

**DESLINDE DE COMPETENCIAS ENTRE
LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONAL
Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA:
DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA**

Andrei Cambronero Torres¹
Iván Mora Barahona²
Abogados costarricenses

(Recibido 04/12/13 • Aceptado 03/12/14)

¹ Egresado de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica -UCR-. Diploma de Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia. Licenciado en Derecho por la UCR. Letrado del Tribunal Supremo de Elecciones y Docente de la Facultad de Derecho, UCR. acambronerot@gmail.com;
Tel: 2287-5949

² Egresado de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Diploma de Especialización en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos, Universidad de Pisa, Italia. Licenciado en Derecho por la UMCA. Prosecretario General a. i. del Tribunal Supremo de Elecciones. ivanbarahona17@hotmail.com
Tel: 2287-5555

Resumen: El ensayo analiza la discrecionalidad administrativa y la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el tema, específicamente los límites a su ejercicio. A partir de esos antecedentes se ofrece, además, una propuesta para el deslinde de competencias entre el juez constitucional y el juez ordinario en los conflictos de esa naturaleza.

Palabras Clave: Deslinde de competencias /Sala Constitucional / Jurisdicción Contencioso-Administrativa/ Discrecionalidad Administrativa

Abstract: The present essay analyses the administrative discretion and the evolution of the constitutional jurisprudence regarding the topic, specifically the limits in its exercise. Upon this background it is also offered a proposal to define the distribution of competences between the constitutional judge and the ordinary judge within the conflicts of this nature.

Keywords: Distribution of competences / Constitutional chamber / constitutional judge / ordinary jurisdiction / administrative discretion

Índice

I.- Aspectos preliminares.

II.-Delimitación del objeto de estudio.

III.-Control de la conducta Administrativa.

IV.- Diagnóstico de la jurisprudencia constitucional.

 IVI.-Parámetros de evaluación.

 IVII.-Deslinde competencial.

V.- Propuesta comprensiva para el deslinde competencial.

 VI.- Principios Generales del Derecho

 VII.- Razonabilidad y proporcionalidad.

 VIII.- Reglas unívocas de la ciencia y la técnica.

 VIV.- Propuesta concreta.

Bibliografía.

I.- Aspectos preliminares

La limitación del poder público es uno de los temas medulares del constitucionalismo moderno. Ciertamente, la tutela efectiva de los individuos sólo se logra a través de la “enajenación de la arbitrariedad”, estableciendo medios de control y cuidando celosamente el ejercicio de las prerrogativas del Estado, a través de la vigilancia efectiva de sus funcionarios. Sobre esto, el profesor Bidart Campos manifestaba: “*no se reconocen derechos para limitar el poder; sino, a la inversa, se limita al poder para preservar los derechos*”.

Sin perjuicio de lo indicado, no basta la existencia de contención formal del poder, debe darse una proscripción efectiva y real de toda acción con potencial autoritarismo; máxime cuando resulta imposible para el legislador prever todas las conductas dables al Poder Público para lograr una buena Administración del Estado. La ley, conceptualmente, adquiere una dimensión general y abstracta, lo que, indefectiblemente, deja “espacios”, rangos de acción para que los funcionarios públicos puedan, en ejercicio de sus competencias regladas, ejecutar acciones tendientes al cumplimiento del fin público, sin que para ello exista una previsión legal específica, más allá de la habilitante.

En otras palabras, resulta impensable llevar la legalidad a su extremo absurdo: la Administración está autorizada a realizar únicamente “*aquello que expresamente la norma le permita*”, mas el razonamiento no da para pensar siquiera en una positivización del amplio elenco de formas mediante las cuales, el órgano o entidad públicos, puedan llevar a cabo sus funciones.

Así, la discrecionalidad se presenta como una necesidad dentro de la dinámica estatal. El margen de libertad para incoar acciones tendientes a la consecución del fin público, se constituye en un elemento esencial para un gobierno. Ahora bien, retomando la idea de párrafos anteriores y conjugándola con ese innegable “campo de acción de la Administración”, debe decirse que, en un Estado Democrático, también la discrecionalidad debe estar sujeta al control so pena de caer en un contexto materialmente similar al de Francia prerrevolucionaria, donde las facultades omnímodas del monarca creaban una zona de inmunidad, de arbitrariedad en el ejercicio del poder. No es materialmente sostenible un postulado favorable a eliminar esa arbitrariedad, si no prevé mecanismos de blindaje o al menos no anticipa circunstancias oportunistas.

II.- Delimitación del objeto de estudio

Con base en lo expuesto, el presente ensayo se circunscribe al análisis de la situación jurisprudencial, parámetros de control y posibles abstracciones teóricas para determinar cuándo el control de la discrecionalidad de la Administración Pública, corresponde a la sede constitucional -por lesión a una garantía de relevancia constitucional- y en qué casos la fiscalización es propia del ejercicio de la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo, prevista por el constituyente costarricense en el numeral 49 del texto fundamental.

