaluar la actividad o actuaciones administrativas. Señala este numeral:

“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”.

⁸ Aunque parezca una verdad de Perogrullo decirlo, los derechos subjetivos e intereses legítimos así como las normas jurídicas infraconstitucionales vinculadas a su ejercicio, resultan de un reconocimiento y autorización tácitas de la Constitución, por lo que todo conflicto jurídico siempre tendrá su base constitucional sin que ello implique limitar su debate a esa sede.

⁹ Nos referimos a los artículos 10, 48 y 49 de la Constitución Política

La norma contiene tres referencias a las distinciones competenciales entre ambas jurisdicciones -como se verá más adelante- que constituyen un parámetro a los juzgadores de la jurisdicción contencioso administrativa para no abdicar de sus prerrogativas jurisdiccionales. El primer párrafo del artículo transcrito expresa que la jurisdicción contencioso-administrativa, garantizará la legalidad de la función administrativa; el segundo clasifica con especial rigor los actos susceptibles de ser impugnados ante sí y en el tercero se patentiza la naturaleza mínima de los derechos protegidos por el juez. Las distinciones del constituyente para cada una de las jurisdicciones involucradas en este examen, son evidentes en el texto y en el espíritu de la norma, cuya interpretación -señala el artículo 10 del Código Civil- deberá ser de acuerdo al *significado de sus palabras, a su historia, y al contexto aplicativo*.

El artículo 10 del Código Político dispone en lo que aquí interesa:

“Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley...”

Por el artículo 48 *ibidem* se le atribuye a esa misma Sala la obligación de velar por el mantenimiento y restablecimiento de los derechos consagrados en la Constitución, cuando sean arbitrariamente conculcados, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables en la República. La explicitud de estas dos últimas normas en la determinación de las competencias de la Sala Constitucional, limitadas al estudio y resolución de los conflictos suscitados por las infracciones a los derechos supra legales, imposibilita su ingreso al espacio competencial dedicado a la legalidad administrativa.

En un riguroso ejercicio hermenéutico, toda ilegalidad lleva en su germen una inconstitucionalidad, por la decantación del sistema de fuentes del Derecho a partir de la norma constitucional que regulariza la globalidad normativa, sobre todo en el campo del Derecho Público, regido por consolidados principios, fácilmente aprehensibles para el operador jurídico. Esa conclusión derivada de la estructura kelseniana, es precisamente el fundamento para eliminar la tentación de residenciar toda reclamación en la sede

constitucional delimitada a los derechos constitucionalmente reconocidos y de aquellos incluidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, *aplicables* en la República. Así lo ha resuelto la jurisprudencia constitucional, al señalar que esa jurisdicción tiene el mismo origen supremo que las otras jurisdicciones, por lo que no puede sustituirlas si no es para reestablecer la sanidad constitucional sobre las violaciones graves, burdas y claras de los derechos fundamentales, careciendo de competencias para examinar los vicios procedimentales que han producido una degeneración del mecanismo constitucional que conspira contra el principio de celeridad¹⁰. Esta claridad resolutive sobre la división competencial no ha pasado de ser una proclama lírica en razón que con frecuencia esa elevada jurisdicción traspasa sus límites competenciales, o cuando por el contrario, la jurisdicción contencioso administrativa abdica de las propias.

Se carece de evidencia material para señalar la causa real del sometimiento pleno de los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa a los designios jurisprudenciales de la Sala Constitucional, dado que partiendo de la base normativa de la creación y desarrollo de cada una, se trata de dos campos procesales y materiales debidamente diferenciados, cuyo único ligamen normativo es la actuación de la Constitución Política como fuente primaria del Derecho para la resolución de los conflictos de intereses. El proceso contencioso administrativo, bajo su actual estructura procesal, tiende a reclamar la ilegitimidad de la decisión administrativa expresada a través de actos expresos o implícitos o bien por omisiones o inactividades administrativas; incrementadas las posibilidades pretensivas con la Ley General de la Administración Pública que reguló la responsabilidad administrativa, frente a la falta de servicio; falta en el servicio, por actos legítimos o ilegítimos que produzcan un especial daño¹¹. Con las hipótesis ofrecidas por el Código Procesal Contencioso Administrativo, el justiciable ostenta una doble vertiente de reclamación, pues en una interpretación refinada del contexto jurídico en que se desenvuelven los órganos y entidades administrativas, todo acto o conducta violatorio de un derecho sería inconstitucional, reclamable por la vía del amparo¹² y también en la jurisdicción de lo contencioso administrativa. Alineado en una ruta lógica, esto último señalado, aunque parezca contradictorio con lo expresado en páginas anteriores, tiene un

¹⁰ Voto 98-201 de las 15:42 horas del 14 de enero de 1998 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹¹ El artículo 190.1 de la Ley General de la Administración Pública dispone: "La Administración responderá 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".

respaldo normativo que sería modificable según la naturaleza de las pretensiones, de la reclamación y de la procedencia del acto administrativo impugnado¹³.

Cuando la infracción constitucional proviene del irrespeto a las formalidades sustanciales exigidas por el ordenamiento para la validez del acto, su legitimidad quedaría subsanada con el cumplimiento de los requisitos el requisito, aunque mantenga los vicios de fondo por la infracción de normas inferiores a la Carta, cuya reclamación se residencia en la jurisdicción contencioso administrativa. A pesar de la antigüedad de la resolución que le aclara a los justiciables y a los jueces que la Sala Constitucional no es el ámbito para dilucidar los vicios infra constitucionales de los actos y actuaciones administrativas, hay alguna renuencia en los jueces contenciosos administrativos de liberarse de esa amarra, declinando sus competencias en menoscabo de los artículos 41 y 49 constitucionales.

En repetición de lo que establece el artículo 10 de la Constitución Política, se ha dicho que la Sala Constitucional es el intérprete supremo de la Carta Suprema y el órgano competente para valorar las actuaciones públicas desde la perspectiva constitucional, es decir, frente al quebranto de los derechos fundamentales, analizados desde aquella elevada posición. Esa clara conclusión, no ha logrado penetrar en el sentimiento del juez ordinario, ni aún en los de más elevada posición, que renuncian a conocer pormenorizadamente, desde la perspectiva infra constitucional, los actos y actuaciones administrativas. Al resolver un proceso ordinario, contra un acto ministerial, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo se limitó a transcribir como su sentencia, lo que fuera la resolución de la Sala Constitucional de un recurso de amparo interpuesto por la misma parte reclamante en esa sede, para expresar finalmente que *"... razones que en asocio con el ordinal 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, impiden al suscrito verter fallo contradictorio a lo dispuesto por ese Alto Tribunal¹⁴"*. Por su parte la Sala Primera de la Corte al conocer en casación de una reclamación por la abdicación de competencias frente a la Sala Constitucional del Juzgado y el Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, esa cámara asumió la misma posición reclamada a los tribunales inferiores al expresar:

¹² La relación de los artículos 10, 18 y 22 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no deja espacio para la duda, pues señalan la naturaleza de las reclamaciones que serían conocidas en esta sede.

¹³ Existe la hipótesis del denominado acto de gobierno, cuya legitimidad no podría ser discutida en la sede de lo contencioso administrativa de acuerdo con lo dispuesto en el inciso b) del artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero sí en la constitucional, al tenor del artículo diez de la Carta Política, aunque los efectos producidos sí serían del resorte de la primera.

¹⁴ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo, número 285-2003 de las 15:50 minutos del 10 de abril de 2004.

“Al resolver el Tribunal los cuestionamientos planteados, incorporó en su decisión como fundamento básico, lo resuelto anteriormente por la Sala Constitucional cuando ante ella acudieron los mismos actores reclamando una supuesta violación a su derecho de defensa y a la teoría de los actos propios. En esa oportunidad, dicha Sala, a través del voto N° 3599-97, les indicó sobre la inexistencia, en este asunto, de un derecho subjetivo. Al detectar el Ad quem una ausencia de tal envergadura, identificada no solo por el juez de primera instancia, sino que además por el Tribunal Constitucional, optó por retomar las formulaciones de este último y, en actuación del numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, confirmó el rechazo de la demanda dictado por el Ad quo¹⁵”.

Hay una inadecuada valoración procesal sobre el valor de la jurisprudencia constitucional y una disconforme interpretación del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, como se aprecia en otra sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, al otorgarle un valor indiscutible a lo resuelto por la Sala Constitucional frente a quebrantos infra constitucionales¹⁶, independientemente de que el justiciable carezca de la razón de fondo para reclamarlos, pues precisamente el derecho o su carencia es el componente que origina la discusión procesal en sede ordinaria. De ahí que resulta incomprensible además de inconstitucional, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo renuncie, decline o abdique de sus competencias para conocer de la legalidad de la función administrativa en beneficio de una jurisdicción cuyas competencias están clara, expresa y evidentemente delimitadas a los aspectos constitucionales, mientras que el artículo 49 de la Constitución Política no contiene limitaciones al ejercicio jurisdiccional para el control de la Administración en sus relaciones infra constitucionales con los ciudadanos, por lo que en atención al principio de jerarquía normativa, la renuncia tácita a actuar sus competencias, implica una inconstitucionalidad por omisión, pues

¹⁵ Sala Primera de la Corte, número 806-F-97 de las 15:05 horas del 28 de noviembre de 2003.

¹⁶ Voto 210-F-05 de las nueve horas treinta minutos del siete de abril del año dos mil cinco de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

el contenido del artículo 13 debe ser dimensionado al entorno jurídico fáctico de su aplicabilidad.

La jurisdicción contenciosa administrativa incurre en vicios de inconstitucionalidad cuando declina conocer por el fondo un conflicto sometido a su consideración, si las pretensiones de las partes están estrictamente relacionadas con la legalidad de la actuación administrativa, para lo que es capital entender que la calificación sobre la naturaleza del conflicto le corresponde a la misma jurisdicción contenciosa administrativa, que siempre tiene tendría la posibilidad de acudir en consulta ante la Sala constitucional cuando tenga dudas sobre la constitucionalidad de una norma infra constitucional aplicable a la causa tendiente a definir el derecho de fondo objeto de la discusión procesal, razón suficiente para confirmar la premisa en cuanto a que la aplicación irrestricta de la jurisprudencia constitucional en asuntos de mera legalidad está siendo incorrectamente percibida.

Esa esclavitud infundada e irrazonable a la jurisprudencia –sobre todo a la constitucional- implica una violación al principio de tutela judicial efectiva ampliamente desarrollado por la doctrina española con expresa referencia al artículo 24.1 de su Constitución y al numeral 24 de la Constitución italiana¹⁷, también arraigado en la Norma superior costarricense en su artículo 41, donde se reconoce y garantiza el derecho a recurrir a las leyes para el reclamo de los daños y perjuicios ocasionados en los intereses materiales y morales del individuo, sin denegación y en forma pronta y cumplida. En otro contexto resultaría ocioso traer a colación el principio de supremacía constitucional, porque se da por sentado que es por todos conocido, sin embargo, por la forma en que algunos juzgadores declinan su competencia, se retoma por su constante violación, porque el derecho consagrado a la tutela judicial no se concreta con el simple acceso a la jurisdicción sino con la resolución firme y materialmente ejecutada que pone fin al conflicto y satisface la necesidad de justicia reclamada.

¹⁷ Expresamente el artículo 24.1 de la Constitución española señala: “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”. No es exclusivo de la Carta española, pues en la Constitución Italiana, también en el artículo 24 se contempla el principio al expresar: “Todos pueden actuar en juicio para tutelar sus propios derechos y legítimos intereses. La defensa es un derecho inviolable en cualquier estado o grado del procedimiento”.

Este principio con profundo respaldo en el orden jurídico internacional¹⁸, es desconocido en ocasiones más repetidas de las deseadas, por los tribunales ordinarios cuando se someten sin rigor científico a las disposiciones jurisprudenciales de la Sala Constitucional sin que haya colisión jurisdiccional ante el diverso enfoque de los conflictos según sea la sede en que sean residenciados conforme a las pautas de los artículos 10 y 48 de la Constitución Política delimitados a los estrictamente constitucionales y los que son atendidos al tenor del artículo 49 para los denominados de jurisdicción ordinaria sin que por ello sean de jerarquía inferior, ante la constitucionalidad de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Efectivamente, una lectura hilvanada del numeral 49 de la Carta Política permite concluir sin temor alguno, que el control de legalidad de la función administrativa, implica un desafuero competencial del orden constitucional sin que implique como colofón, desconocer la aplicación directa del Derecho de la Constitución, integrado por las normas, principios y valores constitucionales en la resolución de los conflictos sometidos a esa especial rama de control jurisdiccional, ni tampoco a las pautas interpretativas incluidas en la jurisprudencia constitucional, porque la Constitución como norma jurídica del más alta rango, forma parte del bloque de legalidad aplicativo en la resolución de los conflictos sometidos al conocimiento del juez ordinario. La aplicación directa de la Constitución no desdice de las competencias, potestades y facultades otorgadas a los juzgadores de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por el artículo 49 del Código Político, porque su reconocimiento aplicativo tiende a mantenerlo como el más elevado marco de referencia para la protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos.

En una interpretación armónica de la Constitución, la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional sería fuente de interpretación para el juzgador ordinario para aplicar directamente la Norma superior junto al resto del complejo normativo, sin que dicha jurisprudencia se convierta en la solución misma al conflicto sometido a su consideración, porque lo contrario implicaría la desaparición de la jurisdicción ordinaria por innecesaria. A la Sala Constitucional le está constitucionalmente vedado abocarse al estudio de las normas infra constitucionales competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria por lo

¹⁸ Se contempla en el artículo 2.3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York del 19 de noviembre de 1966; artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos; artículos V y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; así como el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José.

que resultaría quebrantado el principio de la tutela judicial efectiva cuando en la sede ordinaria se rechaza conocer un conflicto por considerarlo resuelto en la constitucional.

El vicio capital en la lectura e interpretación del numeral 13 de la LJC, se produce cuando se desconoce que la Sala Constitucional valora los hechos y analiza la prueba aportada -cuando es posible- en su puridad procesal desde una perspectiva puramente constitucional; se limita a cotejar el suceso frente a valores, principios y normas del Derecho de la Constitución o de los Tratados internacionales de Derechos Humanos, correspondiéndole al juzgador ordinario determinar el cumplimiento de todos los trámites y requisitos que el ordenamiento exige para su legalidad. La Sala Constitucional aprecia los hechos configurados al Derecho Constitucional impregnando esa valoración de una profunda subjetividad y muy propia de quien tiene la última palabra en la interpretación del máximo código, mientras que el juzgador ordinario opera a partir del Derecho positivo, de las normas presentes, vigentes y eficaces para atender el conflicto¹⁹.

Al someterse a las decisiones constitucionales a título de cosa juzgada material en temas que son puramente de legalidad, los jueces introducen al justiciable en un pantano procesal en el que se hunde más con cada movimiento tendiente a salir, pues no obtuvo respuesta adecuada en ninguna de las dos jurisdicciones. En una porque no se podían analizar los reclamos infra constitucionales y en la otra porque se declinó su conocimiento con invocación del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, como se patentiza en las sentencias del Juzgado de lo Contencioso y la Sala Primera de la Corte comentadas arriba.

Una realidad que este análisis no debe dejar pasar, es la incidencia del artículo 13 de la LJC, en el desarrollo ordinario de la actividad administrativa y en su confrontación procesal con respecto al artículo 49 de la Carta Política. El numeral constitucional señala que por la jurisdicción de lo contencioso administrativo se someterá al Estado -en sentido lato- al control y fiscalización del juez ordinario para asegurar la legalidad de la función administrativa, con especial mención y protección a los derechos subjetivos e intereses legítimos; por otro lado, la Sala Constitucional es el intérprete supremo del Ordenamiento supra legal de donde su jurisprudencia resulta un parámetro para determinar y establecer el modelo de comportamiento administrativo a título de referencia y anexo a su aplicación

¹⁹ En este punto resulta necesario informar que aún cuando el juzgador ordinario también adolece de la posibilidad de incorporar su particular criterio, la diferencia radica en que esa particularidad está en función de los hechos y el Derecho aplicable; ambos son incontrovertidos.

obligatoria al tenor del mismo texto del artículo 13 de la LJC. De ahí que las implicaciones de su volatilidad se refleja en las resoluciones administrativas contradictorias y por supuesto, productoras de responsabilidad estatal frente al ciudadano. Un reflejo material de lo señalado se presenta en las potestades de regulación migratoria que ostenta el Poder Ejecutivo para otorgar visas u otras categorías a ciudadanos extranjeros. Basados en la jurisprudencia constitucional, la Dirección de Migración y Extranjería inició investigaciones sobre matrimonios fraudulentos, para anular resoluciones que otorgaron especiales condiciones migratorias con fundamento en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, que al efecto dispuso:

"(...) tratándose de los derechos del núcleo familiar, en reiterados pronunciamientos la Sala ha manifestado que la familia es el conjunto de personas que vinculadas por una unión estable de un hombre y de una mujer, viven bajo el mismo techo e integran una unidad social primaria. La familia es un elemento natural, autónomo de los vínculos formales y dotada de estabilidad, publicidad, cohabitación y singularidad..."²⁰.

Clasificada la familia como una unidad donde la publicidad y la cohabitación resultan consustanciales a la institución, cualquier modificación de esas características haría desaparecer el concepto apuntado por la Sala Constitucional por lo que la desnaturalización implicaría su inexistencia. Eso fue confirmado por el mismo Tribunal al señalar en otro voto:

"La Sala ha advertido que algunos extranjeros acuden a practicar actos simulados para producir un fraude de ley y, también a la Constitución, puesto que lo que recibe especial tutela del derecho de la Constitución no es la existencia de un vínculo formal, sino la materialidad de aquel vínculo en el concepto de familia"²¹.

²⁰ Voto 8203-98 de las 15:15 oras del 18 de noviembre de 1998.

²¹ Voto 03436-2003 de las 14:42 horas del 30 de marzo de 2003. En ese mismo sentido puede verse el voto 11544-2004 del 15 de octubre de 2004.

Es presumiblemente válido afirmar que bajo esa inteligencia jurisprudencial, el Estado ejecuta sus facultades de investigar si los postulantes a algún estatus migratorio por vínculo familiar cumplen con el requisito constitucional. Sin embargo, el mismo Tribunal, generando incertidumbre administrativa y abriendo el portillo para exigirle responsabilidad al Estado, en una resolución temporalmente muy cercana a otra y sin justificación alguna cambió de criterio al señalar:

“(...) con la sola verificación de la relación de parentesco, la visa debe otorgarse (...) el presupuesto y el objetivo de la investigación resultan contrarios a la libertad del matrimonio...”²² .

La inseguridad derivada de esta indecisión jurisprudencial enfrenta otro problema aplicativo. A pesar de que el texto de la LJC no lo indica expresamente, la aplicación del principio general de que la norma posterior deroga a la anterior en lo que se le oponga, conllevaría a que la última resolución tomada prevalezca sobre las anteriores sobre el mismo tema, sin embargo, también resulta válido cuestionarse la razonabilidad constitucional de cualquiera de las sentencias que conforman el acervo jurisprudencial, pues su validez no radica en su temporalidad sino en su inserción dentro del texto y contexto constitucional, de sus valores y principios ínsitos por supuesto, en la ideología de la Constitución. En el ejemplo señalado, es jurídica y procesalmente factible que el juez ordinario prescindiendo de las interpretaciones constitucionales, realice un análisis de cada situación particular para determinar si la ejecución de las competencias administrativas otorgadas a esa unidad estuvieron enmarcadas dentro del ordenamiento, no solo porque no puede arroparse en alguna especial resolución constitucional para fundamentarse, sino porque la legalidad de la función administrativa estaría determinada por el cumplimiento comprobado de los requisitos normativos.

El tema del sometimiento a la jurisprudencia para la resolución de conflictos diferenciados en contenido, cualquiera sea su origen jurisdiccional, debe ser abordado con delicadeza porque en cada circunstancias se identifica un hecho que hace la diferencia. A guisa de ejemplo, jurisprudencialmente puede darse una definición del contenido y la naturaleza jurídica de la buena fe en las relaciones contractuales, pero su determinación

²² Voto 13260-2004 del 24 de noviembre de 2004.

y calificación en el caso que se juzga variará por las circunstancias acaecidas en el proceso de ejecución del contrato, de manera que ese precedente judicial servirá únicamente para iluminar una parte del conflicto sin capacidad ni posibilidad de incidir en el todo. Para verificar las diferencias prácticas en la utilidad de la jurisprudencia, pueden verse entre otros, los votos de la Sala Primera números 437-99 de las 15:30 horas del 30 de julio de 1999, el 554-99 de las 14:45 horas del 16 de mayo de 1999, el 18-00 de las 15:20 horas del 12 de enero del 2000, el 172-00 de las 10:10 horas del 15 de enero del 2000, el 422-00 de las 15:30 horas del 2 de junio del 2000.