De lo expuesto es claro que se partirá de un *a priori* epistemológico fundamental: toda la actividad del Poder Público debe estar sujeta a control, más aún cuando –como ocurre en la discrecionalidad- el ejercicio de las competencias -por la indeterminación normativa necesaria, según se expuso- puede ser un vehículo para ocultar fines subrepticios de quienes ejercen conducta administrativa, hacia eventuales excesos o desviaciones de Poder.

III.- Control de la conducta Administrativa

La Administración Pública guía su accionar por el principio de legalidad, sujeción que se encuentra fundamentada en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), la cual es reafirmada por la jurisprudencia constitucional y de los tribunales ordinarios.

El sometimiento a la legalidad se entiende como el respeto y adecuación de la conducta de la Administración, tanto a las fuentes escritas como a las no escritas del ordenamiento jurídico. Conforme dicho principio, la legalidad significa un marco referencial positivo para el accionar de los poderes públicos, siendo insuficiente que sus actos sean compatibles con el ordenamiento; puesto que, además, es necesario que esos actos encuentren autorización en el marco jurídico: el contenido del acto autorizado debe ser predeterminado y deducible del ordenamiento. Sin embargo, su desempeño podría verse entorpecido por rigidez o por imposibilidad de reglar todas las situaciones jurídicas en que el Estado debe intervenir.

Cabe resaltar que la creación del aparato estatal y de los diferentes instrumentos o ámbitos de acción, no llevan otro fin que la satisfacción

del interés público el cual, también como los mecanismos de acción, tendrán que estar previamente señalados por el ordenamiento jurídico, suprimiéndose la posibilidad de que cualquier funcionario público pueda arrogarse la facultad de establecer los medios o fines por perseguir.

De esta forma, el ordenamiento jurídico ha dotado al poder público de dos ámbitos de acción para alcanzar los fines previstos. El primero de esos ámbitos espacios resulta ser el positivo, de naturaleza rígida, dogmática y directa. Son todas aquellas conductas administrativas que encuentran su límite en la ley misma; la cual les exige un formalismo rígido en su estructura básica o su constitución de previo a surtir los efectos deseados por la Administración. En otras palabras, son aquellas potestades o conductas administrativas regladas donde no existe ningún margen de apreciación, reduciéndose la actividad del Poder Público a la comprobación de los supuestos de hecho y derecho normativamente previstos.

En esta dimensión, podemos ubicar todas las conductas administrativas que tengan un medio y un fin claramente establecidos o reconocidos por el operador jurídico a partir de la cotidianeidad o frecuencia con que acontecen, o bien por la relevancia e impacto que puedan ocasionar sobre la dinámica jurídica. En tal sentido, la manifestación de la voluntad encaminada a producir efectos se encuentra condicionada al cumplimiento o existencia de los elementos del acto administrativo como presupuestos de validez y eficacia.

Respecto de los elementos del acto administrativo, la Sección III del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en sentencia n.º 02488-2010, puntualizó:

*...la existencia y validez de todo acto administrativo depende de la concurrencia de varios elementos esenciales, impuestos por el ordenamiento jurídico, que para una mayor comprensión, pueden clasificarse en **materiales**, relativos a los **elementos subjetivos** (competencia, legitimación e investidura), **objetivos** (fin, contenido y motivo -artículos 131, 132 y 133 de la Ley General de la Administración Pública y 49 de la Constitución Política) y **formales**, comprensivos de los (sic) forma en que se adopta el acto, sea, el medio de expresión o manifestación (instrumentación), la motivación o fundamentación (artículo 136 de la citada Ley General) y el procedimiento seguido para su adopción (artículos 214 y 308 de la Ley General de la Administración Pública y 39 y 41 de la Constitución).*

Con claridad pueden observarse los elementos que debe contener la conducta administrativa para reputarse como válida y eficaz. Esos requerimientos, en sí mismos, constituyen límites previstos para demarcar la zona de trabajo, son el camino a seguir para la consecución de los fines públicos; lo cual, evidentemente, se traduce en el *control de las conductas administrativas*.

El control de las manifestaciones administrativas opera a través del establecimiento de elementos básicos (medios) que no pueden ser modificados por el funcionario público y que su aplicación solo puede darse en atención a un fin público deseado (fin público preestablecido).

Sin embargo, esos mismos elementos que controlan el desenvolvimiento de la Administración se convierten en una garantía, pues mantendrán un estándar mínimo sobre las conductas desplegadas por el funcionario investido para ello. Tales conductas podrán ser analizadas y verificadas a través de la segregación de cada uno de sus elementos constitutivos; de forma tal que, en caso de existir algún vicio en las manifestaciones públicas, posibilitarán al sujeto (juez) a ejecutar un diagnóstico sobre los elementos para determinar las posibles fallas y/u omisiones acaecidas.

El segundo de los ámbitos anticipados, si bien se encuentra positivizado y controlado, lo cierto es que deviene flexible, controvertible e indirecto. En este plano ubicamos todos aquellos actos administrativos que por su especialidad posean un rango de discrecionalidad en su constitución y/o ejecución.

La discrecionalidad administrativa debe entenderse como la flexibilidad que el ordenamiento jurídico le brinda a la Administración para elegir de entre varias alternativas, la que satisfaga de mejor manera los intereses públicos. No obstante, es imprescindible aceptar que la actuación discrecional tiene que mantenerse dentro de los parámetros jurídicos establecidos para mantener su validez y eficacia; este último rasgo aparta el acto discrecional de la actuación arbitraria, cuya actuación dista de los límites fijados para aquella.

Sobre el tema, la Sala Constitucional, mediante voto n.º 06922-2010, indicó:

...la Administración debe realizar una valoración de las circunstancias, determinar cuál es la alternativa más viable y realizar una ponderación de intereses en una actividad tendente a la concreción del interés público. A diferencia de lo que ocurre con las potestades regladas, donde no existe ningún margen de apreciación, reduciéndose la actividad de la Administración a la comprobación del supuesto de hecho que prevé la norma para su ejercicio, en esa modalidad de función administrativa, la Administración tiene un mayor margen de actuación.

Ahora bien, a pesar de existir cierta libertad de acción en el acto discrecional, éste no será calificado de arbitrario mientras opere dentro del marco legal que lo habilita. Toda conducta administrativa (tanto la reglada como la discrecional) debe adecuarse a los parámetros que el ordenamiento jurídico establezca, por lo que la soltura que operador público posee no es más que una permisión que el derecho le otorga -para que cumpla un fin específico-, y no una facultad que aquél posee per se. Dicho de otra forma, si el operador jurídico cuenta con discrecionalidad para actuar es porque el ordenamiento jurídico así lo establece y por ende lo habilita, en caso contrario, el funcionario estaría actuado fuera de la ley.

En ese sentido debe mencionarse que es precisamente el artículo 15 de la LGAP el que autoriza a ejecutar discrecionalmente ciertos actos que, por ausencia de ley que demarque su accionar, debe ser atendida bajo actuaciones alternas.

La manifestación discrecional debe abstenerse a traspasar ciertos límites para reputarse como válida respecto de los intereses de la colectividad. No puede perderse de vista que, aún y cuando el acto es discrecional, no se exime de cumplir a cabalidad con los requerimientos que engloban los elementos del acto administrativo (artículo 132 punto 4 de la LGAP)

El acto administrativo no escapará al bloque de legalidad en tanto cumpla con dos requisitos irrenunciables: poseer los elementos objetivos y subjetivos del acto administrativo y, de otra parte, respetar los límites que el legislador le impuso al operador jurídico a efectos de poder externar conductas con cierta libertad para satisfacer el fin público.

Dichos límites trascienden el ámbito de la “normalidad” (regida por conceptos preestablecidos y claramente definidos) para tutelarse

por conceptos indeterminados que permitirán adecuar la conducta administrativa según la situación que se presente, sin que ello signifique operar fuera del ámbito legal. Lo anterior debido a las particularidades que la realidad pueda presentarle, y que, al no haber sido previstas por el legislador, deben ser atendidas bajo criterios diversos y espontáneos que puedan adecuarse a ella (tales criterios tampoco podrían haber sido asentados por el parlamentario por la imprevisibilidad del caso). Sin embargo, éste ha demarcado los límites que debe respetar el funcionario público en la búsqueda de una solución a la eventualidad; esas barreras indeterminadas -pero condicionantes-, son permitidas porque el ordenamiento las habilitó, de no ser así, no podrían tenerse como vía por transitar, tan siquiera podría ser una posibilidad valorable al estar fuera de la ley (se rompería el principio de legalidad).

La permisibilidad y regulación de la discrecionalidad administrativa, inicia con el artículo 16 de la LGAP, donde no solo se regula el accionar discrecional sino que lo hace restrictivamente al imponer como límites: las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica y los principios de elementales de justicia, lógica o conveniencia. En igual sentido, el artículo 17 de esa ley pone como obstáculo los derechos de los particulares.

Asimismo, la Sala Constitucional, en resolución n.º 5990-94, precisó que el respeto de la técnica y de la ciencia permite determinar la razonabilidad y la proporcionalidad de un acto administrativo.

Los límites que tanto el legislador como el juez constitucional han establecido para las conductas discrecionales, se traducen en los parámetros de control con los que debe evaluar el acto discrecional, a efectos de determinar si fue dictado dentro del bloque de legalidad.