El tema del sometimiento a la jurisprudencia para la resolución de conflictos diferenciados en contenido, cualquiera sea su origen jurisdiccional, debe ser abordado con delicadeza porque en cada circunstancias se identifica un hecho que hace la diferencia. A guisa de ejemplo, jurisprudencialmente puede darse una definición del contenido y la naturaleza jurídica de la buena fe en las relaciones contractuales, pero su determinación y calificación en el caso que se juzga variará por las circunstancias acaecidas en el proceso de ejecución del contrato, de manera que ese precedente judicial servirá únicamente para iluminar una parte del conflicto sin capacidad ni posibilidad de incidir en el todo. Para verificar las diferencias prácticas en la utilidad de la jurisprudencia, pueden verse entre otros, los votos de la Sala Primera números 437-99 de las 15:30 horas del 30 de julio de 1999, el 554-99 de las 14:45 horas del 16 de mayo de 1999, el 18-00 de las 15:20 horas del 12 de enero del 2000, el 172-00 de las 10:10 horas del 15 de enero del 2000, el 422-00 de las 15:30 horas del 2 de junio del 2000.

El proceso de interpretación del ordenamiento jurídico no se lleva a cabo en un laboratorio con tubos de ensayo para obtener en ese proceso de abstracción pura, su objetivo, porque su razonabilidad no está en los atributos ontológicos sino en la satisfacción social de un conflicto particular, respaldado en la violencia simbólica que se encierra en ese orden imperativo, con el respaldo del Estado como titular del monopolio de la coacción. Los códigos para la interpretación jurídica no son ni pueden ser puros, porque la misma génesis del Derecho rechaza dicha pretensión, a diferencia de los códigos de otras ciencias exactas que no están subyugadas a externalidades. El código de lectura del ordenamiento debe, por el contrario, hacer uso de todos los productos sociales que llevaron a su creación, porque el Derecho es vida, el Derecho es acción y reacción, es dinámico, se moviliza -o debe moverse- sino al mismo ritmo de la sociedad, cuando menos acompasado a su cadencia.

La interpretación al amparo de los elementos externos al orden normativo no es

solamente un principio de lógica jurídica, sino también una obligación positiva al tenor del artículo 10 del Código Civil, que aunque omiso para señalar la compleja estructura de la que están compuestas las relaciones con interés relevante para el Derecho -se supone que la razón de dicha omisión es un problema de técnica legislativa- le señala al agente un protocolo. Las omisiones comprensibles en una norma rígida en su texto, deben subsanarse a partir de la trilogía reconocida al orden jurídico positivo: como hecho, como valor y como norma, que permite rescatarla por ser fiel representante de una correcta metodología. Al señalarse expresamente que el sentido de las palabras debe serlo con relación con el contexto, hay claridad legislativa en las diferencias deontológicas de las palabras en la conversación ordinaria con respecto a su aplicación jurídica, porque su significado difiere no en el texto sino en su trama, con la diferencia adicional remarcada en las modificaciones lexicográficas temporales, que sin modificar la estructura del lenguaje reforman su sentido.

Conclusiones

El derecho es la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y en particular los grupos, confiriéndole a esas realidades la permanencia que una institución histórica es capaz de conferir. El hombre es influido por sus propias experiencias, de aquellas de los que lo precedieron y de sus coetáneos, para convertirlas en un patrimonio comunal con el que forma las reglas derivadas y adaptadas a ese conocimiento construido con el tiempo, consolidadas por el éxito de su aplicación, sin que ello signifique su inamovilidad sino un grado de relativa estabilidad. No es exagerado decir entonces, que el Derecho hace el mundo social, pero con la condición de no olvidar que él es hecho por ese mundo, de que el centro de gravedad del desarrollo del Derecho en nuestra época como en todos los tiempos, no debe buscarse ni en la legislación ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma.

La interpretación debe comprender esos componentes extrajurídicos sin prescindir de los propios, de los internos, que son su esencia material, pero que perderían toda significación sino se enlazan con una realidad que no deja espacios a las teorías puras para en su lugar adecuarse a la estructura social en las que cobran vida plena. Todo derecho positivo es una obra circunstancial en un doble sentido: a) en cuanto a los motivos de su gestación y; b) en cuanto a las finalidades prácticas de sus efectos reales. Toda norma jurídica positiva constituye un producto humano, cuya elaboración deviene incitada por la necesidad social surgida en determinado momento y ciertas situaciones; por un problema de convivencia o por un problema de cooperación que requiere ser solventado. Por consiguiente toda norma jurídica es la respuesta práctica a un problema práctico sentido como de urgente solución. Es un instrumento, un utensilio fabricado por los hombres de donde no es verdadera ni falsa, sino justa o injusta, conveniente o inconveniente, eficaz o ineficaz y al intérprete le corresponde desentrañar esas cualidades para su aplicación concreta.

Esta situación tiende a ser menos complicada cuanto los constructores del Derecho, como detentadores temporales del poder político y/o económico, introducen en el ordenamiento además de la norma, el sendero a seguir para comprenderla en su total dimensión, a partir de la afinidad entre los agentes productores y aplicadores, independientemente de los conflictos de competencia que los enfrente. Esto es porque toda norma jurídica está condicionada en su origen por una determinada situación, por una circunstancia o contorno social concreto que constituye su motivación, pero que por

su condición de instrumento, ha sido elaborada para producir determinados resultados y efectos concretos, precisamente los que el autor consideró como la solución más ajustada al problema planteado. No es casual que la toma de posición especialmente por la jurisprudencia, sobre la fidelidad a la doctrina y sobre la adaptación necesaria a las realidades, parezcan corresponderse bastante estrechamente con las posiciones ocupadas hoy día entre el derecho privado y el derecho público.

De un lado con el Derecho Civil especialmente reactivado en la tradición neoliberal apoyada en la economía, por el otro, disciplinas como el Derecho Público o Laboral, concertados para el favorecimiento de las burocracias y el reforzamiento de los movimientos de emancipación política, definido por sus defensores como la ciencia que apoyándose en la sociología, permite adaptar el Derecho a la evolución social. El criterio para establecer su sentido y su alcance en cada situación concreta y su correcta interpretación es ajena a una operación de lógica formal y pura. Por el contrario, consiste en anticipar mentalmente los efectos que una decisión produciría y comparar tales efectos con el propósito inherente a la norma en cuestión frente a una realidad social cambiante. Por ello en la interpretación jurídica, una observación fundamental es que la adhesión a una tesis debe ser de intensidad variable, condición esencial cuando no se trata de verdades sino de valores, aumentándose la utilidad de la adhesión para asegurar que no se entrará en colisión con otros valores de igual jerarquía que harán inevitable un proceso de elección, pero en el que indiscutiblemente, la justicia debe prevalecer.

EL FINO BISTURÍ DE LA JUSTICIA



2

EL FINO BISTURÍ DE LA JUSTICIA

La administración de justicia humana, como cualquier otra actividad ejecutada por sapiens, está llena de huecos en sus vías donde en muchas ocasiones y en los intentos por esquivarlos, finalmente se termina por desviarse del camino y con ello, ser la causa de lo que el común de los mortales conoce como una “injusticia”. En una buena mayoría de las veces, los hundimientos en las autopistas del Derecho pueden originarse en la construcción inicial de las rutas por un parlamentario poco avezado en lides legislativas o bien, por el contrario, que resultan tan avezados que a propósito encombran los caminos para impedir la claridad operacional de la norma jurídica y con ello su ineffectividad procesal o sustantiva. En otras ocasiones, la oscuridad deriva del operador jurídico, que rehúye la sencillez para zambullirse en la oscuridad de los hechos con retorcidas interpretaciones del Derecho para terminar anulando toda pretensión de reparación de la injuria y una tercera posibilidad, es la carencia pura y llana de una plataforma mental (preparación y formación) que le permita a ese operador jurídico adentrarse en la rigurosidad de la causa -que no complejidad- para desbrozar el todo en partes y rearmarlo con base en los planos jurídicos diseñados a partir del cuadro fáctico y de la prueba que lo soporta.

Amparados al anchuroso mundo de las palabras, siempre habrán suficientes excusas para dejar de hacer lo correcto, cuando precisamente por ese cosmos lingüístico y apegados al buen uso del lenguaje, las soluciones apegadas a la finalidad de la regla jurídica pareciera ser más sencilla por no requerir de análisis retorcidos ni de malabares interpretativos para llegarle a su plexo; y es que, sumamente importante es tener claridad sobre las razones que le dieron origen a la regulación en cuestión porque ahí es donde está el factor sustancial de su valor. Es demasiado improbable emitir una legislación a partir del conocimiento abstracto o peor todavía, despegar su construcción a partir del desconocimiento de los verdaderos efectos de una situación todavía inexistente, porque tanto la lógica como la conducta histórica conducen a producir la legislación como una consecuencia de hechos, actos o acontecimientos que en el pasado dislocaron el discurrir

natural de la sociedad; es difícil imaginar al Parlamento en un debate legislativo para decretar reglas sobre los derechos de los “androides” o al Poder Ejecutivo reglamentando los espacios en los que podrán aterrizar y despegar los “autos voladores”.

Se trata en suma de buscar la esencia de una situación particular y darle solución a partir de una meditación rigurosa sobre todos los componentes que están inmersos, es la definición de un derecho particular en el que se configuran varios elementos: el titular originario, el titular por transferencia y los efectos producidos con el rompimiento de ese vínculo entre uno y otro. El propietario de un inmueble es el titular propietario, que lo arrienda a otro que se constituye para efectos del contrato de arrendamiento en el titular por transferencia, de cuya relación se producen efectos jurídicos para ambos, cuyo desequilibrio rompe la armonía jurídica y demanda de una solución restablecedora. En la solución de ese conflicto, se demanda del tercero componedor o resolutor una visión clara de los derechos; de los medios y de los fines atribuibles a cada parte para una decisión equitativa y si es justa, todavía mejor.

La fortaleza aplicativa de la norma procesal tal y como fue diseñada, implica para los operadores jurídicos, el seguir una ruta predeterminada para llegar a una meta, pero en el camino, esas reglas dejan indicios -a veces nebulosos y en otras más claros- sobre las realidades inmersas en el origen del conflicto; verlas, percibirlas y aprehenderlas es parte de esa fineza visual, interpretativa, valorativa del juez (u órgano administrativo) para emitir su fallo o resolución. En síntesis, el concepto de “fino bisturí de la justicia” en alegoría a ese instrumento quirúrgico en las ciencias médicas, alude al hecho de que una vez detectada la enfermedad que requiere de curación jurídica, la incisión en el punto afectado, es para extirpar de manera definitiva la patología y no para darle más tiempo al paciente -conflicto-. Por ello, en el desarrollo del trabajo, se analizarán temas, los que pese a su apariencia, han adquirido un peso específico en la administración de justicia, que esperamos que cada día lo sean menos.

a. La ideología política del juez: estatistas versus privatistas

En una entrevista al Presidente y supremo Juez de la Corte de los Estados Unidos, confesó que, únicamente cuando ejerció privadamente y asumió la defensa de clientes particulares comprendió verdaderamente lo que suponía el Estado de Derecho, y lo hizo en términos muy comprensibles al señalar: *“a un lado se encuentra el representante de la fuerza*

más poderosa del planeta: el Gobierno de los Estados Unidos y yo tengo un cliente, ya sea una persona física o jurídica; y esa fuerza tan poderosa desea hacer algo a mi cliente y todo lo que debo hacer es convencer a cinco jueces que el Gobierno no tiene derecho a hacer eso, y con ello ganaría. Y me chocó, porque es sorprendente que, siendo capaz de convencer a cinco jueces, el Gobierno retrocedería". El valor subyacente de estas declaraciones está en clarificar que la actividad jurisdiccional no tiene ideología -o cuando menos no debería tenerla²³- porque los valores están desideologizados y especialmente el valor justicia, dirigida a la persona y no a su pensamiento, porque igualmente se espera que sea pronunciada por un juez como persona y no como integrante o seguidor de un sector ideológico.

Se quejaba el letrado español²⁴, José Luis Villar Ecurra, de que en su país, *los jueces y Tribunales de lo Contencioso administrativo barren para casa y en lugar de controlar la actuación de las Administraciones Públicas se dedican a darle la razón por sistema con escasa o nula fundamentación jurídica*; en abierta alusión a una acusada ideología estatista de los jueces; por su parte, el catedrático catalán Jordi Nieva Fenoll, de la Universitat de Barcelona, sobre el mismo tema de la ideología de los jueces, expresaba que, cualquier juez o jueza, como ser humano que es, posee indudablemente una ideología en su vida privada y se ve influido por la misma en su vida pública, y remataba expresando que: *"todo ello es inevitable, el problema se produce cuando dicha ideología se refleja de forma patente en sus sentencias, hasta el punto de que el juez, atenazado por sus prejuicios ideológicos, manipula las interpretaciones de las leyes en beneficio de su propia orientación de pensamiento, o incluso tergiversa los hechos que debe juzgar con el mismo fin. Es más que probable que el juez que obra de ese modo no sea consciente de ello, o bien que siendo consciente crea estar obrando rectamente, para un buen fin colectivo, incluso para la defensa de una "razón de Estado", que naturalmente se compagina -es difícil que sea de otro modo- con su orientación ideológica"*.

A pesar de que algunos fallos judiciales dejan la sensación de que fueron redactados por un psicópata o un fanático, agregaba, en realidad siempre se trata de una persona o grupo, que considera estar haciendo el bien, aunque esa noción del "bien" no coincida

²³ Aunque resultaría contradictorio con el sistema histórico de composición y recomposición de la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde el Poder Ejecutivo -Presidente en ejercicio- postula en caso de vacantes, jueces abiertamente conservadores o abiertamente liberales según sea el partido en el poder y con suficientes votos en el Congreso.

²⁴ José Luiz Villar Ecurra, Revista electrónica Justicia.es, 2017. En nuestro suelo, se han dado situaciones no tan lejanas, pues siendo el autor, estudiante en la Facultad de Derecho, un profesor de Derecho Laboral nombrado juez en la Sala Segunda de la Corte, expresó urbi et orbe, que era total y absolutamente pro patrono y que mientras fuera magistrado, difícilmente un trabajador ganaría un caso y otro magistrado con antecedentes profesionales en la Procuraduría General de la República se declaró pro Estado.

con la sostenida por la otra parte de la ciudadanía desligada de la ideología al que están adscritos los redactores de la resolución. En ese punto se sitúa justamente el problema: en los conceptos de bien y mal derivados de la particular consideración de lo que es mejor para todos. Se trata claramente de nociones profundamente ideológicas comprensibles en el esquema de razonamiento de cualquier organización de acción política, pero que por más asentadas que estén en nuestras mentes, no pueden trasladarse a la expresión del poder jurisdiccional en un Estado democrático y constitucional de Derecho, dado que las conductas se evalúan en función de un ordenamiento elaborado colectivamente por el soberano a través de sus representantes populares, inspirados en los valores socialmente consolidados en el ideario colectivo que trazan la experiencia legislativa que posteriormente adquiere forma a través de la formulación rigurosa de los métodos y protocolos de las ciencias sociales.

De ahí que estaría claro para el ciudadano medio, que cualquier conducta que se considere delito, no es un crimen *per se*, sino que lo es porque la sociedad que así lo haya tipificado, estructuró las conductas socialmente admisibles y tal como fue estructurada y comprendida por los constructores de las reglas jurídicas para socializarlas, los comportamientos contrarios, harían imposible la convivencia; de ese modo también se comprende que en una democracia, nadie debe sentir ningún temor a pensar o de hablar porque para ello existe la libertad de expresión; las personas no deben sufrir la sensación paranoica de estar siendo vigiladas para lo que existe el derecho a la intimidad, y así sucesivamente con el resto de derechos. Esa es la orientación de nuestros actuales ordenamientos, basados en ese cientifismo impulsado por el racionalismo inglés y la Ilustración francesa a lo que se suma el cúmulo de pensadores y hombres de ciencia cuya labor complementó el conocimiento para mejor comprender la realidad del mundo en que convivimos.

El problema surge cuando se olvida lo anterior, y un juez se deja llevar por su noción ideológica con grave separación de la que debiera ser su única finalidad: la defensa de los derechos humanos, en las dos grandes dimensiones en las que son reconocidos, los morales y los materiales. La rigurosidad analítica y aplicativa del juzgador que se concentra en la causa y en "las causas", lo lleva a concederle la razón al patrono o al trabajador; al Estado o al particular, porque fáctica, técnica y jurídicamente es lo que corresponde en el caso sometido a su conocimiento y no porque comulga con alguna visión en particular.

En las condiciones actuales, el cuidado de no separarse del sagrado postulado de la justicia -ser ciega frente a los justiciables- es más complicado en tanto los jueces,

como miembros de la sociedad a la que juzgan, están imposibilitados de aislarse de su entorno, de los acontecimientos cotidianos y la lucha social -que no judicial- a la que son sometidos mucho antes de que el conflicto de intereses llegue a estrados; las amplias redes de información y la apertura de espacios masivos de opinión sin previa censura, sin control de condiciones ni contenidos, complican la pureza del pensamiento jurídico requerido; pero, en cualquier circunstancia, ninguna actividad humana consolida más la paz, genera más confianza, más seguridad y protege mejor las economías, que un Poder Judicial centrado en resolver conflictos a través de resoluciones ajustadas al sacrosanto manto del Derecho y de la Ley.

b. El Juez es un oficial de la ley y no de la política

La reivindicación de la independencia judicial y la inclinación hacia políticas partidistas en los procesos de nominación y elección de los más altos jueces de la República, es una constante y un contraste. John Roberts, Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos así lo sacó a relucir al señalar que el *Tribunal Supremo no es una “rama política” como lo son el Ejecutivo y el Legislativo, de ahí que la polarización que en los últimos años han caracterizado las confirmaciones senatoriales puedan afectar a la imagen del Tribunal Supremo*. Esa preocupación del *Chief Justice* sobre la situación en su país puede extrapolarse a nuestro sistema judicial, como consecuencia de los nombramientos de los magistrados por parte de la Asamblea Legislativa al tenor del artículo 21, inciso 3), de la Constitución Política; sin embargo, aunque los partidos políticos representados en el hemiciclo tengan sus preferencias por determinado candidato en razón de su ideología o incluso -más grave aún- por su activismo político, el núcleo de tales modelos de selección está más enraizado en la independencia moral del juez finalmente elegido a partir de su fortaleza e integridad para apartarse de los criterios políticos y concentrarse solamente en la Constitución y en la Ley. El magistrado norteamericano lo dejó muy claro, parafraseando el discurso inaugural de Thomas Jefferson, al decir que el nuevo juez *“is not a democrat, is not a republican, it’s a justice of the Supreme Court”*²⁵.

²⁵ Traducido significa que: El nuevo juez no es un demócrata ni un republicano -aludiendo a los partidos políticos predominantes en Estados Unidos de Norteamérica- es un magistrado de la Suprema Corte.

El segundo componente considerablemente importante en la labor jurisdiccional de los jueces, está conformado por el conjunto de haberes personales del juzgador -morales y materiales- frente a los contendientes en las causas judiciales. En un estudio que no se ha repetido en el sistema jurídico costarricense²⁶, el autor, basado en elementos estadísticos demostró las inclinaciones de los jueces a condenar o absolver -en materia penal, por ejemplo- según fuera su origen socio económico, lo que igualmente se puede extrapolar a cualquier otra rama del ordenamiento jurídico, como en el caso de los y las jueces de pensiones alimenticias, con una inclinación a imponer pensiones mayores a la capacidad de pago del obligado, en los casos donde el expediente está bajo la responsabilidad de “una” juez o en lo contencioso administrativo, con una marcada inclinación a favor del Estado -en sentido lato- ante la consideración de los juzgadores, de formar parte de ese aparato estatal al que juzgan²⁷.

c. Los componentes metajurídicos en las decisiones jurisdiccionales: su interpretación y valor

En este apartado, se hará una pequeña exégesis de varios elementos con incidencia en la sana administración de justicia, sobre los que cabe la reflexión para su determinar su verdadera dimensión sobre el valor justicia. Los llamamos componentes metajurídicos porque se trata de unas fórmulas subjetivas en la interpretación y aplicación de los institutos y principios jurídicos, que tienen una vocación de diferenciación unas de otras aun cuando están construidas sobre pilares semejantes en su estructura pero distintos en su finalidad.

c. I. Las escuelas jurídicas y su incidencia en la administración de justicia

En la sección 2) desarrollada inmediatamente anterior a la presente, se reflexionaba sobre el tema de la ideología de los jueces y los efectos y consecuencias de esas sus inclinaciones en el elevado acto de impartir justicia; esas apreciaciones estaba direccionadas al tema de las ideologías políticas en orden al poder político y su interferencia en los

²⁶ Gutiérrez Gutiérrez, Carlos José, El funcionamiento del sistema jurídico, Editorial Juricentro, 1979.