IV.- Diagnóstico de la jurisprudencia constitucional

En relación con el abordaje de la Sala Constitucional y la discrecionalidad administrativa, se encuentran, a lo largo de toda la producción jurisprudencial, al menos dos tópicos relevantes: a) los parámetros para el control de la actividad no reglada de la Administración y, de suma importancia para el presente análisis, la dificultad presente en la determinación de la sede de control (dónde se ubica el límite entre las facultades del juez ordinario como contralor de legalidad y dónde puede actuar el Tribunal Constitucional como garante de las libertades públicas).

IV. I Parámetros de evaluación

Sobre los límites a la discrecionalidad, el órgano constitucional presenta una postura consistente tanto con el marco normativo (la Ley General de la Administración Pública) como con la doctrina mayoritaria. Se han reconocido como derrotero para evaluar la legalidad de la conducta administrativa desplegada: los Principios Generales del Derecho, la razonabilidad y proporcionalidad en la decisión o escogencia, las reglas unívocas de la ciencia y la técnica y, además, los derechos fundamentales del administrado.

La Constitución Política está compuesta no solo por normas escritas sino, además, por principios y valores. Estos principios tienen una doble función: permiten interpretar las normas e integrar el sistema jurídico. Este esencial instrumento jurídico, cotidiano, dinámico, fundamental e ineludible en el Estado de Derecho es también un mecanismo de protección y garantía de los cánones propios de los regímenes proclives a la tutela de los individuos frente al poder público.

En el caso particular de Costa Rica, con la creación de la Sala Constitucional en 1989, se da un cambio paradigmático. La concepción jurídica -ejercicio del Derecho en diversos espacios de lo público- es vista como la garantía por excelencia, para el ejercicio de los Derechos Fundamentales. Complementa lo anterior, el reconocimiento normativo y jurisprudencial de la aplicación de los instrumentos de derechos humanos vigentes en la República, en aras de consolidar la democracia con el respeto al principio de dignidad de la persona, como rector de la nación y, de forma muy sui génesis, el conglomerado social costarricense han interiorizado la valía de su existencia, a razón de medio eficaz para hacer valer sus derechos; incluso, en tiempos contemporáneos podría hablarse de un abuso al recurrir a la Sala Constitucional, como la vía privilegiada para la solución de conflictos.

En el voto 3194-92, la Sala Constitucional estableció que el Derecho de la Constitución:

es una unidad sistemática de valores, principios y normas que, en consecuencia, deben ser interpretados y aplicados no aisladamente sino con criterios y de manera también sistemáticos, en armonía unos con otros, los cuales resultan así indivisibles e interdependientes; condiciones éstas que resultan doblemente importantes en cuanto estén

involucrados en el caso derechos y libertades fundamentales, los cuales son a su vez, interdependientes e indivisibles también”(citado por Solís, 2008 p.120).

Ese mismo órgano de justicia constitucional de manera categórica ha declarado que los principios y valores son: “exigibles por sí mismos, frente a todas las autoridades públicas y a los mismos particulares, sin necesidad de otras normas o actos que lo desarrollen”. En nuestro Derecho de la Constitución existen una importante cantidad de principios derivados de las propias cláusulas del texto político fundamental, según lo ha determinado la Sala Constitucional, en el voto 4091-94:

... por la naturaleza habitualmente imprecisa, indefinida, abierta e indeterminada de las cláusulas que componen el Derecho de la Constitución, el interprete debe inferir de previo el sentido o contenido de esas cláusulas, lo que obliga a una interpretación lógico-sistemática de todo el texto constitucional, en armonía con los valores y principios que lo complementan y amplían (citado por Solís, 2008 p. 134).

Con esa visión material del Bloque de Constitucionalidad como antecedente, se puede evaluar el contenido de la razonabilidad y proporcionalidad, como principio. Por ejemplo, sobre el rol de ese criterio de optimización, el Tribunal Constitucional costarricense, en el voto n.º 10730-2008, indicó:

Conviene indicar que el principio de razonabilidad y proporcionalidad cumple un rol de primer orden en el Derecho Administrativo, al proyectarse en diversos ámbitos. Así, es de vital importancia como límite al ejercicio de la discrecionalidad administrativa, al establecer la Ley General de la Administración Pública que no podrán dictarse actos administrativos discrecionales contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (artículos 16, párrafo 1º, 158, párrafo 4º y 160). En materia de los elementos constitutivos de índole material objetivo (motivo, contenido y fin), debe existir una relación de proporcionalidad entre los mismos... (El resaltado es suplido).