²⁷ Sobre este tema, puede verse el prolijo prólogo del Profesor Eduardo Ortíz Ortiz, al artículo de Jesús González Pérez, La justicia administrativa en Costa Rica, Revista de Ciencias Jurídicas número 24, San José, Costa Rica.

procesos -sobre todo en los tribunales de más alta jerarquía- más que a la interpretación y valoración ideológica que cada juez extraiga del ordenamiento jurídico. Un ejemplo de las intervenciones políticas con una marcada y evidente inclinación ideológica sobre órganos jurisdiccionales, fue la consulta realizada por el Estado costarricense a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que culminó con la opinión consultiva OC/24/2017 del 24 de noviembre de 2017 en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo. En esta subsección a) nos referiremos a la perniciosa incidencia de las llamadas escuelas doctrinales en el ámbito jurisdiccional, con grave daño en la administración de justicia.

Las sociedades que han sufrido los dolorosos embates de la dictadura y la tiranía apoyada por un ordenamiento jurídico controlado y al servicio del Estado, tienden a desconfiar de los poderes públicos, por lo que una vez superado ese estadio de servidumbre, se abocan a la elaboración y construcción de tesis o teorías reduccionistas de las fuerzas institucionales para delimitarlas a la más exigua posibilidad de intervención estatal en la vida privada de las personas, ofreciendo un ensanche de las posibilidades procesales de los individuos para exigir la imposición de límites al Estado. Las tesis reductivistas de los poderes públicos que se intenta llevar para convencer al mayor número de operadores jurídicos, nace del temor y del abuso de poderes representado históricamente por aquella tiranía presente en el inconsciente colectivo que la sufrió; por el contrario, cuando en una sociedad el papel direccional del Estado tiende a diluirse en lo que podría considerarse un excesivo espectro para el ejercicio de las libertades individuales, las tesis y teorías se inclinan por un Estado fuerte para imponer orden y disciplina pública, con una mayor ampliación de los límites y alcances de los poderes públicos para la seguridad de las personas y las cosas.

Son situaciones semejantes vividas en las experiencias particulares de los autores de esas doctrinas en sus relaciones con el Estado, las que difuminan el valor objetivo de esas llamadas "escuelas", porque las inclinaciones están basadas en el desengaño, el escarmiento o la vivencia de cada colectivo social frente a sus propios poderes públicos, o bien de las situaciones sufridas por sus heraldos, pero con la imposibilidad material de trasplantarlo sin matices entre sociedades cuyos historiales políticos y regímenes de gobierno son diametralmente distintos.

Frente a esas diferencias sustanciales en el plano sociológico, es jurídicamente inaceptable que, sin conocer el origen de esas exploraciones teóricas derivadas de experiencias desconocidas o peor, aún, ajenas al ambiente aplicativo de un determinado ordenamiento jurídico, en el orden individual o colectivo, los jueces asuman o implanten

posiciones doctrinales sobre tesis jurídicas carentes de arraigo en su historia institucional; pero más reprochable es que asuman o se inclinen sobre esas fundaciones escolásticas para resolver los conflictos sometidos a su conocimiento, cuando su función elemental y única por la que se le otorgan competencias y potestades, es para resolver un conflicto puntual de intereses, con ajenidad a esas pretensiones academicistas de convencer a un auditorio de la belleza abstracta de una determinada teoría jurídica porque al justiciable le interesa la solución a un problema concreto alejado de toda pretensión pedagógica sobre el principio, regla o instituto jurídico aplicable a la causa; las discusiones académicas sobre el Derecho son consustanciales a la academia, pero dañosas a la práctica forense.

Aunque en apariencia el tema parezca baladí, su importancia quedó patentada en una reciente presentación pública del juez de lo contencioso administrativo Ricardo Madrigal Jiménez en el Colegio de Abogados de Costa Rica²⁸, donde realizó un análisis comparativo de la jurisprudencia emanada de las dos secciones que componen el Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, dejando al descubierto un problema de grandes magnitudes en el ámbito de la administración de justicia, constituido por las distintas posiciones de los jueces integrantes de cada sección sobre un mismo objeto de discusión jurisdiccional, las que en su gran mayoría sobrepasaban la definición de distintas para convertirse en contradictorias entre sí, lo que nuevamente apareja otra discusión relacionada con el principio de independencia del juez, que el caso expuesto por el Juez Madrigal Jiménez, parece haber sido asumida in extremis por cada una de esas secciones en su contenido material, pero con abierta infracción al artículo 41 de la Carta Política.

La regla 41 anteriormente citada, dispone que recurriendo a las leyes, las personas encontrarán satisfacción a las injurias patrimoniales y morales de las que sean víctimas. Sin duda, la finalidad de estas leyes protectoras y garantes de los justiciables a las que hace referencia la Norma prima, es la de reparar la injuria recibida con ausencia e independencia de las tesis, teorías, doctrinas o escuelas jurídicas o filosóficas en las que se matriculen los jueces en su personal inclinación sobre lo que debe ser o la postura correcta en un contexto abstracto, porque la función principal del ordenamiento jurídico es el cumplimiento de la indicada finalidad protectora y garante de la libertad y la propiedad, con ajenidad a la pretendida superioridad de una escuela sobre otra; lo capital es solucionar el conflicto con estricto apego y ajuste a los elementos integrales de la causa con independencia de las preferencias intelectuales del juez.

²⁸ El nombre de la conferencia fue: "Análisis comparativo de la jurisprudencia de las dos secciones del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo", Colegio de Abogados, agosto 2018.

Es imposible cambiar de objeto de estudio sin referirse a otro elemento que toma importancia en el tema de las inclinaciones escolásticas de los juzgadores, como lo es la apertura procesal a un incidente de recusación contra el(os) juez(ces) por ese único motivo. En la conferencia del juez Madrigal Jiménez (identificada en la nota al pie número 28) se señaló que la Sección Primera del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo, sostiene que las medidas cautelares en materia contenciosa administrativa pueden ser aplicadas a las conductas administrativas y a los procesos judiciales en tanto no produzcan cosa juzgada material en el proceso, mientras que la Sección Segunda del mismo Tribunal se aparta de tales conclusiones y considera que las medidas cautelares solamente resultan procedentes frente a conductas administrativas por lo que respecto a los procesos judiciales se requiere de norma expresa que las autorice; también se presentó el caso de que la Sección Primera posibilita la inversión de la carga de la prueba cuando se soliciten medidas cautelares cuando se trata de despidos o de sanciones disciplinarias graves, con presunción *iuris tantum* de que el trabajador no tiene otro ingreso, mientras que la Sección Segunda se inclina por exigir del demandante de la medida cautelar la carga de la prueba en todos los casos, sin ninguna consideración al principio de presunción humana, lo que permitiría interponer recusaciones contra la sección entera porque el justiciable conoce de antemano el resultado de su gestión impugnatoria.

La claridad temática sobre esas dos secciones del Tribunal de Apelaciones en las que existen diferencias sustanciales con debilitamiento para una buena justicia administrativa, tiene las mismas connotaciones, efectos y consecuencias que se derivan de las escuelas jurídicas seguidas por uno o varios jueces, puesto que de conocerse abiertamente sus inclinaciones teóricas, el justiciable podría igualmente recusar al juez (o jueces) porque el veredicto está predeterminado desde antes de que se conozca el caso, por razón de que las pretensiones del proceso o, los agravios, tratándose de un recurso vertical, son contrarios a la prefijada posición escolástica del juez (o jueces) lo que a todas luces atenta contra el derecho a una justicia objetiva, equilibrada, imparcial y carente de preferencias.

c.2. El valor del antecedente

La práctica cotidiana del Derecho en las diferentes facetas que esta se produce, tiene efectos distintos según sean las capacidades intelectuales de los operadores jurídicos, así como el manejo de sus emociones vinculadas al dominio de la materia en particular. El estancamiento mental para el pensamiento creativo y distintivo en las

situaciones requirentes de solución, es apreciable en la masa jurisprudencial que ofrece una nada despreciable caterva de casos en los que se renuncia a la actividad intelectual; se aparta de la renovación interpretativa sin aplicación de elementos meta jurídicos con influencia en la causa objeto de atención; se denota un rechazo injustificado de los elementos diferenciadores entre los distintos casos, para en su lugar resolverlos a partir de la repetición de argumentos emitidos en otras causas y en momentos históricos distintos, con una deferencia hacia esos antecedentes como un acto de fe.

Esa tendencia deja vacíos en el ámbito de la razonabilidad, lógica y juridicidad de las sentencias ante la escasa fundamentación o una indebida sintaxis jurídica, por las diferencias causales y fácticas entre el antecedente y el tema debatido. Al concedérsele a la decisión precedente un valor casi pedagógico e irrefutable, en algunas circunstancias por su origen -cuando se trata de sentencias dimanadas de los más altos tribunales- o por simpatías intelectuales²⁹ se produce una desviación de los fines del concepto de justicia (que no del valor) porque esta, desde la perspectiva material y humana, consiste en darle a cada quien lo que en derecho le corresponde. El anclaje de los operadores jurídicos a los antecedentes o a la jurisprudencia según sea el origen de la resolución anterior aplicada -sentencia, dictamen, criterio u opinión administrativa- produce en esencia una parálisis en el desarrollo del Derecho como disciplina social e instrumento supremo para la solución de los conflictos sociales.

Con alguna regularidad se ha señalado que aferrarse a la jurisprudencia produce seguridad jurídica, lo que el autor comparte por dos razones básicas: a) esa premisa solamente es válida en los sistemas jurídicos donde la jurisprudencia es obligatoria³⁰; y b) la aplicación del antecedente jurisprudencial contiene en su origen mismo, la imposibilidad de asimilarlo a una situación posterior, como si se tratara de una operación aritmética y automática de repetición inconsulta e indiferenciada como sinónimo de certeza. Efectivamente, el antecedente de apoyo para resoluciones posteriores tienen el germen de la diferencia por el simple transcurso del tiempo entre la situación que lo crea y la siguiente al que se aplica, lo que es un elemento de consideración desde la perspectiva jurídica cuando no el principal, si se atiende que en múltiples ocasiones es el componente

²⁹ Jueces que resuelven siguiendo una determinada línea doctrinal, porque el suscriptor es o fue su mentor, profesor o amigo, o lo contrario, resuelven contra esa línea por todas las oposiciones anteriores.

³⁰ Es el caso del Derecho Anglosajón con especial mención del norteamericano. Sin embargo y -a pesar de que el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que la jurisprudencia de la Sala Constitucional es vinculante erga omnes, salvo para sí misma- la pendulación jurisprudencial desafecta esa vinculación precisamente por la inseguridad jurídica que produce su constancia variación.

diferenciador; piénsese -por ejemplo- en la valoración de la responsabilidad subjetiva y las posibilidades de una conclusión diferente, atribuible a un error en la transcripción de las actas de una sesión de un órgano colegiado en una época en la que esa tarea se realizaba manualmente, en relación con ese mismo acto en la era digital; aun cuando el operador jurídico se apoye en un antecedente o en una sentencia precedente sobre un tema similar para fundamentar su decisión, siempre es necesaria y propicia la justificación de las razones que la hacen susceptible de emulación para un caso distinto a aquel en que fue dictada, identificando los elementos similares de los cuadros fácticos así como de los componentes causales de ambas causas.

Aparte del aspecto meramente temporal en relación con las diferencias situacionales entre el antecedente y el caso posterior, resalta el elemento “grado o nivel” de jerarquía de las cuestiones debatidas en las segundas o terceras situaciones en las que se busca aplicar el antecedente. Conforme lo dispone el artículo 213 de la Ley General de la Administración Pública, la naturaleza y jerarquía de las funciones desempeñadas son elementos para determinar los grados de responsabilidad en que se incurre por actuaciones contrarias al orden jurídico; frente a una diferenciación como la dispuesta en el indicado numeral, la aplicación del antecedente deberá matizarse para adecuarla a la norma y a los hechos debatidos por lo que tal circunstancia el antecedente ya resultaría improcedente, salvo en sus contornos genéricos, esto es, en los principios que proponen o desarrolla, pero no en sus conclusiones y, un tercer elemento distintivo, es la naturaleza del proceso que originó el antecedente. Para este último componente señalado, mejor nos remitimos a una sentencia del Tribunal Constitucional español, donde en un asunto en el que las partes pretendían que se resolviera con fundamento en jurisprudencia de la misma cámara, se señaló:

“En efecto, si bien en ellas se abordaron disposiciones estatutarias similares al art. 134.6 CE, previstas en los Estatutos de Autonomía de Extremadura (STC 223/2006, de 6 de julio) y del País Vasco (STC 242/2006, de 24 de julio), las controversias se referían, respectivamente, a un recurso de inconstitucionalidad y a un recurso de amparo, procesos diferentes al que aquí nos ocupa. En concreto, y debido al tipo de cuestiones a que se debía dar respuesta en uno y otro supuesto, no resultó necesario precisar ni el concreto alcance de la potestad del Gobierno derivada del art. 134.6 CE, el denominado “veto presupuestario”, ni tampoco el alcance de las potestades de la Mesa de la Cámara una vez que el Gobierno ha hecho uso de esta potestad.

*A ello debe añadirse que, a diferencia del Reglamento del Parlamento Vasco, citado en la STC 242/2006, el Reglamento del Congreso de los Diputados no contiene reglas específicas que orienten a la Mesa de la Cámara en este tipo de procesos*³¹.

La más alta cámara jurisdiccional española, se separó de los antecedentes alegados por las partes, trayendo a valor presente los fallos anteriores, esto es, estableció una actualización de las condiciones temporales, procesales y fácticas frente a los elementos imperantes al momento de la emisión de aquellos antecedentes, con renuncia a la aplicación rasa e igualitaria de las valoraciones anteriores; de esta manera, la sentencia del elevado tribunal español cuestionó como premisas elementales para su decisión: a) la naturaleza de los fallos precedentes y, b) el objeto o naturaleza del conflicto que los originó. Efectivamente, el planteo de esos dos componentes resultaba necesario para determinar la aplicabilidad de los antecedentes a la situación en la que se reclamaban como pasibles de ser considerados, ante la necesidad de establecer un marco de referencia sobre los contenidos fácticos, procesales y sustanciales para el caso en particular.

Tal y como lo señalara el tribunal español, la naturaleza del proceso contiene en su propia génesis un marco fáctico distinto -aunque sea de contenido mínimo- ante la inexplicabilidad de que sobre una misma situación material y con igualdad de pretensiones, el ordenamiento jurídico contemplara la posibilidad de interponer dos -o más- procesos jurisdiccionales de distinta naturaleza procesal y en segundo lugar, sería impropio, por ilógico y por romper el muro de la razonabilidad jurídica, que si el cuadro fáctico fuese exactamente el mismo, se llegare a realizar ese segundo y subsiguientes procesos porque resultarían innecesarios ante la posibilidad de aplicarles de manera directa y sin agotamiento de todas las etapas, la sentencia original.

No obstante lo anterior, hay coincidencia en la validez de la repetición jurisprudencial cuando el elemento sustancial sobre el que versa el antecedente está relacionado con la interpretación de las reglas o de los elementos fácticos sirvientes al proceso de interpretación, en cuyo caso, la preferencia se inclina por la repetición interpretativa en aras de darle continuidad a ese proceso intelectual para seguridad de los justiciables. Así en la sentencia 2463/2016 del Tribunal Supremo español, sensibilizó sobre el carácter esencial

³¹ Tribunal Constitucional español, sentencia 12/2018.

de la jurisprudencia tendientes a establecer una línea interpretativa aplicable de manera genérica a las distintas situaciones fácticas, particularmente estableció:

“Entiende la parte recurrente que el requisito de la infracción "violación suficientemente caracterizada", exigida por la jurisprudencia del TJUE como uno más de los requisitos precisos para que nazca la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por los daños causados por el incumplimiento del Derecho de la Unión, deja de ser necesaria si no es requerida en el régimen jurídico interno del Estado concernido. A juicio de la actora, así se desprende de la doctrina del TJUE, concretamente sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y 9/90, (Frankovich y Bonifaci), asunto C-224/01 (Gerhard Köbler) y especialmente la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2010 , asunto C-118/08 (Transportes Urbanos). Aunque la demandante manifiesta conocer perfectamente que este planteamiento ha sido rechazado ya por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y cita al respecto jurisprudencia muy reciente, concretamente la sentencia de esta Sala de 22 de septiembre de 2014 (rec. cas. núm. 390/2012), insiste en su planteamiento, cuando lo cierto es que se trata de una posición muy sólida de este Tribunal que considera esta cuestión perfectamente clara. En efecto, ya desde la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 enero 2012 (rec. cont.-advo. núm. 588/2010) hemos afirmado la misma doctrina, contraria al planteamiento de la recurrente, y por tanto, y en virtud de la doctrina del acto claro, es de todo punto innecesario el planteamiento de la cuestión prejudicial al TJUE que solicita, al no existir el menor atisbo de duda de la esencial diferencia sustantiva entre la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión Europea, y la que deriva de los supuestos de leyes declaradas inconstitucionales. Como se explica en la citada sentencia de esta Sala de 18 enero 2012 , cit., «[l] a jurisprudencia comunitaria a la que se refiere el primero de dichos argumentos, incluida la que refleja aquella sentencia de 26 de enero de 2010 (TJCE 2010, 21), dictada en el asunto C-118/08 en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo, debe ser entendida en el sentido que resulta de las siguientes precisiones: A) Los presupuestos de procedibilidad aplicables a los recursos en

los que el objeto y elementos esenciales son similares, no deben diferir por la circunstancia de que unos se basen en la violación del Derecho de la Unión y otros en la del Derecho interno. B) Puede este, sin que a ello se oponga aquel, establecer un régimen jurídico interno en el que la responsabilidad patrimonial del Estado nazca cuando se cumplan o concurren requisitos menos restrictivos que los que aquella jurisprudencia fija como necesarios para que opere ese instituto de la responsabilidad patrimonial. Y C) Pero si la obligación de indemnizar se basa en que los daños o perjuicios han sido causados por la vulneración del Derecho de la Unión, sí son requisitos sustantivos o materiales necesarios y a la vez suficientes los que ella señala de modo reiterado, a saber: que la norma del Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; que su violación esté o sea suficientemente caracterizada; y, además, que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por estos. (...) En esta misma línea, aquel rigor ya fue implícitamente desautorizado por cuatro sentencias de este Tribunal Supremo posteriores a aquella del TJUE de 26 de enero de 2010, que la tuvieron en cuenta, que declararon, como no podía ser de otro modo, su carácter vinculante y que, pese a ello, analizaron si la infracción del Derecho de la Unión, en los casos que enjuiciaban, merecía o no ser calificada como "violación suficientemente caracterizada". Sentencias, tres de ellas, de fecha 17 de septiembre de 2010, dictadas en los recursos números 373/2006 (RJ 2010, 8095), 149/2007 (RJ 2010, 7998) y 153/2007 (RJ 2011, 679). Y la cuarta de 17 de diciembre del mismo año (RJ 2011, 711), dictada en el recurso núm. 488/2007» (FD Cuarto). Procede, pues, rechazar este argumento, al tratarse de una cuestión que está perfectamente clara, y no existe el menor fundamento para plantear cuestión prejudicial al TJUE sobre el extremo que pretende la parte actora (en este sentido, STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto CILFIT y sentencia dictada en el asunto da Costa, STJCE de 27 de marzo de 1963, asunto da Costa). Sentada esta conclusión, y para el debido examen del primer y esencial requisito, el de la infracción suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea, que la recurrente considera acreditada por la STJUE de 12 de julio de 2012, y las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2012, 15 de octubre de 2012 y 18 de enero de 2013, en cuyos procedimientos se plantearon las cuestiones prejudiciales resueltas por la del TJUE

de 12 de julio de 2012, será conveniente que continuemos con el examen de estos antecedentes jurisprudenciales, para determinar el alcance preciso de sus pronunciamientos sobre la eventual infracción del Derecho de la Unión Europea por la legislación del Estado que denuncia la recurrente, teniendo en cuenta las características del marco normativo en que se desenvuelve la imposición de tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local”.

Coincidentes con la interpretación anterior, la jurisprudencia adolece de un valor referencial cuando se aparta del cuadro fáctico para situarse en el plano abstracto de las reglas y los principios aplicables a la causa como derivación de las reglas, de donde la referencia a una similitud del cuadro fáctico implicaría considerar todos los elementos externos al espacio estrictamente jurídico, en que acontecieron los primeros hechos juzgados que provocaron el primer antecedente, como el clima político, económico y social, cuya incidencia en el resultado es incuestionable por los diferentes efectos y consecuencias en las relaciones jurídicas, como acontece, a modo de ejemplo, en un procedimiento de contratación pública por razones de urgencia y necesidad en distinción con el realizado en situaciones ordinarias o preconcebidas; es distinta la valoración de una limitación, supresión temporal o posposición de la declaratoria de un derecho subjetivo en tiempos de conflictos bélicos, que cuando se impone esa limitación, se suprime el derecho o se pospone su declaratoria en tiempos de paz; o la valoración de un incumplimiento contractual incurrido en razón de los efectos posteriores a un evento de la naturaleza³² o de hechos políticos impeditivos de su cabal cumplimiento por los efectos de estos sobre la economía (inflación, deflación, escases de divisas, crisis financiera y similares) en relación con un incumplimiento derivado de la exclusiva voluntad incumpliente de alguna de las partes.

El bisturí de la justicia debe ser afilado y preciso en el proceso operativo como con mayor constancia se ha manejado en el Derecho Comparado, donde la referencia al antecedente contiene en su germen, la sana intención de proyectar una solidez doctrinal en la interpretación y valoración del ordenamiento jurídico en su contenido objetivo; sin embargo, desde esa óptica, se estaría frente a un

³² Piénsese, por ejemplo, en la falta de pago de un crédito, porque con ocasión de un huracán, terremoto, inundación o situación parecida, los negocios del deudor disminuyeron su actividad.

primer esbozo de la rigurosidad con la que se deben asumir las causas sometidas a la justicia, administrativa, judicial o privada (cuando esta se inclina hacia los procesos arbitrales) en tanto resulta necesario analizar en cada circunstancia, las diferentes aristas en las que se desarrollan los eventos desencadenantes del conflicto, en una armoniosa y fina concatenación de los elementos procesales y sociales que se encuentran ínsitos en la causa, para dar la solución más ajustada y acertada; se trata de amalgamar las piezas separadas, unificarlas y extraer de esa unidad, la respuesta ajustada al conflicto, lo que trasciende la aplicación rasa de la regla jurídica o del antecedente jurisprudencial, que deberá por esa razón, subordinarse, en ese proceso de subsunción a los hechos, las pruebas y a la realidad.

En el seno de la administración de Justicia, los auténticos quebraderos de cabeza a los operadores jurídicos, es la existencia de sentencias contradictorias; jueces que discrepan entre ellos en órganos judiciales diferentes en su integración subjetiva pero iguales en jerarquía jurisdiccional que emiten sentencias con el mismo valor jurídico, pero con criterios opuestos; resoluciones judiciales que enfrentadas a los mismos o similares hechos los resuelven de forma contrapuesta sin ninguna motivación justificante de la contradicción resolutoria mas que la atribuida a las diferencias subjetivas, escolásticas o incluso, personales entre los juzgadores; la aplicación infundada de antecedentes jurisprudenciales con omisa valoración de los “hechos diferenciadores” como clave de bóveda que conduce en su verificación a una decisión distinta. Más inquietante -por no decir que inexplicable- es que ante dos casos con supuestos fácticos idénticos, el órgano jurisdiccional encargado de las causas, integrado con los mismos jueces resuelve de forma diametralmente distinta, inadmitiendo el asunto en un supuesto por falta de competencia material y en otro declarándose competente y resolviendo en cuanto al fondo; o bien declarar inadmisibles unas pretensiones para acogerlas en otras en circunstancias semejantes, en una muestra de maniqueísmo procesal al muy dramático estilo de una versión jurídica del “síndrome del doctor Jekyll”³³.

³³ El Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo rechazó una solicitud de medida cautelar contra el despido de una funcionaria, porque consideró que con los 32 millones de colones recibidos por concepto de liquidación de derechos laborales, tenía suficiente respaldo para sobrevivir por todo el tiempo que duraría el proceso de fondo, y en otra demanda cautelar de idéntica naturaleza, un trabajador despedido que gestionó la indicada protección, acogió el requerimiento al considerar que los Trescientos millones de colones otorgados al funcionario cesado a título de derechos laborales, no eran suficientes para sobrevivir el plazo de duración del proceso de fondo, sin que mediaran las razones diferenciadoras entre uno y otro caso, por las que una persona tenía suficiente para sobrevivir con el 10% de respaldo económico de lo que a la otra persona le resultaba insuficiente, cuando por los elementos cuantitativos, el resultado debió ser a la inversa.

Un párrafo de valor excepcional originado en Voltaire hace más de dos siglos (1764) disponía: *“Al día siguiente se vio mi proceso en una cámara del parlamento, y yo lo perdí por todos los votos: mi abogado me dijo que lo hubiera ganado por todos los votos en otra cámara. He aquí una cosa muy cómica; ¿luego cada cámara tiene su ley? (...) y si hubiera veinticinco cámaras de jueces, hubiera veinticinco jurisprudencias diferentes. A quince leguas de París tenemos una provincia que se llama la Normandía, donde el pleito hubiera sido juzgado de otra manera muy distinta que aquí”*. Ese sentimiento de decepción o confusión sobre el sistema judicial de la época, expresado por el gran filósofo francés está más actualizado que nunca, donde esos cambios de criterio se contemplan con naturalidad como una consecuencia de la evolución del factor humano. Un día es un voto particular al que en la oportunidad siguiente se le suman otros y cambia el criterio jurisprudencial; en un determinado momento se defiende con énfasis la (supuestamente) sólida jurisprudencia de un tribunal y acto seguido queda relegada por la jurisprudencia derivada de tribunales de distinto rango o naturaleza (Sala Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo).

Hay que tener presente que le corresponde a los más altos tribunales de un Estado, establecer a través de sus fallos, las líneas interpretativas del ordenamiento jurídico con creación de principios integrativos en los espacios donde el legislador omitió la regulación expresa; el valor real de la jurisprudencia está inscrito en la uniformidad de la interpretación y aplicación de las reglas jurídicas frente a determinados supuestos fácticos, que es lo mismo decir que ante los mismos hechos, la misma interpretación y aplicación; la diferencia estriba en que ante la presencia de elementos diferenciadores, resulta inadmisibles la aplicación del antecedente jurisdiccional por la variación aplicativa de la regla atinente al caso, no se trata ya de una distinta interpretación de la norma o principio interpretada por la jurisprudencia, sino de una regla o principio distinto que demanda una interpretación particular.

Lo mismo sucede, cuando el objeto de un proceso es el incumplimiento de una cláusula contractual y el más elevado tribunal declara que es incuestionablemente obligatoria porque conforme al artículo 1022 el contrato es ley entre las partes, está imponiendo una interpretación cerrada del artículo citado y acuerpando el principio universal del *pacta sunt servanda*, pero, cuando la discusión procesal versa sobre la interpretación de una cláusula contractual, son otras reglas y principios los involucrados que hacen improcedente la jurisprudencia anterior; cuando el tribunal mayor de la materia resuelve que un acto de despido es absolutamente nulo por no estar precedido de un procedimiento administrativo previo, e interpreta que la regla del artículo 308 de la

Ley General de la Administración Pública es indisponible, no hace extensiva esa decisión al caso donde se discute la nulidad de un acto de despido por falta de motivación con infracción del numeral 136 de esa misma legislación.

Siempre sobre el mismo carril de lo desarrollado arriba, la Corte Suprema de Estados Unidos, que también opera como tribunal constitucional, ha dejado establecido de manera clara y precisa, la libertad que ostenta para apartarse de sus propios precedentes, tal y como el legislador costarricense lo dispuso en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional³⁴; sin embargo, aquella Suprema Cámara a diferencia de las nuestras, cuando cambia de criterio tiende a advertir de la nueva doctrina jurisprudencial que en adelante asumirá, indicando en la sentencia que sería la última vez que aplicaba el criterio anterior consolidado; fundamentando las razones del cambio con mención precisa que en adelante ese sería el antecedente a considerarse para el futuro, salvo -por supuesto- otro cambio de criterio posterior³⁵.

La administración de justicia definitivamente está destinada a los espíritus superiores, es una labor titánica ubicada entre los dioses y los hombres; debe tratarse y ejercitarse con la misma altura en la que está posicionada, porque la diferencia entre el fino bisturí de la justicia y el hacha del verdugo trasciende los títulos académicos y la cantidad de obras jurídicas escritas; sin profundidad analítica, sin claridad de pensamiento, sin la pureza en las emociones y la objetividad de la mente; sin el desprendimiento de los juicios de valor subjetivos; sin la certeza de que se hace lo correcto, la justicia será siempre una simple ocupación desde las 8:00 de la mañana hasta las 4:00 de la tarde.

³⁴ El indicado artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dispone: "Artículo 13: La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma".

³⁵ Estos criterios jurisprudenciales en la Corte Suprema de los Estados Unidos, están muy marcados según haya mayoría conservadora o liberal, en función del color ideológico del Presidente que los nombró, aunque su nombramiento indefinido les permite votar con total soltura de carácter, con situaciones en las que con mayoría de un lado de la balance política, se han tomado decisiones calificadas favorables a la otra.

³⁵ Estos criterios jurisprudenciales en la Corte Suprema de los Estados Unidos, están muy marcados según haya mayoría conservadora o liberal, en función del color ideológico del Presidente que los nombró, aunque su nombramiento indefinido les permite votar con total soltura de carácter, con situaciones en las que con mayoría de un lado de la balance política, se han tomado decisiones calificadas favorables a la otra.

UN DERECHO ADMINISTRATIVO PARA EL SIGLO XXI



3

UN DERECHO ADMINISTRATIVO PARA EL SIGLO XXI

El hombre nace, crece, desarrolla sus capacidades, vicios y virtudes en el esquema de su vida individual, se reproduce cuando la naturaleza se lo permite -y su voluntad así lo decide- para final e irreductiblemente morir. Ese ciclo biológico y mental está concebido y determinado por las circunstancias temporales y espaciales de cada estamento histórico, fragmentado en las distintas organizaciones sociales que integran la humanidad, donde cada sociedad con sus particularidades culturales, económicas, políticas y su ubicación geográfica, dispone del contenido de sus valores de los que se derivarán los principios que se constituirán en el soporte normativo de la convivencia social. Muchas decisiones que en apariencia parecen ser el resultado de un proceso pausado de análisis meditado, de valoración objetiva y razonabilidad subjetiva, en realidad están condicionadas y tomadas con base en el pensamiento colectivo de cada lugar, tiempo y condiciones particulares (ya mencionadas, políticas, económicas, culturales) así por ejemplo, la decisión de contraer matrimonio, de tener o adoptar hijos, el número de ellos, escoger la profesión y otras decisiones similares, escapan en un elevado porcentaje de ocasiones a la voluntad exclusiva del individuo para depender más de las expresiones exógenas sobre las condiciones socioeconómicas y políticas del momento, que inciden en la psiquis del individuo que le hacen creer que son las realmente existentes³⁶.

El lenguaje como forma de expresión consustancial a los seres vivos sigue la misma dinámica. Varios siglos atrás, las sociedades más avanzadas o cuando menos las ya constituidas y delimitadas en sus contornos territoriales y sociológicos, evidenciaron la importancia de ampliar los horizontes geográficos y lingüísticos, cuya razón más

³⁶ A manera de ejemplo, en los últimos 20 años, cierto sector de la prensa con determinada inclinación ideológica le ha insistido al pueblo de Costa Rica que si no se aprueba un paquete de impuestos, el país entraría indefectiblemente en cesación de pagos, lo que está y ha estado muy lejos de la realidad, pero los efectos y consecuencias de esa constante insistencia ha sido la contracción de la inversión pública y privada en el campo económico mientras que en el social esa inyección de temor se refleja en el conservadurismo de las nuevas generaciones para la procreación, con incidencia en temas medulares como la sostenibilidad de los sistemas de pensiones; el volumen de la fuerza laboral y la reducción de las prestaciones sociales a los sectores más vulnerables.

sobresaliente podría concentrarse en la expansión del poderío económico que permitió a su vez la integración de otras lenguas al acervo cultural de los grupos conquistados que por lógica derivación implicó también, la asunción de los modelos de pensamiento; se acogieron las reglas aprendidas o impuestas y sus formas de aplicación sin preocuparse por su acomodo a las especificidades culturales de cada grupo humano; más adentrado en nuestra época y como una consecuencia derivada de un mayor intercambio cultural, económico y político entre las distintas sociedades, los particulares procesos migratorios en el campo académico ampliaron los horizontes cognoscitivos del llamado nuevo mundo³⁷.

En el campo jurídico y específicamente en el Derecho Administrativo (el que interesa a nuestros propósitos) se mantuvo el mismo orden expuesto en el párrafo anterior, a través de una abundante copia de la legislación, la doctrina y hasta de la jurisprudencia producida en lejanas realidades, aunque muy razonable y provechosa si se considera el mayor grado de avance y profundidad de esos Estados modernos en relación con la media de los países latinoamericanos. Los fenómenos jurídicos administrativos en la producción doctrinal así como la creación legislativa, pero especialmente la estructura de los procedimientos y procesos³⁸, se desarrolló en la vieja Europa con entera dependencia de las formas del ejercicio del poder, llámese monarquía absoluta, monarquía constitucional, república o dictadura (España con Francisco Franco, Italia con Benito Mussolini y en menor grado Portugal con Oliveira Salazar). Abrumados por el poder militar y el temor a la persecución en caso de disidencia, la doctrina se doblegó a la legislación, invirtiendo la fórmula natural donde primero eran el estudio, el análisis y las propuestas de los doctrinarios los que ordinariamente señalaban el camino del legislador y del juez. Fue a partir de la democratización de esos países (por mucho, los más influyentes en el campo jurídico para América Latina en el Siglo XX) lo que paulatinamente volteó el procedimiento creativo para arribar al estadio donde el ejercicio del poder fue diseñado previamente por la legislación emitida en desarrollo y convergencia ideológica con la doctrina más sólida o sobresaliente, lo que es lo mismo decir, que el Derecho Administrativo moldeó el ejercicio de los poderes públicos.

El punto medular de la disquisición está centrado en el concepto de un Derecho Administrativo para el Siglo XXI, porque deja entrever que este ordenamiento en particular debe modificarse para adaptarse a los cambios ocurridos a lo largo de todos estos años,

³⁷ En contraposición al término Viejo Mundo, especialmente atribuido a Europa.

³⁸ Para diferenciar el procedimiento administrativo del correspondiente a la actividad jurisdiccional.

cuando en realidad la finalidad del Derecho Administrativo al igual que la del lenguaje, sigue siendo la misma, porque la readaptación o reformulación de las reglas jurídicas administrativas están dirigidas a la regulación nuevas actividades y modelos de producción (en sentido genérico) que demanda una normativa más precisa para su desarrollo bajo los principios de respeto a la libertad, protección de la propiedad y a la democracia económica. En términos generales, el Derecho Administrativo se desarrolló y se mantiene a lo largo de la historia como una estructura jurídica en y para la organización del Estado tendiente a clarificar su funcionamiento en relación con los deberes y obligaciones que le son inherentes para satisfacer las necesidades fundamentales de su población, con límites preestablecidos al ejercicio de ese poder en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones y a la vez, para garantizar el respeto de los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas (antes denominados “administrados”).

Esa finalidad del Derecho Administrativo no ha cambiado ni podría cambiar sin que desaparezca simultáneamente su esencia, porque lo novedoso está delimitado a esos nuevos esquemas de acción del Estado en relación con los requerimientos sociales, como lógica consecuencia de la desaparición de los intereses básicos demandados antaño, para ahora, estructurarse normativamente para la regulación de temas tanto novedosos como complicados para la supervivencia humana, tales como la bioética, la biotecnología, la experimentación con células madre, la clonación, el mejoramiento de las especies (humanas, animales y vegetales) la conquista del espacio, la conquista, protección y regulación de los océanos y mares, la protección de las fuentes hídricas como fundamento de la especie humana, así como áreas igualmente condicionantes del desarrollo económico como las telecomunicaciones y todos sus ramales de similar factura en los que el Estado está obligado a intervenir para garantizar la vida, la salud física y mental de las personas, así como los requerimientos necesarios para su conservación.

Ciento sesenta y dos artículos sobre ese concepto de “un nuevo Derecho Administrativo” publicados en una sola obra jurídica en el umbral del Siglo XXI son un dato nada despreciable para dar cuenta sobre las intenciones evolutivas de la doctrina, preocupada por este compartimento del ordenamiento jurídico y su adecuación a los tiempos; sin embargo, de la lectura y análisis de los textos indicados, se confirma que más que un “nuevo Derecho” se trata de la introducción de temas y formas de actuación administrativa tendientes a solventar la ampliada demanda de servicios públicos así como de las mayores exigencias hacia los poderes públicos en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para satisfacer esas necesidades que el tiempo, la tecnología y las ciencias

han puesto sobre la superficie de la actividad humana, pero en todos los casos, la finalidad de la disciplina jurídica queda incólume.

Con frecuencia se alude a las crisis del Estado actual atribuyéndola a la incapacidad de satisfacer los fines para los que fue propuesto así como del problema de sus dimensiones, ámbitos y formas de actuación (Ortiz Díaz: 2000, página 64), pero precisamente, ese componente crítico es lo que demuestra que con independencia de las formas de actuación, de su tamaño o de los ámbitos en los que participa, lo que siempre está presente es una exigencia de cumplimiento de los fines públicos a los que el Estado dirige (o cuando menos debe dirigir) sus esfuerzos. Los cambios ideológicos, económicos y políticos consustanciales a las sociedades dinámicas son en esencia, los elementos que originan y demandan esas nuevas regulaciones y formas de actuación pública para ajustar el esquema productivo a los principios democráticos de libertad, propiedad y democracia económica, señalados antes, de donde la finalidad del Derecho Administrativo desde su génesis hasta la actualidad es asegurar que tales condiciones se cumplan en favor de la persona humana.

Una deficiente claridad conceptual derivaría en reprochables injusticias en el supuesto de que se modificara casuísticamente la finalidad esencial del Derecho Administrativo al dejar al descubierto los derechos individuales y colectivos cuya satisfacción en unos casos y protección en otros, es a lo que está dirigida la actividad del Estado. Al tenerse claro que el único fin del Estado es la persona humana y sus intereses particulares, la Administración se estructura y organiza sus conductas para satisfacerlos, porque constituyen la semilla de los intereses públicos como lo postula el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, al indicar que estos -los intereses públicos- se instituyen cuando resultan coincidentes entre sí, en representación de los de la generalidad, de lo que resulta que en la valoración de los hechos y la interpretación de las normas prevalece ese interés, los que por ser la suma de muchos debe comprender y procurar en la misma medida, la satisfacción del individual al constituir una parte alícuota del general. Para ubicarse en el campo práctico se puede acudir al desarrollo del artículo 50 de la Constitución, que estipula la obligación del Estado de proveer y mantener un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, para lo que se han decretado una serie de regulaciones para cumplir con ese cometido que no es otro que proteger la salud y la vida humanas, lo que aparejó como consecuencia directa que se establecieran límites a una variada cantidad de actividades humanas, a través de dispensas o licencias especiales otorgadas por las Administraciones públicas involucradas en el proceso, estableciéndose

jurisprudencialmente que cuando haya duda sobre la incidencia de la actividad frente al ambiente, la regla es la protección del ambiente, bajo el principio de *in dubio pro natura*.