La designación de “límite” que se hace a este principio le otorga una función de primer orden dentro del ejercicio exegético que debe realizar el operador jurídico al evaluar una conducta discrecional de la Administración. Aunado a ello, tanto la jurisprudencia como la doctrina (entre otras, vid. resoluciones de la Sala Constitucional n.º 18847-2008, 14882-2008 y 16725-2008), han definido como elementos constitutivos de este principio la: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Para que la actuación de la Administración sea legítima debe comportarse como: necesaria, entendido esto como “la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados” (Sala Constitucional voto n.º 8858-98); idónea, lo cual alude al cumplimiento satisfactorio del fin público mediante la medida adoptada, de forma tal que se alcance el objetivo propuesto bajo los parámetros de eficiencia y eficacia; y, finalmente, proporcionada, como aquella valoración del sacrificio del interés individual, donde el resultado debe conservar una relación razonable y proporcional respecto del interés estatal por salvaguardar.

En cuanto a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, la Sala Constitucional ha sido conteste en calificarlas como parámetro evaluador de la conducta discrecional, mas se ha limitado a hacer una ponderación de las mismas en casos concretos. El órgano no ha dado una definición conceptual particular, sino ha desarrollado la base teórica y metodológica de una determinada disciplina del saber humano a la materia bajo examen, según concuerden en el objeto. Pese a ello, en sede contencioso-administrativa sí se ha logrado una mayor profilaxis terminológica y conceptual de este parámetro.

En la sentencia n.º 02167-2010, de la Sección III del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, se explicó:

...las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, en tanto se constituyen, además, en un parámetro delimitador de la Discrecionalidad administrativa, conforme al artículo 16 del citado cuerpo legal, en tanto obliga a la Administración a que su actuación esté debidamente motivada en el conocimiento teórico adquirido de las distintas metodologías y disciplinas de la ciencia y la técnica, cuando ello lo amerite –como en el caso de la materia urbanística-, de manera que la voluntad de las instituciones públicas no depende de su libre arbitrio (o escogencia), sino de las valoraciones objetivas obtenidas conforme a las reglas técnicas aplicables al caso. En este sentido, se destaca la objetividad de los criterios técnicos, por cuanto “... si una técnica es científica y, por lo tanto, por definición, cierta, objetiva, universal, sujeta a reglas uniformes que no dependen de la apreciación personal de un sujeto individual, es obvio que no pueda en este aspecto hablarse de «completa discrecionalidad, sino que corresponde, por el contrario, hablar poco menos que de ‘regulación’ (sujeción a normas, en el caso de la técnica)»” (MARTÍN GONZÁLEZ, M., en su obra El grado

de determinación legal de los conceptos jurídicos. RAP, número 54, 1967, p.239), citado por DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. (Un estudio crítico de la jurisprudencia. Editorial Civitas, S. A. Madrid. España. 1997. p. 43.)

De relevancia, véase la “objetividad” atribuida a este criterio como instrumento “delimitador” de la discrecionalidad administrativa. La *lex artis*, como conocimiento teórico propio de un área del conocimiento, tiene una validez universal derivada del intersubjetivismo propio de la comunidad de expertos de esa disciplina en concreto. Tal criterio experto constituye una “voz” autorizada ineludible para la Administración, quien, aunque cuente con un ámbito de escogencia amplio otorgado por la Ley bajo ciertos supuestos, no puede incoar acciones o seleccionar medios violatorios de ese bagaje cognitivo específico, so pena de ilegalidad en la conducta.

Esta postura es reforzada por el mismo órgano jurisdiccional citado en el párrafo tras anterior, al reseñar la discusión en el trámite parlamentario de la LGAP:

En forma concordante, se manifestó Eduardo ORTIZ ORTIZ en la Comisión Legislativa que discutió el proyecto de ley de la Ley General de Administración Pública para incluir como parámetro de la discrecionalidad administrativa las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, al considerar “... en los casos en que la Administración actúe en materias técnicas que tengan un significado claro y preciso en el caso, las reglas técnicas van a ser, en este caso, como leyes, la violación de los aspectos técnicos de un acto administrativo de un servicio público, naturalmente va a ser una ilegalidad exactamente como si se estuviera violando un precepto legal.” (QUIRÓS CORONADO, Roberto. Ley General de Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional. Editorial Aselex, S. A. San José, Costa Rica. 1996. p. 99.) (Tribunal Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda, res. 02167-2010).

Así, pese a no existir una manifestación expresa en la jurisprudencia constitucional acerca del contenido de “las reglas unívocas de la ciencia y la técnica”, lo cierto es que la utilización de este parámetro por el órgano encargado de la tutela de los derechos fundamentales, implícitamente confirma su validez de cota al accionar discrecional de la Administración. La objetividad propia de los criterios especializados y coincidentes de la comunidad científica de una determinada rama del saber, dan el carácter de “ciencia” a ciertas manifestaciones del conocimiento, ya sean sociales como exactas; esto permite trasladarlas al ámbito jurídico de valoración, para tenerlas cual si fueran “leyes” de obligada observancia por el Poder Público.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha definido los derechos fundamentales de los Administrados como cauce de la conducta discrecional de la Administración. Dentro de la concepción de un Estado Democrático, el principio de dignidad de la persona humana coloca al individuo como centro de la actividad estatal; la Administración no puede desplegar conducta alguna (más aún en el campo de la discrecionalidad) que atente contra las prerrogativas concedidas a los sujetos en el eje de garantías del bloque de constitucionalidad. La eventual transgresión de un derecho fundamental supone un accionar ilegítimo por parte del ente público.