Con tales conclusiones jurisprudenciales, se afianza el principio finalista del Derecho Público que postula al Estado -en cualquiera de sus facetas, legislativa, ejecutiva y judicial- como garante de los más elevados valores de la sociedad, razón por que la deviene en incomprensible que contrariando esa posición -ante un valor de jerarquía mayor como es la vida- el Estado se inclinó por proteger la actividad estrictamente comercial y por ende de inferior categoría a la salud humana con infracción del principio indicado con anterioridad a favor del ambiente, tal como acontece en el caso de las telecomunicaciones donde el principio *in dubio pro homine* carece de todo soporte jurisprudencial, porque se ha afirmado que ante la inexistencia de pruebas contundentes sobre los efectos en la salud de las emisiones electromagnéticas que generan residuos sólidos producidos por estas torres de telecomunicaciones, nace un impedimento para suspender las construcciones de este tipo de edificaciones en sitios urbanos, sin consideraciones de otra naturaleza como distancias, espacios, alturas ni similares, lo que constituye un desconocimiento y una degradación de los valores vida y salud humanas, que quedaron ubicados bajo esa premisa jurisprudencial ajena a todo rigor jurídico sustancial, por debajo incluso, del ambiente, el que ha sido sostenido contra viento y marea con ese su *in dubio pro natura*³⁹. Como se aprecia, sin necesidad de ningún esfuerzo mental, no se trató, como pareció entenderlo la jurisprudencia citada, de un nuevo Derecho Administrativo, sino de una valoración degradada y degradante del ser humano frente a la materia, por demás ajena a la finalidad de un Estado democrático de Derecho.

Ha sido la corrupción del concepto de Estado lo que ha provocado esas tendencias de atribuir al Derecho Administrativo una novedad de la que carece, mientras se mantenga la figura estatal en los términos en que fue concebida: para la protección y satisfacción de la persona. Por el contrario a esas rimbombantes proclamaciones de un nuevo Derecho Administrativo, lo que se le atribuye es un intento por introducir con mayor fuerza la promulgación de una legislación que por su contenido se integra al ámbito de esa rama jurídica en tanto demanda o requiere la actuación del Estado por la relevancia de los bienes y valores que están inmersos en ella, de ahí que resulte necesario, además de esa novedad legislativa, un nuevo modelo de interpretación y aplicación de las reglas más

³⁹ Sala Constitucional, números 14449 de las 8.54 horas del 31 de agosto de 2010; 6649 de las 10.20 horas del 17 de mayo de 2013 y 4471 de las 9.30 horas del 27 de marzo de 2015.

concentrado en los derechos e intereses de la persona humana para otorgarle mayores espacios jurídicos con el fin de reequilibrar la reducción de los espacios físicos a los que está siendo sometida. Consecuentemente no se trata de un nuevo Derecho sino de una visión novedosa e innovadora del Estado que requiere su conjugación con los nacientes requerimientos sociales derivados de la dinámica social.

a. Un nuevo modelo en la justicia administrativa

Un resumido enfoque conceptual de la justicia administrativa la configura como el sistema normativo donde se estructura y se instrumentan los procedimientos y procesos para establecer el equilibrio entre la prerrogativa pública y los derechos y garantías de las personas en los Estados constitucionales y democráticos de Derecho. El acompañamiento necesario para validar su funcionalidad y auditar su eficacia está constituido por los elementos jurídicos de los que se nutre para asegurar la rectitud de las decisiones que atienden la solución a los conflictos de intereses; dicho de otro modo, no es cualquier regla jurídica como tampoco lo es su interpretación casuística e iluminada por las veleidades intelectuales del operador jurídico, lo que hace a su justa medida para satisfacer la justicia; es, por el contrario, la valoración de la regla frente a su finalidad extrínseca lo que conduce a la satisfacción del valor pretendido, sea este la justicia en sentido amplio, o la equidad en sentido más restringido.

Se señala que en las Ciencias Sociales en general y en el Derecho en particular, la regla jurídica o social no es la que contiene el germen de su defecto sino que su deficiencia proviene del que la hace viable políticamente, por un lado, y operacional por el otro. En el primer caso, el fundamento genético se atribuye a un anhelo expresado en la representación popular (en el plano formal) y en el segundo, es su puesta en escena para ese colectivo humano que demandaba su emisión. De esta manera, cuando la norma opera con eficacia -que no con eficiencia, porque esta está limitada al cumplimiento formal sin parar mientes en el resultado- lo que hace es darle vida a ese deseo colectivo de proveerse de un medio civilizado para dirimir el conflicto, pero no de cualquier manera sino de la manera que mejor se ajuste al mérito de cada situación; de ahí la importancia de conocer los fines intrínsecos y extrínsecos de la regla procedimental o procesal sin cuya correcta aplicación, el Derecho sustancial, el verdadero, es un verdadero remedo de civilización.

Con ese enfoque político sobre las guías para insertarnos en una nueva justicia administrativa, se abordarán dos temas cardinales, cuando menos para el autor, a saber: el valor de la prueba en la justicia administrativa (I) y la responsabilidad funcional (II)

I. Valor de la prueba en la justicia administrativa

El tema de la prueba es uno de los temas álgidos en el Derecho para la toma de decisiones, sean estas judiciales o administrativas; materia sobre la que los procesalistas han abundado en argumentos y consideraciones de gran valía, pero con el defecto de omisión sobre las diferencias conceptuales y materiales requeridas para distinguir el valor atribuido a los bienes jurídicos tutelados según la naturaleza de la cuestión debatida. Aunque están bastante marcadas las diferencias valorativas de las pruebas en algunas ramas de la ciencia jurídica, tal es el caso de la prueba en el proceso civil en relación con el valor de la prueba en el proceso penal, enfocadas en cada caso a asegurar la jerarquía de los distintos bienes jurídico tutelados por cada vertiente del Derecho, la situación resulta distinta en el Derecho Administrativo donde los mismos bienes objeto de la tutela jurídica asumen una jerarquía distinta en razón de la *supremacía temporal* de unos sobre otros cuando los intereses en lisa así lo demandan, como es el caso del derecho fundamental a la propiedad privada, que en algunos casos cede para satisfacer intereses superiores de la colectividad y en otros resulta imperturbable aún frente a intereses generales pero sin la fuerza suficiente para imponerse.

El problema de la prueba en la justicia administrativa deviene cuando se le brinda un tratamiento igualitario en relación con otras ramas del Derecho, que como se dijo, atienden finalidades distintas tanto por los sujetos participantes como por los intereses defendidos; porque, se precisa, los únicos intereses que debe atender que se encuentran bajo la custodia de la Administración Pública -que no bajo su dominio- son los de su población considerada como un colectivo, en tanto el Estado carece de intereses propios, esto es, que los intereses públicos tutelados y amparados por la autoridad administrativa son los de todos, con prescindencia de los particulares de sus funcionarios, de la entidad o del órgano, como en alguna ocasión se ha interpretado de manera sesgada con la participación de los bancos públicos en el mercado financiero, a quienes se les atribuye una naturaleza jurídica de empresa pública de facto y con fines distintos a los que les corresponde, porque la precisión y claridad de las reglas constitucionales y legislativas indica que se trata de instituciones autónomas del Estado cuya finalidad y responsabilidad

es la de activar y reactivar la economía en un proceso concertado con el resto de la Administración, a través de la facilitación de créditos para la producción, lo que significa que su meta principal no es incrementar sus ganancias particulares para ostentar el lucro *per se*, sino como un instrumento para vigorizar e incrementar la riqueza nacional. Implica, con aplicación racional del ejemplo anterior, que ante un conflicto de intereses entre un particular y la Administración, el tratamiento de las pruebas de los hechos causantes del problema demandará una doble dimensión valorativa, tendiente a definir la finalidad pública inherente al ente u órgano público frente a los derechos subjetivos afectados con la conducta acusada, de donde el peso de la balanza dependerá del bien jurídico tutelado en esa particular situación y en segundo plano, establecer el valor particular de la prueba frente a los hechos desencadenantes del conflicto.

La regulación del tema probatorio en la Ley General de la Administración Pública, resulta interesante por las posibles contradicciones normativas vinculadas al objeto probatorio, como también resulta sugestiva la forma en que se analizan y valoran esas pruebas y más llamativo todavía, es la manera como el legislador autorizó el dictado de resoluciones -administrativas y judiciales- cuando se estrá frente a lo que calificó como una *ausencia de las pruebas cuando la realidad es que en una interpretación armoniosa y holística, estaríamos en realidad frente a una prueba de la ausencia de prueba*, porque por principio y por regla, las resoluciones administrativas se presumen completas y ajustadas al fin público perseguido, acuerpadas con las probanzas atraídas al expediente creado al efecto y que la causa requiere, tendientes a consolidar la decisión tomada y su necesidad pública, al partirse de la hipótesis de que las evidencias justificativas de la conducta estatal e incorporadas al expediente administrativo, están en completa consonancia con el objeto preestablecido para su dictado.

Dicho de otra manera, se trata de demostrar la legitimidad democrática de la resolución dictada ajustada a los medios probatorios autorizados por el ordenamiento jurídico, en consonancia con esa prueba, con exclusión de opiniones, criterios sin vinculación con el tema debatido, sino basada exclusivamente en los componentes sobre los que se construye. Una primera observación de la importancia de lo expuesto nos la ofrece el artículo 214 de la ley LEGAP, al disponer que el procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, donde el objeto más importante es la verificación de la verdad real de los hechos que sirven de motivo al acto final. En ese procedimiento administrativo establecido como requisito esencial y previo para el dictado de esa decisión final, pareciera que la verdad real o material es

el fiel de la balanza para la certeza de la decisión, pues además del artículo 214 de la LEGAP que la considera el objeto más importante, también el artículo 221 *ibid*, impone a la Administración concernida, una verificación de los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible, otorgándole la potestad de adoptar todas las medidas probatorias requeridas para cumplir dicho mandato, aún contra la voluntad de las partes.

Con el numeral 221 de la LEGAP citado, inicia la transformación de ese concepto inasible de la verdad real impuesta por el artículo 214 *ibid*, inicialmente mencionado, toda vez que en el segundo, el legislador optó por otro modelo de construcción normativa de la verdad real, y señaló que la verificación ya no es de la verdad real sino la replicación de esa verdad material de la manera *más fiel y completa posible* que es distinto a verificar la verdad real en su cruda materialización, por demás, poco menos que imposible. Efectivamente, en la práctica material de las pruebas, es posible que a través de métodos técnicos o científicos, se haga una reproducción simulada de una situación concreta, pero esta posibilidad está limitada al hecho puro, al hecho en su naturaleza, sin incorporar, en algunos casos por absoluta imposibilidad, la intervención humana, con lo que la reproducción fiel y exacta pierde toda posibilidad. Piénsese en el caso de un accidente (de cualquier naturaleza) donde una de las partes involucradas fallece; una primera imposibilidad de conocer su versión de los hechos, aunque el accidente se pueda reproducir, la motivación humana como parte de esa verdad material, se echaría de menos y con ello se perdería la posibilidad de arribar a una única verdad, por lo que ante situaciones semejantes, el legislador dejó abierta la posibilidad de que si esa verdad es infiel en todos sus contornos con lo acontecido, cuando menos, se acerque lo más posible a la realidad sufrida.

Por su parte el ordinal 297 *ibid*, dispone que la Administración ordenará y practicará todas las diligencias de prueba necesarias para determinar la verdad real de los hechos objeto del trámite, de oficio o a petición de parte, pero, de manera inmediata hace desaparecer esa obligación de verificar esa verdad real, al establecer en el inciso 3) *ibid*, que las pruebas que no fuere posible recibir por culpa de las partes se declararán inevaluables, truncando el principio básico de la verdad material como condición previa para resolver en definitiva el conflicto o trámite solicitado. En el tema de la verdad material como base y fundamento de las decisiones provenientes de la Administración Pública, tanto por la naturaleza de sus funciones como por los intereses que representa, las reglas probatorias no admiten aplicación discrecional para decidir la tipología y cantidad de las muestras que incorporará al procedimiento en cuestión, como tampoco hay discrecionalidad para

declararlas inevaluables por displicencia de alguna de las partes involucradas en la investigación, entre ellas, la misma Administración pública precursora del procedimiento de que se trate o cuando actúa como parte de un procedimiento frente a órganos de fiscalización o control. En ambos casos, la obligación de verificar los hechos en su verdad intrínseca se mantiene en tanto sus fines (aún en el supuesto de que sea una Administración la investigada por otra, en calidad de ente u órgano de control y fiscalización) son de naturaleza pública, expresamente regulados y de obligatorio cumplimiento.

La Ley General de la Administración Pública así lo impone en su numeral 216, al señalar que La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento administrativo con *estricto apego al ordenamiento* y, en el caso de actuaciones discrecionales, está compelida a actuar dentro de los *límites de la racionalidad y razonabilidad implícitos en aquel*. Del texto señalado, pareciera que se está en presencia de dos disposiciones contrapuestas con debilitamiento de la tesis expuesta en el párrafo anterior; pero en realidad, es únicamente una apariencia, porque el estricto apego al ordenamiento se mantiene aún en el supuesto de actuaciones con contenidos discrecionales, como se explica de seguido.

Las actuaciones regladas constituyen un blanco de fácil acierto al momento de pasar por el tamiz del fiscalizador, lo que no ocurre con aquellas que contienen algunos elementos discrecionales para lo que se requiere utilizar y aplicar las reglas hermenéuticas⁴⁰, para de esta manera vincular los elementos discrecionales del acto al contenido reglado y así ejercer la contraloría de legalidad de conformidad con el inciso 2) del artículo 15 *ibid*, a lo que se suma la prohibición de actuaciones discrecionales puras por la imposibilidad de *dictarse actos contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia* según el inciso 1) del artículo 16 cuya consecuencia, bien entendida, es la casi desaparición de la discrecionalidad.

Los hechos en su materialidad intrínseca solamente tienen una verdad, en tanto las razones por las que esos hechos o actos acontecieron son distintas al evento mismo y pueden reflejar varias verdades a partir de los distintos ángulos desde los que se pueden acometer y todas efectivamente válidas desde el plano material, cuya diferencia desde la perspectiva jurídica es la verdad utilizable para los propósitos requeridos. Hay que subrayar que la averiguación de la verdad real de acontecimientos pasados tiene el obstáculo de

⁴⁰ Según el diccionario de la Real Academia Española, se entiende por hermenéutica el arte de interpretar textos, originalmente textos sagrados.

su reproducción cuando se han modificado las circunstancias de modo, tiempo, lugar y condiciones materiales dentro de esas mismas circunstancias que son de igual relevancia, por lo que en tales casos, la pretendida verdad material quedaría limitada a un acercamiento a la realidad histórica de la acción, omisión o conducta investigada, validando que jurídicamente su búsqueda atiende al objeto tutelado y a su finalidad, donde las otras razones, fácticas, técnicas o jurídicas involucradas en la causa, serían las condiciones atenuantes o agravantes para la medida que se tomará con el acto final, o lo que es lo mismo, para determinar la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión frente al motivo y fin.

Si un funcionario público toma un vehículo institucional sin autorización porque fue llamado de emergencia por un percance sufrido por un miembro de su círculo familiar y en su desesperación por atender la urgencia sufre un accidente con daños materiales al bien público, estaríamos frente a tres verdades materiales, todas válidas: a) la emergencia familiar como causal para la decisión de tomar el vehículo sin autorización; b) que el funcionario tomó el vehículo sin autorización, y c) que le causó daños al vehículo (bien público) que deben ser reparados. A cuál verdad material habría que apegarse para dictar el acto final correspondiente? La respuesta está en la naturaleza y jerarquía del bien jurídico tutelable por la Administración; y cualesquiera que sea la primacía fáctica que se le otorgue a cada una de esas verdades, servirá para determinar los alcances cualitativos y cuantitativos de la decisión sancionatoria, formalizados por el legislador como la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción al funcionario.

Con la normativa rápidamente analizada en relación con el tema de la prueba, desaparece la duda sobre la intención del legislador de dotar a la Administración de las mejores herramientas legales para el mejor cumplimiento de sus fines, lo que se confirma con lo dispuesto por el artículo 298 de la Ley General de repetida cita, el que igualmente apegado al principio de la verdad material abona que los medios de prueba podrán ser todos los permitidos en el Derecho público aunque no lo sean en el Derecho común (entiéndase en el Derecho privado) como una forma adicional de garantizar la mayor certeza en el contenido de la decisión final que habrá de tomar la Administración, pues al abrir la tipología y calidad de las pruebas pasibles de ser incorporadas al expediente administrativo para que afloren los hechos en su verdadera esencia, esto es, con la menor contaminación posible producida por una inadecuada o dolosa manipulación, tiende a asegurar los derechos de las partes y de terceros así como los públicos, con expulsión de perspectiva o interpretaciones subjetivas y acomodada a intereses distintos a los públicos, que son de observancia obligatoria para el Estado.

Siempre en el tema de la prueba, es necesario analizar con mayor detalle lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 298 de la LEGAP, para contextualizarlo en el espacio para el que está diseñado. La actividad de la Administración Pública es la satisfacción de los intereses públicos considerados como la agrupación o suma coincidente de los intereses individuales, de conformidad con lo que señala el artículo 113 *Ibid*, de ahí la necesidad de aportar las pruebas necesarias para determinar la verdad material de los hechos que servirán de fundamento al acto final, el que por esa misma razón tenderá a satisfacer aquellos intereses, razón por la que esas pruebas se transfiguran al asumir una condición distinta a la de otros procedimientos o procesos ajenos a la materia. Esto es así porque el contenido axiológico del numeral indicado no se agota con la admisibilidad de todo tipo de probanza sino que se extiende a la jerarquía valorativa que tenga para el objeto del procedimiento, que la hace en esa misma línea, distinta a la prueba preestablecida para la demostración de los hechos en el Derecho común.

La amplitud de las pruebas en la justicia administrativa aparece como lógica y razonable consecuencia, un espectro mayor en los márgenes de su valoración, incluso, extensible más allá a las que el ordenamiento jurídico no administrativo les concede; a modo de ejemplo se tiene que, en un procedimiento administrativo la prueba aportada en un documento público como un acta notarial o una declaración jurada carece del valor articulado en el numeral 370 del Código Procesal Civil para los procesos civiles, esto es, no tiene el valor de prueba irrefutable porque por el principio de verdad material que impera en la justicia administrativa, ese documento público, sin necesidad de argüirlo de falso, puede ser refutado por otra prueba aún con un valor nominal inferior, como es el caso de la prueba testimonial que de manera cronológica, lógica y razonable la desacredite. Es razonable aceptar que para tales conclusiones, la valoración estaría en estricto apego a la realidad de la causa en que se debaten ambos elementos, al tratarse de una valoración casuística donde el contenido del documento carece de la relevancia sustantiva para resolver, que está en función de la tipología de conflicto de interés que se busca zanjar o de la satisfacción administrativa que se demanda.

Otro elemento que es conveniente analizar es la validez de la prueba incorporada al procedimiento en cuestión, porque conforme con el numeral 298, es posible introducir todas aquellas que *permitidas* en el Derecho público aunque no lo sean en el Derecho común. El término “*permitidas*” implica per se, una legitimidad de la probanza que se extiende a otras ramas distintas del Derecho administrativo pero que están reconocidas como falanges del Derecho público, como es el caso del Derecho penal en sus diferentes

modalidades: represivo, sancionatorio administrativo que se bifurca a su vez en el procedimiento disciplinario y en el sancionatorio no disciplinario, como en el caso del tributario. La categoría genérica de *Derecho público* que abarca al Derecho administrativo tiene como consecuencia, que a este último se le apliquen los principios garantistas del penal, en el que uno de sus más connotados componentes es el rechazo de las denominadas pruebas espurias para referirse a las obtenidas ilegalmente, esto es, en contravención con reglas formales y rigurosas que imponen un procedimiento específico para hacer llegar la información al sumario, entre las que se pueden citar los documentos contables, cartas personales, llamadas telefónicas, información bancaria, que están fuera del alcance de las autoridades administrativas regulares (salvo el caso del Ministerio de Hacienda, la Contraloría General de la República y eventualmente hasta el Tribunal Supremo de Elecciones, con potestades legales para violar esa otrora intimidad⁴¹).

A pesar del esfuerzo legislativo para objetivizar el procedimiento y su resultado, siempre quedaron algunos espacios para la intromisión de la subjetividad, al dejarse la valoración de las pruebas bajo las reglas de la sana crítica, al tenor del artículo 298 inciso 2) de la LEGAP. La sana crítica, señalan los autores que se han referido a ella, es la ponderación objetiva de los elementos probatorios que conduzcan razonablemente a una conclusión apegada a lineamientos de lógica en la interpretación de los elementos fácticos en relación con la prueba ofrecida para sustentarlos. La fórmula abierta y discrecional de valoración probatoria derivada de la “sana crítica” me inclina hacia la utilización de un lenguaje clarificador donde la valoración de la prueba no se convierta en un ejercicio de egos intelectuales sino en una operación de encadenamiento lógico sistemático entre los hechos y las pruebas.

Sobre ese nuevo modelo de justicia administrativa al que se aspira como sociedad dinámica e incluyente hacia la justicia y excluyente en la arbitrariedad, resulta necesaria la transformación de las reglas procedimentales -que no reforma legislativa- sino de la práctica aplicativa, en suma, del pensamiento jurídico y su morfología ancestral.

Deviene necesaria la separación del poder político del poder administrativo; el primero busca transformar la sociedad a través de lineamientos particulares derivados de una ideología purista del destino de la sociedad a partir de una visión ontológica, del deber

⁴¹ En el caso del Tribunal Supremo de Elecciones, se trata de la acción de verificación de las contribuciones económicas a los partidos políticos en los procesos electorales en relación con el monopolio de la interpretación de las reglas jurídicas otorgadas por el numeral 102 de la Carta Política. Pueden verse los artículos 28, 52, 86 al 88, 120 al 135, 275, 287 y 288 del Código Electoral, entre otros.

ser, desde el atalaya del dominio, el segundo es la fuerza normativa para el desarrollo de las técnicas requeridas para el primero para el cumplimiento de sus fines; es decir, no es el gobierno -en el ejercicio del poder político- el que impone las decisiones administrativas cuyo fundamento sea la ideología política imperante, sino el ordenamiento jurídico al que debe ajustarse mientras tenga vigencia y validez democrática las reglas que lo componen.

II. La responsabilidad funcional

La Sección segunda del Capítulo segundo del Título sétimo de la Ley General de la Administración Pública, ha tenido una aplicación muy limitada en cuanto al tema de la responsabilidad del funcionario público por los daños causados a terceros y a la Administración que integra. Las reclamaciones e imputaciones de responsabilidad del oficial público han estado delimitadas por los conceptos de dolo o culpa grave en el ejercicio del cargo, para los que se requiere la prueba de que en la conducta atribuida, intervino la mala intención, esto es, el previo conocimiento de los efectos negativos de su conducta activa u omisiva en el patrimonio jurídico del tercero y aún así, persistió en su decisión, o bien, que no existiendo esa intencionalidad alevosa, el daño se produjo como consecuencia de acciones u omisiones ajenas o muy distanciadas de las potestades atribuidas.

Una lectura más detallada de las normas en lisa posibilita extender esa responsabilidad a temas que están más allá de la conducta funcional en estricto sentido, para residenciarla en las condiciones del funcionario para ejercer el cargo, esto es, en su capacidad o preparación para el cumplimiento de las funciones que le fueron delegadas, haciéndose extensiva esa responsabilidad al oficial público que lo nombró. Efectivamente, la aceptación de un cargo por quien carece de las calidades materiales e intelectuales para ejercerlo es un acto volitivo que arrastra consigo la responsabilidad por los efectos y consecuencias de esa decisión, lo que está en perfecta armonía con la disposición constitucional del artículo 192, que demanda como un requisito esencial para integrarse a la nómina del Estado -en sentido lato- la idoneidad comprobada para el ejercicio del cargo al que aplica; condición que no nace del convencimiento discursivo sino de la realidad formal y material del favorecido, para evitar, distorsiones en el servicio, como señaló un autor al expresar que "si a cualquier ocurrencia se le pone rótulo o título, se le da cierta forma, y se la abona con opiniones del mismo cuño, eso puede sin duda hacer creer a algunos que hay méritos, aún no habiéndolo". (Bielsa, 1987: 285)

Ese proselitismo -como lo denomina el autor citado- hace peligrar el buen manejo de los recursos públicos y la buena prestación de los servicios estatales, de donde la responsabilidad por los vicios producidos en la función pública con daño a terceros o a la misma Administración exige la extensión de la responsabilidad tanto al directamente vinculado con el acto dañoso como al que lo escogió para cumplir un encargo público, porque, señalaba el autor, en el ejercicio del poder público no pueden tener curso las improvisaciones ni las modas, ni la palabrería". (*Ibid*)

En relación con la responsabilidad del funcionario autor de la conducta dañosa, el artículo 213 de la Ley General de la Administración Pública ofrece varias posibilidades. En primer término, está el grado de la culpa o negligencia que es dependiente de la jerarquía de las funciones desempeñadas y como segundo elemento a considerar –siempre derivado de la norma- está la tecnicidad de las funciones, que necesariamente conduce a valorar a su vez, la osadía del agente para asumirlas sin contar con el conocimiento adecuado para satisfacer las necesidades públicas a las que van dirigidas. De esta manera, las responsabilidades derivadas de la conducta dañosa, se direccionan hacia tres frentes, dos dirigidas al funcionario a quien se le atribuye directamente el acto, actividad, inactividad, acción u omisión y la tercera al superior que lo eligió, nombró o le delegó la decisión. En este último caso, el soporte normativo se encuentra en el artículo 212 *ibid*, que en su parte final dispone que el delegante será responsable si ha incurrido en culpa grave en la vigilancia o en la elección del delegado. La culpa grave del delegante a su vez, podría producirse por dos razones: a) porque sabía que el delegado carecía de las condiciones técnicas para y lo descuidó, y; b) porque no tuvo la suficiente agudeza para valorar los atestados del delegado para verificar el cumplimiento de la idoneidad requerida para el cargo o la tarea en cuestión.

**LA MOTIVACIÓN DEL ACTO
ADMINISTRATIVO:
ANÁLISIS DE UNA PRÁCTICA FORENSE**

4

LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO: ANÁLISIS DE UNA PRÁCTICA FORENSE

El acto administrativo a sido a lo largo de la historia de la Administración moderna, la figura central que motivó a la doctrina a la construcción de numerosas teorías encaminadas a identificarlo, estructurarlo, purificarlo y aislarlo de otras formas jurídicas utilizadas para manifestar la voluntad de las autoridades públicas. La actividad administrativa se puede manifestar de manera física o material, o bien, de manera intelectual o formal; normalmente, a la primera se le denomina hecho y a la segunda acto, si bien es cierto, alguna doctrina considera que bajo una configuración general de la actividad administrativa, la actuación material requiere de una previa conducta formal, esto es, de una expresa manifestación de voluntad sobre los motivos y la finalidad, a modo de elementos que condicionan a la primera, o bien, para establecer los contornos bajo los cuales se deben ejecutar la decisiones tomadas en cumplimiento de los deberes generales y las obligaciones particulares en el régimen público.

No obstante, que la actuación material de la Administración es imputable a esta en sus efectos y consecuencias frente a terceros, en ocasiones resulta insuficiente para identificar con claridad y precisión la conducta administrativa realmente querida, cuando de esta se produzcan efectos contrarios al orden jurídico al que está constreñida en estricto apego al principio de legalidad positiva, que expresamente la encasilla su actuar conforme a una norma habilitante, sin perjuicio de delimitar esos poderes públicos, mediante la aplicación negativa del referido principio de legalidad, por los límites a los que está forzada por el catálogo de derechos fundamentales de la persona a los que subsumida y conminada a respetar y garantizar. Dos son entonces, las líneas trazadas para que la actuación material tenga lugar: a) una norma habilitante, b) una decisión administrativa expresa que defina sus contornos para el cumplimiento efectivo de la prestación pública llamada a suplir. De esta manera, resulta jurídicamente posible verificar el cumplimiento fiel de las potestades públicas y la atribución de responsabilidad sobre la base de conductas o actuaciones materiales separadas de esos límites.

En relación con los efectos que producen los actos formales y la actividad material, también hay diferencias; la segunda, modifica el mundo exterior temporal o permanentemente, sin crear derechos ni obligaciones formales frente a la Administración, o bien, puede ser el desarrollo de una actividad técnica sin efectos directos sobre terceros, por lo que estos -los efectos- cuando se producen, están en íntima y única conexión con los resultados producidos. En consecuencia, la actuación material únicamente se cuestionaría cuando haya un enfrentamiento entre los derechos o deberes de quien sea afectado; en sentido inverso, el acto administrativo formal, modifica -de alguna manera- la esfera de intereses del destinatario en tanto hay una afectación directa en su patrimonio jurídico, al generarle derechos o imponerle obligaciones frente a la Administración emisora.

Actuaciones materiales, como lo serían a modo de ejemplo, la revisión de los libros contables de un comerciante por parte de la Administración tributaria, tendrá efectos, únicamente, cuando del estudio se derive una obligación de pago, que deberá ser reclamada a través de un acto administrativo formal; o realizar una pericia como requisito previo para el dictado de una decisión; en ambos casos, se trata de operaciones técnicas. Otras actuaciones materiales, más rudimentarias, son la conducción de equipo pesado, (tractores, retroexcavadores, grúas, etc) para prestar auxilio a una comunidad incomunicada por inundaciones o derrumbes; la recolección de los desechos por las municipalidades, o bien, la ordenación del tránsito por los oficiales de la materia, carecen en sí mismas, de efectos directos sobre el patrimonio jurídico de terceros, aunque los puedan llegar a producir por una incorrecta actuación de los ejecutores.

Resulta fácilmente comprensible, entonces, que el acto administrativo esté revestido de componentes de seguridad desde la óptica cualitativa y cuantitativa, por cuanto como decisión final derivada de un proceso previo de juicio y conocimiento donde con claridad y precisión se manifiesta la voluntad administrativa, debe estar desprendido de cualquier oscuridad en cuanto a sus elementos; el hecho material por otro lado, si bien, también puede ser una manifestación de un juicio previo de valor y de conocimiento, en su externalidad se desconoce el resultado previo de esos juicios, porque lo que se materializa en el mundo real, son sus efectos, con el consecuente desconocimiento del destinatario en relación con los motivos o la finalidad perseguida.

La ausencia de los elementos constitutivos del acto administrativo en la actuación material por su propia naturaleza, impide, desde la perspectiva impugnativa, establecer los alegatos inclinados a reclamar su ilegalidad formal, primero, porque en esta forma de manifestación administrativa, el destinatario afectado la llega a conocer en el momento

mismo de su ejecución que es lo mismo decir, su conocimiento es a su vez un hecho consumado, que tiene como corolario procedimental o procesal, una reclamación limitada a las consecuencias en su patrimonio jurídico, sin posibilidades de revertir la situación a su estado original, como acontece con la actividad formal acreditada a través del acto administrativo.

En aras de lograr mayor claridad expositiva, de manera somera señalaremos los elementos objetivos y sustanciales en la estructura del acto administrativo, para luego adentrarnos en el núcleo del trabajo, el factor motivación, sus vicisitudes, su valoración cualitativa y su calificación final por quien tenga las competencias para decidir sobre su permanencia o extinción del ordenamiento jurídico.

a. El acto administrativo

Las decisiones de la Administración Pública pueden plasmarse de varias maneras, pero las dos básicas son las materiales y las formales; las primeras constituyen actuaciones físicas sobre las personas y las cosas, productoras de efectos jurídicos. Alguna doctrina, también denomina a las actuaciones materiales como hechos, sin embargo, este término resulta poco ilustrativo para identificarlas técnicamente, cuanto desde una perspectiva lingüística, los hechos resultan más cómodos para referirse a situaciones acaecidas en el mundo físico, con o sin la intervención humana, carentes de efectos jurídicos pero si de consecuencias jurídicas. Efectivamente, un hecho es un acontecimiento acaecido en un determinado momento y lugar, con consecuencias materiales y, posibles efectos jurídicos aunque estos últimos no constituyen una condición necesaria para configurarlo. Así un deslizamiento de tierras es un hecho de la naturaleza que modifica un espacio físico con eventuales efectos jurídicos derivados de las consecuencias producidas y las razones por las que aconteció; efectos y consecuencias que le pueden ser atribuidos a una persona física o jurídica en su condición de titular o responsable del inmueble donde acaeció el percance.

En el caso de las actuaciones materiales de la Administración, son manifestaciones racionales -aunque no siempre razonables-; son comportamientos que expresan la voluntad administrativa de producir un cambio en el mundo físico con o sin efectos jurídicos. De ahí que resulta imperativo hacer la distinción entre *la actuación material* y *el hecho* cuyas consecuencias jurídicas pueden resultar imputables a la Administración. Conducir un

recolector de desechos es una actividad material racional tendiente a la sanidad pública de las que resultan efectos jurídicos para la organización jurídico política responsable de esa actividad, pero si el vehículo recolector se queda sin frenos y se introduce en una propiedad causando daños, no se puede calificar ese hecho como una actividad material, porque no fue previsto ni querido, por lo que es un acontecimiento carente de efectos jurídicos aunque sí comporta consecuencias materiales con soluciones jurídicas.

Se explica de la siguiente manera. Los efectos son el objetivo previsto por la Administración a título de instrumento para modificar una determinada situación o estado de cosas, que pueden ser del orden material o inmaterial. En el primero de los casos -cambiar una situación material- se trata de la ejecución de actos con la finalidad de satisfacer una necesidad general o cuando menos, para disminuir un impacto negativo en los intereses de todos. Así, los cambios en la vías de circulación que realiza la policía de tránsito con ocasión de una manifestación o de un percance; la excavación de una zanja para desviar las aguas que amenazan con inundar un pueblo o la construcción de un muro de contención, son actividades materiales de la Administración por tratarse de actos racionales con efectos jurídicos formales y consecuencias materiales; formales porque se produce un debilitamiento de los derechos individuales, que ceden para la protección de bienes jurídicos superiores, y; materiales, porque se modifica el estado natural de las cosas. En el caso de la modificación inmaterial en razón de los efectos jurídicos de una decisión administrativa, se trata de la transformación del patrimonio jurídico de las personas, ya sea, ampliando, limitando disminuyendo su esfera de poder, entendido este como el espacio de acción de un individuo. El efecto buscado es precisamente lo que el acto va a provocar.

Muy diferente es el mundo de los hechos, en tanto estos como acontecimientos irracionales son incapaces de producir efectos jurídicos volitivos en ausencia de una voluntad subjetiva que sirva como elemento de valoración de su legitimidad, pero aún la inexistencia formal de efectos jurídicos, las consecuencias derivadas de su acaecimiento producirán a su vez, una transformación del mundo jurídico, esto es, que los efectos jurídicos no provienen directamente de los hechos sino solamente en el caso que produzcan consecuencias susceptibles de ser atribuidas a un sujeto. El desbordamiento de un río es un fenómeno natural, pero si era previsible que en algunos lugares causaría daños a terceros, estos pueden serle atribuidos a la entidad, órgano o funcionario que teniendo conocimiento de esa posibilidad, no tomó las previsiones para evitarlo, como sería por ejemplo, la construcción de diques, gaviones, muros de contención o alguna

otra estructura similar. De esta manera, el desbordamiento del río producirá, de manera mediata, los efectos indicados, únicamente en los lugares donde se produjo el daño y no en la totalidad del área por donde discurre. En suma, el hecho se caracteriza por una ausencia de voluntad, donde está ausente un “querer” consciente de la conducta, de sus efectos y consecuencias. La importancia del factor volitivo es tal, que alguna doctrina ha llegado a considerar como hechos, los actos del individuo mentalmente incapaz (Pérez Vargas: página 155, tercera edición)

b. El acto administrativo y el efecto mariposa

Los actos administrativos como manifestación del Estado tienen la misma finalidad de su titular, esto es, la satisfacción de los intereses de las personas que como elemento central lo integran y constituyen en su concepción primigenia donde la actualidad de sus cometidos no difiere de los que lo originaron y, ello es así porque sus efectos y consecuencias se reflejarían en el accionar integral del Estado como un todo. Esto conduce a que las repercusiones de la conducta administrativa en la totalidad de la estructura del Estado que se verá atacada por el movimiento sísmico nacido de cualquiera de sus partes al modo del denominado efecto mariposa⁴². Efectivamente, una conducta administrativa de pequeña escala en un determinado contexto repercute en el comportamiento de otras estructuras a escalas inmensamente superiores con efectos positivos o negativos según los efectos de la primera conducta en cuestión; de esta manera, cuando una municipalidad (ente territorial de pequeña escala) realiza uno o dos nombramientos de funcionarios municipales con grosera infracción a las reglas del ordenamiento jurídico, sin que esa conducta sea sancionada en ninguna de las formas posibles, la mínima escala

⁴² Según el efecto mariposa, dadas unas circunstancias peculiares del tiempo y condiciones iniciales de un determinado sistema dinámico caótico (más concretamente con dependencia sensitiva a las condiciones iniciales) cualquier pequeña discrepancia entre dos situaciones con una variación pequeña en los datos iniciales, cabe resaltar que sin duda alguna y sin explicación científica, acabará dando lugar a situaciones donde ambos sistemas evolucionan en ciertos aspectos de forma completamente diferente. Eso implica que si en un sistema se produce una pequeña perturbación inicial, mediante un proceso de amplificación, podrá generar un efecto considerablemente grande a corto o medio plazo. Es un concepto de la teoría del caos, como rama de las matemáticas, la física y otras ciencias (biología, meteorología, economía, entre otras) que trata ciertos tipos de sistemas complejos y sistemas dinámicos muy sensibles a las variaciones en las condiciones iniciales. Pequeñas variaciones en dichas condiciones iniciales pueden implicar grandes diferencias en el comportamiento futuro, imposibilitando la predicción a largo plazo. Esto sucede aunque estos sistemas son en rigor deterministas, es decir; su comportamiento puede ser completamente determinado conociendo sus condiciones iniciales.

proveniente de esa conducta se multiplica a niveles impredecibles en estructuras de mayor escala afianzadas en la legitimación de la ilegalidad, de ahí la importancia de valorar el acto administrativo no solamente desde su intrínseca particularidad, sino por los efectos expandibles que ocasionaría de validarse o anularse.

Lo expuesto conduce inexorablemente a una modificación de los procesos intelectivos de análisis y valoración de los actos administrativos conducentes a una conclusión allende la simpleza material de determinar la existencia y conjugación de sus elementos esenciales y la adecuación de estos al ordenamiento jurídico, para en su lugar incluir –hasta donde sea posible al operador jurídico- la totalidad de los efectos en relación con el fin genérico para el que existe el Estado y le fueron atribuidos los poderes. De esta manera y siguiendo la misma línea ejemplificativa anterior, se expone que un acuerdo en una Convención Colectiva de una porción mínima del Estado (ICE, INS, RECOPE) que tenga efectos sobre las finanzas institucionales, en una primera visión, tiene implicaciones para toda la sociedad por ese efecto expansivo hacia las demás partes del Estado como son las otras estructuras mayores o menores y de ahí a la columna vertebral que es lo mismo decir, finanzas públicas y servicios públicos.

Dos elementos esenciales discurren de esas condiciones: el formalismo y la motivación. El formalismo porque constituye el freno a la natural tendencia humana de auto expandir sus poderes, con lo que se busca evitar el abuso o el exceso de poder. Los franceses, acérrimos cultores del instituto del exceso de poder, adscriben sus preferencia a esa figura del Derecho Administrativo nacida para la fiscalización de la legalidad de las decisiones administrativas y las posibles nulidades, expresas, intrínsecas o subyacentes que puedan identificarse, con la diferencia de que en ese particular ordenamiento jurídico resulta posible declarar una invalidez del comportamiento administrativo aún en ausencia de daños a terceros, particularmente resulta especial el procedimiento, cuando se demanda el control previo del Concejo de Estado. Ese formalismo resulta esencial además, para limitar el ejercicio del poder a su justa medida; es decir, está concentrado en establecer los contornos precisos, el lugar preciso y la finalidad precisa, pero englobada en la particularidad institucional y general del Estado.