Este tópico ha sido desarrollado por la Sala Constitucional en los siguientes términos:

De previo a entrar en materia, la Sala considera necesario recordar que el recurso de amparo ha sido instituido únicamente para brindar tutela oportuna contra infracciones o amenazas inminentes a los derechos y libertades fundamentales; razón por la que, en general, su procedencia está condicionada, no sólo a que se acredite la existencia de una turbación - o amenaza de turbación - a uno o más de los derechos o garantías contemplados en la Carta Política o en los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el país, sino también a que el agravio alegado comporte una amenaza o quebranto directo y grosero de aquellos derechos, que por su carácter apremiante no permita esperar a que surtan efecto los remedios jurisdiccionales ordinarios. (...)

... se trata de su razón de ser; el componente indispensable para que su titular pueda obtener la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución ese derecho se ha otorgado y que, por ello, queda sustraído de la esfera de regulación de todos los poderes públicos. Lo anterior; en doctrina, es conocido como el contenido mínimo esencial del derecho. Sobre este tema concreto, se ha dicho que una limitación afecta el contenido esencial de un Derecho Fundamental cuando torna al Administrado en un mero objeto de la actividad estatal. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se condiciona el ejercicio de ese Derecho al cumplimiento de condiciones, presupuestos o requisitos de tal naturaleza que, en la práctica, hacen materialmente imposible o nugatorio su uso. (Sala Constitucional voto n.º 16725-2008).

IV.II Deslinde competencial

Clarificados los parámetros que, para el Tribunal Constitucional costarricense, deben valorarse a la hora de evaluar la discrecionalidad

administrativa, se pasa a exponer las líneas dadas por ese mismo órgano para determinar a cuál jurisdicción es la competente para dirimir conflictos de esta naturaleza.

A lo largo de su producción jurisprudencial, la Sala Constitucional ha sido conteste en reconocer su imposibilidad para sustituir al juez contencioso-administrativo en la fiscalización de los actos de la Administración, por cuanto el propio constituyente, mediante la creación de una jurisdicción exclusiva y excluyente en el artículo 49 del texto fundamental, estableció el control de legalidad como una atribución del juez ordinario especializado. En ese sentido, en la resolución n.º 06922-2010, se indicó: *“por imperativo constitucional (artículo 49) el control de legalidad, y con ello el ejercicio de las potestades discrecionales por parte de la Administración, es una competencia exclusiva y excluyente del juez de lo contencioso-administrativo”*.

Sin embargo, el problema se suscita en la delimitación del objeto: cuándo un tema debe ser abordado desde la legalidad y cuándo, por el contrario, la actividad de la Administración constituye un eventual flagelo por reprochar ante el juez constitucional. En esa búsqueda por clarificar las competencias, se ha dicho que únicamente cuando el accionar -o la omisión- de la Administración comporte “errores manifiestos que contradigan groseramente el debido proceso” y sus componentes, quedará habilitada la vía constitucional para conocer del caso concreto. A contrario sensu, cuando lo alegado sea, por ejemplo, una disconformidad con la actuación del órgano del Estado en cuanto a la valoración de prueba, ponderación de intereses o la idoneidad de la vía escogida para cumplir un fin; corresponderá la discusión a un tema de mera legalidad resorte del juez contencioso-administrativo.

Sin prejuicio de lo dicho, la Sala Constitucional reconoce que, en ciertas ocasiones, la elección de los medios para cumplir un fin – donde la norma habilita esa labor hermenéutica de escogencia en favor de la Administración–, puede lesionar garantías, derechos o intereses constitucionalmente tutelados, siendo entonces admisible su conocimiento en sede constitucional.

Claro está, no se debe -en la justicia constitucional- alegar vicios en una ponderación de la oportunidad para la escogencia del medio, sino debe argüirse el impacto de la conducta administrativa en la lesión a un derecho fundamental.