Por su parte, la motivación además de resultar de la imbricación de todos los elementos estructurales del acto, también permite determinar si la decisión administrativa satisface (o se inclina a satisfacer por su posibilidad futura) una demanda social representada en los poderes y fines atribuidos a la Administración y en las mejores condiciones para los afectados positiva o negativamente con la decisión; especial referencia al hecho de

las múltiples posibilidades de imponer, ejecutar o decretar conductas administrativas para satisfacer los fines públicos, en las que algunas de ellas siempre tienen mejores condiciones para los destinatarios que las otras.

c. Elementos objetivos del acto administrativo

Históricamente y a lo largo del desarrollo doctrinal, legislativo y jurisprudencial del Derecho Administrativo y su más connotado instituto, el acto administrativo ha permitido ubicar a esta fórmula de manifestación de la voluntad del poder público como la más visible y particular en que la Administración pública se manifiesta, lo señala como una estructura organizada en secciones que se complementan a través de lazos objetivos indisolubles, consistentes en los hechos, su valoración a la luz de las competencias y potestades públicas atribuidas al sujeto activo, acompañado del fundamento jurídico que justifica la intervención administrativa en un determinado campo del quehacer humano. Ese tramado fáctico jurídico debe mantenerse indisoluble en todo momento y lugar como condición para su vigencia temporal y validez formal, porque el rompimiento o desaparición de alguno de esos pilares fundamentales es suficiente para derrumbar el edificio jurídico derivado. A ese accidente jurídico del acto administrativo se le atribuye una nulidad o invalidez sobrevinida, cuanto ese hecho o acto acaecido posterior a su emisión deshace el conjunto armónico que el orden jurídico demanda.

El dogmatismo que ha imperado en la configuración del acto administrativo derivó en la creación de una suerte de plano jurídico, dividido -de manera mayoritaria- cuando menos en siete columnas de las que depende su sostenibilidad, sin perjuicio de otras de menor calado cuya presencia resulta necesaria únicamente en caso de específica indicación. Los soportes estructurales están a su vez divididos en objetivos y subjetivos, donde los primeros son, el motivo, el contenido y el fin, mientras que los segundos están representados por la competencia, la investidura, el procedimiento y la motivación, sin perjuicio que por razones de lenguaje, comodidad o simplemente por intentar ser diferente, algunos autores le otorguen otra denominación, sin que por ello se modifique su substancia. Adicionalmente se agregan -como ya se indicó- otras subdivisiones, entre las que se incluyen los componentes de modo, grado, lugar y tiempo, que según sea la naturaleza del acto en cuestión, estarían incorporados implícitamente en alguno de los pilares, salvo que, por su particularidad, alguno de ellos -o todos- sea requerido

de manera expresa, precisa y con la debida identificación en el mismo texto donde se manifiesta, pero lo que siempre resulta ineludible e incuestionable para su pervivencia en el mundo jurídico, es la integración, conjugación y complementación irrestricta de esos requerimientos doctrinales y legislativos.

Sin embargo, en este caso, como en muchas otras situaciones en el mundo jurídico, para la determinación de la regularidad exigida en los procedimientos administrativos⁴³, se requiere, además de la corrección de la decisión administrativa, una capacidad mínima del operador jurídico para valorar y calificar esa regularidad frente a la totalidad de los presupuestos requeridos para su satisfacción, debido a que es el cumplimiento material de cada uno de los componentes básicos lo que sustanciará su validez, esto es, no es la valoración en abstracto de cada uno de esos elementos sino la necesidad de esa decisión en el mundo real y particular de cada Administración, cuya actuación deriva de las reales o potenciales consecuencias de esas realidades y a partir de ahí definir los contornos de cada uno de los pilares sobre los que fundará su decisión. La simple alegación de defender o procurar fines o intereses públicos resulta insuficiente para imponer una decisión administrativa, que requiere, básicamente, estar apoyada en la protección de un bien jurídico tutelado expresamente por el legislador, con independencia de la voluntad individual, subjetiva, emocional del funcionario responsable de procurar su protección o satisfacción, porque esa subjetividad se constituiría, en ese supuesto irregular, en el nexo causal entre la decisión y los hechos, que por lógica derivación se aparte de la finalidad pública.

Señalado con mayor precisión, implica conocer que, aunque los elementos sustanciales del acto administrativo estén presentes, como en una especie de catálogo normativo, la decisión final sobre su regularidad depende de factores tales como, el nivel cognoscitivo del operador jurídico, su capacidad de lectura, valoración e interpretación del mundo jurídico frente al mundo físico, que establecerían el marco de rigurosidad conceptual y profundidad analítica con la que se abordaría el conflicto, como quedó de manifiesto en el sistema normativo costarricense, cuando sin indicarlo expresamente, la Sala Constitucional señaló que el juez ordinario podría invalidar actos que desde la perspectiva constitucional resultan perfectamente válidos⁴⁴, cuya incomprensión ha sido

⁴³ Es un término que se utiliza para indicar el ajuste de la conducta al ordenamiento jurídico.

⁴⁴ Entre otros, véanse los votos de la Sala Constitucional números 11509 de las 14.33 horas del 21 de diciembre de 2000 y el 5867 de las 9.33 horas del 14 de junio de 2002.

de tal entidad que los tribunales contenciosos administrativos sistemáticamente se han negado a conocer de cuestionamientos jurídicos ahí donde esa Sala se ha pronunciado, aún, cuando se trata de dos competencias distintas, aunque complementarias.

No obstante la unanimidad doctrinal sobre los principales elementos del acto administrativo, el cuestionamiento sobre su legitimidad trasciende la simple presencia de ellos, porque lo jurídicamente viables es la determinación del grado de incidencia de cada uno frente a la necesidad pública llamada a satisfacer, en tanto, alguno podría tener un valor relativizado en relación con los otros, frente a una particular situación fáctica en relación con la finalidad pública. Sería indicar que, conforme a la base genética del Derecho Administrativo, distinguible entre otras ramas del Derecho por estar dirigido a regular la actividad del Estado -visto en su totalidad- frente al individuo que lo integra, su finalidad general y básica a la vez, es el deber y la obligación de actuar ahí donde los fines para los que fue instituido se lo demanden, o bien, desde una perspectiva axiológica, determinar el bien jurídico requirente de tutela. Es entonces, el valuator jurídico quien frente a la totalidad de las vinculaciones existentes: tiempo, lugar, motivos, bien jurídico tutelado, contenido preciso y fiel al motivo y dirigido a los fines, el que determine su validez, no porque contenga todos los elementos, como se indicó supra, sino porque esos elementos están entrelazados de tal forma que se cumple con la finalidad original. Se trata de una valoración donde el operador jurídico será quien determine la necesidad de un mayor o menor grado de incidencia de algún elemento considerado en relación con los efectos queridos por el ordenamiento jurídico a partir de los producidos por la decisión administrativa.

Esa es la razón por la que al considerar la naturaleza del acto y su finalidad, el valor presencial de esos elementos no se produce en igual intensidad en todos los casos, puesto que resulta posible validar una manifestación de voluntad aún cuando se perciba un debilitamiento de alguno de ellos, es el caso, por ejemplo, del contenido, cuya claridad y precisión resulta una exigencia legal, al tenor de lo dispuesto por el artículo 132 de la Ley general en relación con el contenido del acto, integrado por conceptos jurídicos indeterminados, por un lado y, dependientes de la valoración subjetiva del destinatario, por el otro, que hacen difícil atacar la decisión por esa particular circunstancia. ¿Cuándo un contenido no es claro ni preciso? ¿Cuándo es claro pero no preciso? ¿Cuándo es preciso pero no es claro? ¿Cuál es el contenido adecuado?

Las respuestas a esas interrogantes serán siempre casuísticas entre el acto en cuestión y la finalidad perseguida, puesto que aún con falta de claridad o precisión en este

elemento, resultaría posible extraer el fin perseguido. Sin embargo, no resulta posible hacer inferencias en cuanto al elemento motivación, una de cuyas características fundamentales es la claridad y precisión de contenido, integrado por los hechos, las pruebas y el Derecho aplicado, para la congruencia -tanto desde la perspectiva semántica como lingüística- de la decisión administrativa de que se trate, porque los elementos causales deben ajustarse en su totalidad o los utilizados como el atrio del procedimiento administrativo que debe preceder al acto concreto y definitivo; deben incorporarse con un análisis riguroso, técnico o científico, las pruebas consideradas como basamento de la decisión en estrecha relación con el Derecho que en cada conducta, comportamiento o decisión se consideró como pilar central. Primero, una exégesis de los tres elementos básicos del acto administrativo.

c. I. El motivo

Son las situaciones fácticas actuales o potenciales sobre las que descansa la decisión administrativa para actuar y resolver lo que de ellas se derive. En términos generales este factor no debería producir mayores problemas en tanto se parte de la hipótesis de que se trata de situaciones objetivas, verificables y presentes en el mundo real. Sin embargo, la realidad es otra. El artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública, dispone, que deberá ser legítimo y existir tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto, lo que no pasa de ser una declaración de principios que con facilidad se burla. El primer escollo deviene por la demanda de legitimidad que debe acompañarlo, cuando en múltiples situaciones, es, precisamente su ilegitimidad, lo que obliga a la Administración a intervenir, de donde la legitimidad del motivo está referida más a las competencias y potestades administrativas para actuar, que al evento mismo, que por demás, puede ser externo a la organización jurídico política o a su actividad. Efectivamente, la conducta que siendo extraña a los fines públicos demanda de la Administración una decisión, podría ser contraria a Derecho y por ello, precisamente por ello, el ordenamiento ordena una determinada solución. Piénsese por caso, el particular que con fraude obtiene un beneficio de la Administración (un permiso de construcción; un incremento en su jubilación; una licencia para comercio), en ese caso, el motivo que demanda una reparación del agravio es una actuación ilegítima del particular que legitima a la Administración para anular la decisión inicial a título de desagravio, con efectos allende la propia organización.

Sobre el motivo, la jurisprudencia ha señalado:

"El motivo es un elemento esencial del acto administrativo al tenor de lo dispuesto en el numeral 133 de la susodicha Ley. Está constituido por los antecedentes, los presupuestos o las razones, tanto fácticas cuanto jurídicas, que hacen posible o necesaria la emisión del acto. Sobre estos aspectos es que la Administración Pública entiende apoyar la legitimidad, oportunidad o conveniencia del acto administrativo. Así, son las causas o presupuestos, antecedentes jurídicos y fácticos que inducen a la Administración a adoptar el acto concreto; y que denota la conformidad que debe existir entre este y el propósito que el ordenamiento jurídico le asigna, ya sea, la satisfacción de un interés público a satisfacer en cada caso. Por eso, el citado numeral 133 exige que sea legítimo, por cuanto está supeditado al ordenamiento jurídico, como corolario del principio de legalidad que rige la actuación Administrativa, según el canon 11 de la Constitución Política y de la LGAP; y además, debe existir tal y como la Administración lo invoca, y que precisamente, sustentan la decisión adoptada, lo que denota su íntima relación con el otro elemento, pero formal, a saber, la motivación del acto, de donde, el contenido debe ser correspondiente con el motivo. El contenido, como su denominación lo indica, es la definición del efecto del acto administrativo, como resultado jurídico inmediato del mismo. De esta manera, es lo que declara, dispone ordena, certifica o juzga, y suele expresarse en la parte dispositiva de las resoluciones administrativas. Por ello, debe estar en estrecha relación o correspondencia con el motivo, y así, "debe ser lícito, posible, claro y abarcar todas las cuestiones de hecho y derecho surgidas del motivo", según lo exige el artículo 132.1 de la LGAP. Por último, el fin, constituye el resultado metajurídico y también el objetivo último que busca el acto administrativo respecto al motivo. Este elemento siempre es reglado, en tanto la ley lo fija de manera expresa y específica, y en su defecto, corresponderá al juez su determinación, sobre la base de los otros elementos del acto (motivo y contenido), no existiendo discrecionalidad de la Administración para su determinación. De este modo, el fin no es ni puede ser en beneficio personal del servidor público o de un tercero. De suerte que, si hay irregularidades en el motivo y el contenido, irremediablemente ello se traduce en una inadecuación del acto a su fin, manifestándose

como un vicio por exceso de poder, como lo prevé el artículo 131 de la citada LGAP, revisable en sede contenciosa, al tenor del mandato constitucional de su numeral 49.⁴⁵"

En múltiples ocasiones los motivos no nacen fácticas o jurídicas, que son creados *ex professo* por la propia Administración para justificar la conducta que emanará en consecuencia, sin el debido contrapeso en los órganos de fiscalización y control para determinar la verdadera y real existencia del motivo en los términos en que fue utilizado para emitir el acto. Un ejemplo de lo expuesto es que del texto del artículo 192 de la Carta Política, se extrajo y se legitimaron las reestructuraciones administrativas, las que conforme con esta norma tienen como fin reducir el número de funcionarios públicos por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los servicios. Sobre este tema, en el voto 3288-1994, la Sala Constitucional precisó que estas reorganizaciones deben estar basadas en necesidades reales y debidamente probadas a fin de evitar abusos de parte de los empleadores quienes bajo una justificación aparente conculcan los derechos de los servidores que estarían imposibilitados de ejercer una acción administrativa o judicial inmediata para detener este tipo de abusos.

Tal conclusión de obligada aplicación al tenor del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no logró permear los criterios políticos sobre los que se asentaron esas reestructuraciones cuanto a lo largo de la reciente historia de las reorganizaciones administrativas, se ha utilizado como motivo del acto administrativo de despido, la por reducción forzosa por falta de fondos o para un mejor servicio público; criterios que adquieren sustantividad por la indebida o una débil fiscalización para escrutar los motivos reales de la decisión administrativa, al tratarse de un procedimiento formal en los que los órganos intervinientes se limitan a verificar el cumplimiento de las formalidades sin ahondar sobre el fondo, sobre la realidad de la decisión, lo que resulta extensivo a los órganos jurisdiccionales, donde los jueces están todavía más limitados -desde una perspectiva material⁴⁶-

⁴⁵ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No 543-F-S1-2012, de las 8:35, de 10 de mayo de 2012.

⁴⁶ Resulta difícil para un juez determinar la cantidad de personal o las capacidades técnicas o profesionales que requiere una entidad que hace un proceso de reestructuración para mejorar servicios, sin que ello le impida la valoración jurídica del procedimiento ejecutado para tales fines.

para asegurar el mandato legal que exige como requisito de validez, la existencia de un motivo real o potencial⁴⁷.

Bajo un prisma distinto, esto es, cuando el motivo está originado en (o para) el desarrollo de la actividad administrativa, la legitimidad comprendería la justificación fáctica requerida para las decisiones que se vaya a emitir por la oficina pública en relación con la situación particular de origen, lo que no está, tampoco, exento de complicaciones jurídicas, ante la imposibilidad -en múltiples ocasiones- de valorar *prima facie* la conformidad del motivo con el ordenamiento jurídico. La dificultad valorativa es de origen, cuanto, las competencias y potestades para su ejercicio, adolecen de una amplitud tal, que todo -o casi- “podría” estar dentro del ámbito de acción de una determinada organización pública, sobre todo, ante la creciente ambigüedad del ordenamiento jurídico. Conceptos jurídicos indeterminados como la “probidad” utilizado con profusión en la Ley de Control Interno -entre otras normas- se utilizan como “motivo” para iniciar y concluir procedimientos disciplinarios carentes de respaldo fáctico, ni real ni potencial. Igual sucede cuando la Administración (mejor dicho, sus administradores) utilizan las “urgencias, emergencias o la prevención”, como motivo para la adquisición de bienes y servicios que ni real ni potencialmente requieren con esa premura exenta de controles, con el agravante de que los contralores se abstienen de anular tales decisiones, por temor, cálculo político o simplemente, por desconocimiento de las enraizadas potestades de las que están empoderados.

Las situaciones en las que tales situaciones se presentan son múltiples: no se conoce un caso donde se haya anulado una licitación pública para la compra de medicamentos con fundamento en la inexistencia de motivo para adquirirlos, sin embargo, la cadena de casos en que dichas compras resultaban innecesarias o sobreabundantes están plasmadas en la información histórica; igualmente los temores infundados de anular contrataciones de la Comisión Nacional de Emergencias para adquirir bienes, cuando utiliza como motivo, la prevención. En situaciones como las supra indicadas, la legitimidad de la decisión resulta prácticamente imposible de establecerla de inicio, por lo que su

⁴⁷ En la reestructuración del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo de 2014, el motivo original argüido por la Junta Directiva, fue la reducción de personal por problemas financieros en apego al oficio DFOE-FEC-12-2006 de diciembre de 2006 de la Contraloría General de la República, argumentado ante Sala Constitucional según se aprecia en la resolución 3908-2015 de las 9.05 horas del 20 de marzo de 2015; motivo que se transfiguró para encallar en un mejor servicio con independencia del crecimiento de la planilla. (Véase sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo, número 78-2018-V de las 10.33 horas del 2 de octubre de 2018)

ausencia demandará -siempre- un análisis mayor del requerido, para los otros elementos del acto administrativo.

c.2. El contenido

Este elemento se refiere a la adecuación de la manifestación de voluntad administrativa, al motivo y al fin. Debe ser preciso, lícito, posible, claro y abarcar todas las cuestiones de hecho y Derecho surgidas del motivo -expone el artículo 132 de la Ley General de la Administración Pública- lo que reconduce a las consideraciones expuestas sobre aquel (motivo) por la dependencia mutua. Lo lícito y posible son dos condiciones cuya valoración no demanda un especial análisis, puesto que el concepto de lícito está determinado por su armonía con el ordenamiento jurídico, sin embargo, debe entenderse desde la perspectiva exclusiva del principio de legalidad al que está sometida la Administración Pública, porque la licitud que se exige del contenido del acto, implica que la fórmula aplicada por la Administración para expresar su voluntad, está comprendida en el ordenamiento particular que la regula, pero además, debe ser conforme al resto del ordenamiento jurídico administrativo, constituido por la pirámide jurídica establecida en el artículo 6 de la Ley General de la Administración Pública, más las demás fuentes no escritas, al tenor de los artículos 7 y 8 *ibid*. Que sea "posible" parece ser una tautología, pero tiene sentido si se interpreta que la posibilidad del motivo lo sea desde una perspectiva técnica o científica, pero no económica, o bien que su puesta en ejecución requeriría de un esfuerzo de tal magnitud que lo torna en prácticamente imposible, por las distorsiones que provocaría, o bien, que siendo posible, acarrearía efectos y consecuencias que la sociedad no se podría permitir, tal es el caso de las decisiones con profundos efectos y consecuencias sobre los presupuestos públicos, con afectación adicional, a una gran parte de la población dependiente directa de esos recursos.

Por otro lado, lo que si resulta jurídicamente interesante es lo relacionado con la precisión del contenido, ante las posibilidades de emitir actos de contenido abierto que facilita su ejecución, o bien, utilizar un sistema de textura abierta que atenten contra los principios de buena administración o siendo menos trágicos, en perjuicio de la seguridad jurídica. La abertura en el contenido, en múltiples ocasiones resulta necesaria para el cumplimiento del fin público, pues de puntualizar en extremo, podría encamisar a la Administración, restándole la flexibilidad necesaria para atender las demandas sociales o el cumplimiento de específicos fines públicos. No es lo mismo autorizar a la Comisión

Nacional de Emergencias para la compra de “colchones” de manera genérica, que para la compra de un “número” definido y destinado a los damnificados de un evento de la naturaleza, que por principio no están predeterminados. De ahí que la precisión de la decisión administrativa resulta un concepto jurídico indeterminado que se va determinando conforme a las circunstancias lo permitan. No obsta lo anterior, para que ese requerimiento se cumpla en los casos, donde resulta absolutamente indispensable para la correcta ejecución, tal es el caso de un acto de nombramiento, donde la identificación del sujeto y la fecha de su incorporación deben estar debidamente clarificados.

c.3. El fin

A pesar de que expresamente no lo indica el artículo 131 de la Ley General de la Administración pública, los fines del acto administrativo, siempre deberán ser públicos, como pública es la actividad del ente u órgano que la desarrolla a quien se le otorgaron las competencias y potestades para su ejercicio que igualmente públicas, por lo que no existe libertad dispositiva para determinar esos fines, aún cuando no estén expresamente indicados en la norma atributiva de la competencia y la potestad. Importante por lo tanto, es la correcta lectura del inciso 2) del indicado numeral, al exponer que los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento y agrega que la ausencia de ley que indique *los fines principales no creará discrecionalidad del administrador al respecto*, lo que conduciría a sostener que los fines se establecerían a partir de una conjunción de elementos que estén vinculados estrechamente a la competencia así como al bien jurídico tutelado por la regla de Derecho, que están bajo la custodia formal o material de la organización jurídico política de que se trate.

Señalado de otra manera, significa que cuando los fines del acto administrativo están puntualmente señalados por el ordenamiento jurídico, el acto administrativo es absolutamente reglado en cuanto a este elemento, mientras que en su ausencia expresa, deberán ser sonsacados de la competencia principal que le fue atribuida a la entidad y órgano público, lo que significaría que estos se identificarán en consonancia con esa particular atribución que el legislador le delega de manera especial, por lo que cualquiera que sea la decisión administrativa, deberá estar encaminada a satisfacer los fines generales derivados de la atribución del poder público conferido.

Aparte de lo anterior, la referencia a *fines principales como* lo hace el inciso 2) del artículo 131, implica una posibilidad existencial de fines secundarios, que a su vez conduce

a un problema de interpretación y aplicación en la regla jurídica atributiva, porque frente a una omisión de señalamiento expreso de los fines principales ya sea por omisión o como consecuencia de una enunciación demasiado genérica y, seguidamente se establecen de manera puntual los fines secundarios, estos segundos tenderían a asumir la calidad de fines principales ante su plena identificación en detrimento de los primeros. Una norma creadora de una competencia institucional cuyo fin principal está dirigida a “reducir la pobreza” y como finalidades secundarias se le asigna la entrega de subvenciones en dinero en efectivo para adquirir bienes y servicios o directamente en productos de la canasta básica, impediría tener claridad hacia cuales fines debe trasladar el grueso de su presupuesto para completar los principales ante la potencial sustitución de estos por los secundarios que están debidamente declarados.

Como se aprecia, existen zonas de penumbras en el manejo de este elemento estructural del acto administrativo, cuando otras normas de aplicación general a toda la Administración Pública, devengan en la causa inmediata de la decisión de la organización; es el caso, a modo de ejemplo, de las normas de fiscalización y control legislativamente abundantes en conceptos jurídicos indeterminados que son fácilmente aprehensibles para oficinas y funcionarios concretos en función de sus tareas particulares, pero la extensión hacia otras áreas de la actividad administrativa crea dificultades de interpretación y aplicación por la carencia de vínculo de los términos lingüísticos con la naturaleza de la labor. ¿Qué implica sujetarse al deber de probidad aplicable a todos funcionarios públicos? ¿En cuáles casos un servidor de los señalados en el inciso 3) del artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública, está sujeto a esas normas? ¿Es el término “funcionario público” utilizado en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito comprensivo aquellos a quienes por disposición del inciso 3) del mismo numeral 111 e, inciso 2) del artículo 112 de la Ley general citada se les excluye de esa puntual categoría jurídica?

Valga subrayar que no empece lo anteriormente expuesto, en la práctica forense el control de los actos administrativos a partir del elemento *fin*, está alejada de las definiciones doctrinales desarrolladas, porque estas se han inclinado a la valoración del fin del acto a través del cordón umbilical como una extensión de la competencia principal atribuida a la entidad u órgano público de que se trate, mientras que en la práctica, la valoración del fin del acto se hace de manera singular y limitada al acto en su identidad particular, con ajenidad y desvinculado de las competencias y potestades públicas identificativas de la organización; es decir, la calificación de los fines del acto se realiza sobre el acto en concreto

sin sujetarlo al contenido material de aquellas competencias y potestades que hacen a la existencia de la organización administrativa. Los contralores de legalidad se mantienen al margen de esas valoraciones bajo la premisa que hacerlo implicará coadministrar, cuando en realidad esa falta de control es una abdicación de las competencias y potestades de control y fiscalización que le fueron atribuidas constitucionalmente.

A pesar de que el inciso 2) del artículo 131 de la Ley General de la Administración Pública dispone que el juez deberá determinar los fines del acto con vista de los otros elementos y *del resto del ordenamiento*, en nuestro sistema jurídico es difícil -por no decir imposible- que un órgano de fiscalización y control o un juez contencioso administrativo anule una contratación pública de un ente u órgano público, bajo el argumento jurídico en que se aparta de sus fines principales, como podrían ser los casos de las entidades de bien social que destinan altos porcentajes de su presupuesto a adquirir vehículos de lujo para sus funcionarios y para construir edificios de lujo, con grave detrimento de las finanzas destinadas a los servicios asistenciales que deben proveer.

c.4. La motivación

La motivación como elemento cardinal del acto administrativo, está muy lejos de ser una enunciación, enumeración o lista ininteligible y desenfocada de normas; por el contrario, este componente sustancial de la voluntad administrativa es una concatenación lógica y sistemática del ordenamiento jurídico particular a la causa y, vinculado, por mayor razón, al objeto del procedimiento administrativo, junto al motivo, el contenido y el fin; o lo que es lo mismo decir, es la conjugación armoniosa en tiempo, forma, espacio y contexto, de esos elementos con el Derecho que dan lugar a la decisión final. Sobre la motivación la jurisprudencia constitucional, ha señalado:

“En el contexto constitucional, el requerimiento de motivación de los actos y resoluciones administrativos implica imponer una limitación al poder público en el tanto se le obliga a apegarse al principio de legalidad, reconocido en el artículo 11 de la Constitución Política, y a la necesidad de invocar un criterio razonable en la toma de sus decisiones. En suma, es un mecanismo de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza la imparcialidad de la Administración, de ahí que no es mera formalidad sino un requisito sustancial que permite que el administrado conozca las razones del proceder

administrativo. Desde una perspectiva democrática, la motivación de los actos y resoluciones administrativas conllevan considerar al administrado como ciudadano y no como súbdito, de ahí que lo que se pretenda sea buscar persuadirlo de las razones que tuvo la Administración en su proceder, operando desde esta óptica como una forma de democratización de la autoridades administrativas en la que se le obliga a dar cuenta a la colectividad y a los interesados de la no arbitrariedad de sus decisiones". (Voto 8734 de las 15.10 horas del 5 de julio de 2005)

A la luz de ese pensamiento jurisdiccional, la motivación deviene en un principio del Derecho Administrativo, pero puntualmente en la sabia de un ordenamiento jurídico democrático tendiente a erradicar la arbitrariedad administrativa, porque en ella se plasman y desarrollan las razones -por demás está decirlo- objetivas, que determinaron el fondo de la decisión final. La persuasión como lo expresa la sentencia aludida, se entiende no como el convencimiento del destinatario del acto, sino como la perfecta armonización de los elementos considerados por la Administración para justificar su conducta y su accionar. Esta fórmula jurisprudencial se ha mantenido por el órgano jurisdiccional contralor de constitucionalidad, al señalar en otro lado:

"La motivación de las resoluciones administrativas, al incidir en los derechos de los administrados, es necesaria en el tanto constituye un parámetro de legalidad de la actuación administrativa y su ausencia restringe o limita las posibilidades de su tutela judicial. En el contexto constitucional, el requerimiento de motivación de los actos y resoluciones administrativos, implica imponer una limitación al poder público, en el tanto, se le obliga a apegarse al principio de legalidad, reconocido en el artículo 11 de la Constitución Política y a la necesidad de invocar un criterio razonable en la toma de sus decisiones. Sobre el particular, este Tribunal Constitucional ha sostenido que: "En cuanto a la motivación de los actos administrativos se debe entender como la fundamentación que deben dar las autoridades públicas del contenido del acto que emiten, tomando en cuenta los motivos de hecho y de derecho, y el fin que se pretende con la decisión. En reiterada jurisprudencia, este tribunal ha manifestado que la motivación de los actos administrativos es una exigencia del principio constitucional del debido proceso así como del derecho de defensa

e implica una referencia a hechos y fundamentos de derecho, de manera que el administrado conozca los motivos por los cuales ha de ser sancionado o por los cuales se le deniega una gestión que afecta sus intereses o incluso sus derechos subjetivos" (resolución número 07924-99 de las 17:48 del 13 de octubre de 1999). (Voto 15976 de las 17.48 horas del 23 de octubre de 2008)

Esta sentencia mejoró sustancialmente en relación con la primera expuesta, en cuanto dejó clarificado que la motivación, además de constituir un paliativo contra la arbitrariedad administrativa, se constituye en un componente esencial del Derecho de defensa y del debido proceso, porque a través de ella el destinatario de la decisión tendrá la posibilidad de atacarla administrativa razonadamente. En conclusión de principio, la motivación es una decisión concreta, que liga los hechos con el sustento normativo; de manera que cuando hay una breve alusión a normas generales y hechos inespecíficos, se puede concluir que no hay aporte suficiente de justificación, en la medida en que de ellos no es posible deducir los elementos valorados por la autoridad gubernativa para tomar la decisión, lo cual adquiere la mayor trascendencia cuando se trata de actos limitativos o restrictivos de derechos subjetivos o en los que se impone una sanción al administrado.

De ahí que se comparte la tesis que considera la motivación como una declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que llevaron a la respectiva Administración Pública a dicta o emitir el acto administrativo. Señala la doctrina que es la expresión formal del motivo que normalmente se encuentra presente en los denominados "considerandos -parte considerativa-. Al consistir en una enunciación de los hechos y del fundamento jurídico que la Administración Pública tuvo en cuenta para emitir su decisión o voluntad, constituye un medio de prueba de la intencionalidad de esta y una pauta indispensable para interpretar y aplicar el respectivo acto administrativo." (Jinesta Lobo: 2002)

En sentido inverso, no se comparte la tesis según la cual, la motivación debe determinar la aplicación de un concepto a las circunstancias de hecho singulares de que se trate, según lo reseña algún autor en aplicación de alguna jurisprudencia española (FERNANDO PABLO: 1993); no es, se repite, la aplicación de un concepto como lo expresó el citado autor, porque este término lingüístico arropado en sí mismo, carece de contenido para valorar una conducta -cualquiera que sea- y únicamente sería objeto de estudio y decisión cuando se vincule con un sujeto y objeto determinado, esto es, debe estar acompañado del sustantivo al que se refiere o identifica. La motivación como componente básico del acto administrativo tiene su basamento en los contenidos del expediente

administrativo constituido en el soporte material de respaldo de la decisión e integrado con todos los elementos requeridos para su validez, tanto formales como los sustanciales traídos al procedimiento y que resultan condicionantes de la decisión final; se trata en suma, de una decisión concreta que liga los hechos con el sustento normativo al que se añade la prueba que se constituye en el ligamen indisputable entre ambos -hechos y normas- al punto que la inespecificidad fáctica, generalidad normativa o abstracción probatoria, tienen como consecuencia la insuficiencia de la justificación, porque de ellas resulta imposible -no poco probable- deducir o presumir las valoraciones administrativas que derivaron en la conclusión final, que adquiere mayor relevancia cuando se trata de actos supresores, limitantes o restrictivos de derechos subjetivos, con incidencia en el patrimonio material o jurídico del destinatario.

La motivación se constituye de esta manera en el elemento asociador, en el componente que le da unidad al acto administrativo porque sirve de puente entre cada uno de los otros elementos vinculados entre sí. Efectivamente, ubicados en un contexto jurídico que divide al acto administrativo en siete elementos: competencia, investidura y procedimiento administrativo, como requisitos formales por un lado, más, motivo contenido y fin como las condiciones materiales, por el otro, se le suma la motivación como el sétimo elemento que le da sentido a las actuaciones imbricadas de cada uno de esos elementos entre sí para lograr un objetivo y satisfacer de último, una finalidad pública, de lo que nace otra necesidad clarificadora: diferenciar entre el objeto y la finalidad. Ciertamente, el primero es un instrumento de la segunda, por lo que debe estar sanamente diseñado y construido para lograr lo que el ordenamiento dispone satisfacer, pues en esta materia, el fin no justifica los medios; ubicados en un contexto estrictamente jurídico, se explicaría lo expuesto con lo establecido por el inciso 2) del artículo 214 de la Ley General de la Administración Pública, el cual dispone que *el objeto más importante del procedimiento administrativo, es la verificación de la verdad real de los hechos*, no obstante, esa verdad atraída al expediente tiene valor procedimental en la medida en que sirva para dictar un acto que satisfaga una finalidad, porque la verdad real per se, es inícuca, carente de importancia jurídica si no se acompaña de una decisión posterior que la tenga como soporte.

Ese es el contexto donde la motivación adquiere su verdadera dimensión jurídica, pues su vinculación con los demás elementos del acto trasciende la formalidad enunciativa de las razones justificantes de la decisión, con separación de adjetiva de esos enunciados recreados y en su lugar radicarse en esa realidad evidenciada con las pruebas, incluyendo los indicios que induzcan a una conclusión distinta, lo que demanda un esfuerzo mayor de

análisis para lograrla⁴⁸. En otras palabras, la disección de la motivación de una decisión administrativa por parte del contralor de legalidad para determinar su correlación con la realidad, el objeto y la finalidad pública establecida por el legislador, trasciende las consideraciones y argumentaciones de la Administración Pública y en su lugar asentarse en las evidencias técnicas, científicas, oportunas, convenientes y por supuesto razonables y proporcionales a los fines esenciales del acto o conducta cuestionada.

Conforme con lo expuesto, la motivación trasciende la explicación simple de las razones que llevaron a la Administración a tomar la decisión final, en tanto constituye un reflejo de la voluntad administrativa tendiente a satisfacer una finalidad de interés general, esto es, debe contener un razonamiento sólido y preciso de las razones por las que nació la decisión primaria (de expropiar por ejemplo) para finalmente concluir con las consideraciones puntuales para decidir lo decidido; en síntesis, no es el volumen de su contenido ni de las razones sino de la delimitación de la causa, el objeto y el fin.

⁴⁸ En los años 1987-1988, se emitieron varios Decretos de Emergencia mediante los que se delimitaban las zonas azotadas por algún fenómeno natural, con la posibilidad de indemnizaciones a algunos los productores de esas localidades a través de una oficina denominada Fondo Nacional de Contingencias Agrícolas. Los indicados Decretos estaban en apariencia debidamente motivados con señalamiento del fenómeno destructor, las fechas y las pruebas de los estragos realizados en las fincas productoras de la zona, sin embargo, adolecían de una extraña división geográfica que permitía la indemnización a ciertos productores en detrimento de otros de la misma zona afectada, a través del establecimiento de coordenadas para su aplicación; de esta manera, los ubicados dentro de esas coordenadas subjetivamente establecidas (criterios político-partidistas en aquella oportunidad) estaban separados por una cerca de alambre del que quedó fuera como si el fenómeno natural respetara linderos registrales. Dichosamente, recién puesta en escena, la Sala Constitucional los declaró inconstitucionales.

Referencias bibliográficas

- Agustin Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Diké, 1999.
- André de Laubadère, Manual de Derecho Administrativo, editorial Temis, Bogotá, 1984.
- Arland, Rodolfo, Ética Pública: teoría práctica, Revista Probidad, 6ª edición, Buenos Aires, enero-febrero-2000.
- Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, Manual de Derecho Constitucional; R, Madrid, 1996, página 93.
- Bocanegra Sierra, Raúl, El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, Instituto de Administración Local, Madrid, 1982.
- Burdeau, Georges, Traité de Science Politique, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, Paris, Tercera edición, tomo I, 1980.
- Chinchilla Marín, Carmen, La desviación de poder, Editorial Civitas, Madrid, 1999;
- Eduardo García de Enterría-Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, editorial Civitas, Madrid, cuarta edición, 1984.
- Eduardo Ortiz Ortiz, Tesis de Derecho Administrativo, editorial Stradtman, tomo II, San José, 1998.
- Ernesto Jinesta Lobo, Tratado de Derecho Administrativo, Biblioteca jurídica Diké, tomo I, San José, 2002.
- Escola, Héctor Jorge, El interés Público, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989;
- Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Centro de Estudios Constitucionales, tomo I, Madrid, 1982.
- Figueruelo Burrieza, Ángela, El derecho a la tutela judicial efectiva, Temas Claves de la Constitución española, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

- George Vedel, Derecho Administrativo, editorial Aguilar, Madrid, sexta edición, 1980.
- González Pérez, Jesús, El derecho a la tutela jurisdiccional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1989.
- González Pérez, Jesús, El principio de buena fe, Cuadernos Civitas, 1984.
- Gustavo Penagos, El acto administrativo, ediciones Librería del Profesional, Santa Fe de Bogotá, tomo II, 1993.
- Gutiérrez Gutiérrez, Carlos José, El funcionamiento del sistema jurídico, Editorial Juricentro, San José, 1979.
- Gutiérrez Gutiérrez, Carlos José, El funcionamiento del sistema normativo, San editorial Juricentro, San José, 1980.
- Hauriou, André et Jean Gicquel, Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, Édition Montchrestien, Paris, 1980.
- Hesse, Honrad, Significado de los derechos fundamentales.
- Hines Céspedes, César y otro, Reflexiones sobre el recurso de casación, Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 2006.
- Hines Céspedes, César, El procedimiento administrativo, un nuevo paradigma sobre su finalidad, Editorial Isolma, San José, 2009.
- Hines Céspedes, César, La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica, editorial Mundo Gráfico, 2007.
- Hines Céspedes, César, La legitimidad del Estado, Editorial jurídica continental, San José, 2016.
- Jaime Rodríguez Arana-Muñoz, La suspensión del acto administrativo, editorial Montecorvo, Madrid, 1986.

- Jinesta Lobo, Ernesto, El principio constitucional de la libre contratación administrativa: desmitificación del voto 998-98 de la Sala Constitucional, Revista Iustitia, año 24, número 277-278; Soros, George, *La vérité sur la crise financière*, Éditions Denoël, Paris, 2008.
- Jinesta Lobo, Ernesto, La dimensión constitucional de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, Editorial Guayacán, San José, 1999.
- José Antonio García-Trevijano Fos, Los actos administrativos, editorial Civitas, 1991.
- José María Boquera Oliver, Estudios sobre el acto administrativo, editorial Civitas, Madrid, 1988.
- José Roberto Dromi, Manual de Derecho Administrativo, editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, Rodolfo Saborío Valverde, Eficacia e invalidez del acto administrativo.
- Juan Alfonso Santamaría Pastor-Luciano Parejo Alfonso, Derecho Administrativo, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.
- Juan Carlos Casagne, El acto administrativo, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, segunda edición, 1981.
- Julio Rodolfo Comadira, La anulación de oficio del acto administrativo, editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.
- Kelsen, Hans, Teoría pura del Derecho, Editorial Universitaria, San José, 1982;
- Kilsberg, Bernardo, El rediseño del Estado, una perspectiva internacional, INAP, Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1996.
- Manfroni, Carlos, La convención Interamericana contra la Corrupción, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.
- Marcos M. Fernando Pablo, La motivación del acto administrativo, Editorial Tecnos, S. A. Madrid. 1993.
- Montoro Puerto, Miguel, Teoría de la forma de los Actos Jurídicos en Derecho Público, Editorial Marfil S.A., Valencia, 1976.

- Moreno, Mariano, Decretos y Reglamentos de 1810, Buenos Aires, 1989.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Vers un cadre pour l'intégrité solide: instruments, processus, structures et conditions de mise en oeuvre. Document de travail non classifié, Forum Mondial sur la Gouvernance, 2009.
- Pérez Vargas, Víctor, Derecho Privado, Litografía e imprenta Lil, San José, tercera edición, 1994.
- Quiroga Lavie, Humberto, ¿Es eficiente el sistema normativo?, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
- Rafael Entrena Cuesta, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos, Madrid, novena edición, 1987.
- Rodríguez Arana, Jaime, Principios de ética pública ¿Corrupción o servicio?, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993.
- Rodríguez Oconitrillo, Pablo, Derechos fundamentales, Editorial Juricentro, San José, 2001.
- Rodríguez Varela, Alberto, Ética y política, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 1995.
- Rubio Llorente, Francisco, La forma del poder, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Saviano, Roberto, Gomorra, Milán, Arnoldo Mondadori Editore, 2006.
- Smend, Rudolf, Derecho y Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- Sosa Wagner, Francisco, El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI: Homenaje a l Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2000.

Tomás y Valiente, Francisco, Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional,
Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Zeledón Zeledón, Ricardo, Casación por violación de la jurisprudencia, Revista
Iustitia, San José, 1992.

César Hines Céspedes es Doctor en Derecho con especialidad en Derecho administrativo y el Derecho constitucional. Ha sido profesor de la Universidad de Costa Rica y de la escuela Libre de Derecho; ha ejercido en forma liberal la profesión por más de 32 años. En sus principales publicaciones se encuentran Reflexiones sobre el recurso de casación en el proceso contencioso administrativo, Editorial Universidad de Costa Rica-Marzo-2006; La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica, Editorial Mundo Grafico S.A. Setiembre-2007; El procedimiento administrativo: Nuevo paradigma para su finalidad, Editorial Isolma S.A. 2009; La legitimidad del Estado, Editorial Jurídica Continental-2016. Además, ha publicado más de 45 ensayos y artículos en prestigiosas revistas nacionales e internacionales.