En el voto n.º 18172-2008 los jueces constitucionales señalaron:

“Partiendo del cuadro fáctico demostrado a la luz del criterio jurisprudencial supra expuesto, se estima que en el presente asunto, se produjo un quebranto del derecho a la continuidad educativa del menor amparado, situación que debe ser tutelada por este Tribunal. (...) / Considera este Tribunal que aunque la norma es clara al establecer los supuestos bajo los cuales un estudiante puede presentarse a la convocatoria extraordinaria de las pruebas de Bachillerato de Enseñanza Media, guarda un margen de discrecionalidad importante al disponer que le corresponde al Despacho del Ministro de Educación Pública definir la fecha para realizar la convocatoria extraordinaria conforme la conveniencia de los diversos ciclos lectivos tanto del sistema formal regular, sistemas abiertos y de las universidades. (...) / ... al haberse constatado la violación del derecho a la educación del amparado, lo procedente es estimar el recurso con las consecuencias que se exponen en la parte dispositiva de esta sentencia.”

Nótese como se hace un examen no desde los presupuestos de la legalidad del acto recurrido, sino a partir de la lesión ocasionada a un derecho constitucionalmente tutelado, como lo es la educación.

En otro orden de ideas, sobre las situaciones límite entre la jurisdicción constitucional y la contencioso administrativa, en materia de las reglas de la técnica y la ciencia, del diagnóstico de la jurisprudencia constitucional se extracta que la revisión en esa sede, y cuando se discuta de ese tópico, se limita a constatar la existencia de estudios técnicos para fundamentar la decisión de la Administración. De existir una disconformidad con el contenido de los instrumentos especializados y de contenido técnico bajo los cuales la Administración encausó su decisión, corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer esos aspectos de legalidad.

Lo dicho, es el resultado implícito del discurso argumentativo dado en la resolución n.º 06922-2008:

Así las cosas, el recurso de amparo debe rechazarse, toda vez que después de analizar las actuaciones y resoluciones de la Administración se llega a la conclusión necesaria de que están sustentadas en estudios técnicos, con lo que se cumple con la exigencia constitucional de garantizar a los habitantes de la República el derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Ahora bien, en todos los casos que la pretensión buscar poner entredicho la seriedad o solidez

de esos estudios la vía correspondiente para ello es la contencioso-administrativa, no la jurisdicción constitucional.

Ahora bien, en un sentido más puntual y drástico la Sala Constitucional es categórica tratándose de la competencia del juez contencioso para conocer de los contenidos técnicos: “...*todo lo relacionado con la discrecionalidad de los aspectos técnicos que sustentan una decisión o una actuación de la Administración debe ser ventilados en la jurisdicción contencioso-administrativa, no en la jurisdicción constitucional.*” (voto n.º 6922-2008).

Huelga decir que, prima facie, la depuración del límite entre las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa parte del reconocimiento de una dificultad para dilucidar, en abstracto, un marco teórico acerca de cuándo se habilita un órgano u otro, la fijación se dará, a la postre, casuísticamente. Merced de ello, los parámetros de deslinde competencial no se comportan como categorías ontológicas frente el fenómeno jurídico del caso concreto, sino como una guía. El juez constitucional es consciente –al menos en la parte declarada de su discurso- de su imposibilidad de sustituir al juez contencioso en el examen de legalidad propio del control de la discrecionalidad de la Administración; sin embargo, la materialización de ese *self restraint* aún presenta aspectos por afinar.

V.- Propuesta comprensiva para el deslinde competencial

Previo a establecer aspectos que ayudarían a dilucidar cuál vía es la idónea para reprochar a la Administración una conducta contraria al ordenamiento jurídico, se considera oportuno ampliar los cuatro parámetros de ponderación de la discrecionalidad administrativa enunciados por la Sala Constitucional y expuestos párrafos antes. La claridad conceptual permitirá clarificar cuándo corresponde al juez ordinario ejercer el control y cuándo el análisis comporta un obligatorio análisis de constitucionalidad.

VI. Principios Generales del Derecho

A pesar del debate y la falta de convenio acerca de la naturaleza de los Principios Generales del Derecho, es ineluctable aceptar que forman parte del Derecho. Como lo explica Haba: “*El tejido del derecho está atravesado de un extremo a otro por unos principios jurídicos (...) 1)*

Resulta imposible aplicar el derecho sin recurrir a unos PGD, ya sea como medios de interpretación o de integración 2) En la medida en que el derecho es pensamiento teórico-sistemático, aunque no lo sea rigurosamente, su discurso se arma como una red lingüística orientada, sea racional o razonablemente, de acuerdo con ciertos criterios generales... 3) Cabe pensar que es mejor aplicar esos principios en forma lo más razonada y consistente posible, en vez de optar entre uno y otro(s) al azar o por unas simples costumbres de pensamiento mediante las cuales se sigan sin reflexionar los dictados de una dogmática poco autorreflexiva.” (Haba, 2004: 122).

Desde esa perspectiva, los Principios Generales permiten dar consistencia a la armadura del complejo sistema jurídico, a través de un entendimiento de los parámetros de optimización, como herramienta para integrar y colmar vacíos. Sobre esto la doctrina señala: *“Los Principios generales del derecho son los que expresan los valores materiales básicos del ordenamiento jurídico. A tenor de los artículos 7º, párrafo 1, de la Ley General de la Administración Pública y 5º, párrafo 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los principios generales del derecho son normas no escritas y sirven para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. De igual forma, las normas no escritas prevalecen sobre las escritas de rango inferior (artículo 7, párrafo 3º, de la LGAP). Por consecuencia, los principios generales de valor constitucional o legal prevalecen sobre las normas reglamentarias”.* (Jinesta, 2009)

Ahora bien, en cuanto a la legislación nacional, el artículo 1 del Código Civil establece una serie de fuentes del Derecho dentro de los que se destacan: *...la costumbre, los usos y los principios generales del Derecho cuyo papel es servir de guía para interpretar, delimitar e integrar las buenas fuentes escritas del ordenamiento jurídico.*

Complementariamente, la doctrina ha precisado la funcionalidad de los Principios Generales: *“Ellos expresan algunos de los postulados mejor arraigados que acompañan el ideal de un derecho moderno racional: exigencias de coherencia y de integración de los sistemas de derecho; inserción en una jerarquía normativa que es garantía del buen funcionamiento del conjunto, en el nivel estatal en fin, consagración del juez habilitado para decir el derecho. Constatamos que en un*

contexto tal, aquel de las democracias liberales contemporáneas, los principios generales contribuyen a su manera a consolidar la legitimidad del derecho mismo” (Moderne, 2005: 48)

Sin perjuicio de la depuración conceptual intentada hasta el momento, no debe perderse de vista la mutabilidad de los principios. Ontologizarlos desnaturalizaría su función de dar “flexibilidad” al Derecho (Nieto). Esa variabilidad histórica fue expresada por Eduardo García de Enterría: *“Han sido los principios descubiertos y funcionalizados por los juristas los que han cambiado, no sólo la ciencia del Derecho administrativo, sino la vida misma de éste como un ordenamiento aplicable. Ello se ha hecho visible cuando esos principios han sido recogidos y desenvueltos por la jurisprudencia o en la legislación como ha ocurrido en todos los países continentales”* (García Enterría: 43).

Como corolario de la aproximación al contenido de los Principios Generales del Derecho es conveniente rescatar dos apuntes de la doctrina, acerca de su materialización en la dinámica constitucional que permea el quehacer jurídico: “Los principios Constitucionales se rigen por criterios objetivos que proporciona el propio Derecho. No obstante, presentan un grado de indeterminación respecto de las normas en que pueden transmutarse (...) La consagración o enunciación de un principio implica la prefiguración, aunque imprecisa, de sus contenidos jurídicos, los cuales, al ser actualizados en su proyección normativa por legislador o el juez, se traduce en reglas concretas, sino también, en otros casos, como criterios vinculantes para integrar una laguna del ordenamiento” (Hernández, 2004).

VII Razonabilidad y proporcionalidad

La proporcionalidad se comporta como un freno a la arbitrariedad, puede considerarse un instrumento de enajenación de esta al establecer límites infranqueables, aún en aquellos “blancos” normativos. Ciertamente, es imposible regular en las normas jurídicas la totalidad de las relaciones sociales, la dinámica de estas supone una necesidad de contar con marcos flexibles para la actuación; flexibilidad que, bajo ninguna circunstancia, ha de entenderse irrestricta. Entonces, es imperioso contar con controles del poder, con límites materiales como este principio.

Esa función de cota al accionar del Poder Público, ha sido desarrollada ampliamente por la doctrina reconociéndose que:

... el principio de razonabilidad y proporcionalidad cumple un rol de primer orden en el Derecho Administrativo, al proyectarse en diversos ámbitos. Así es de vital importancia como límite al ejercicio de la discrecionalidad administrativa, al establecer la LGAP que no podrán dictarse actos administrativos discrecionales contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia (artículo 16, párrafo 1° 158, párrafo 4° y 160. En materia de los elementos constitutivos de índole material-objetivo (motivo, contenido y fin), deben existir una relación de proporcionalidad entre los mismos, así para una falta disciplinaria específica de un funcionario-motivo-debe existir una sanción proporcional-amonestación verbal o escrita, suspensión o destitución-, en tal sentido el artículo 132 párrafo 2° de la LGAP establece “Deberá ser... proporcionalado -referido al contenido- al fin legal y correspondiente al motivo, cuando ambos se hallen regulados”. En el terreno del derecho administrativo sancionador y el derecho tributario, el principio de proporcionalidad y razonabilidad es determinante para evitar sanciones o tributos desorbitados o desproporcionados (Jinesta, 2006: 273 y 274).

En este punto es importante aclarar la conexidad entre el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad. Comúnmente, la línea divisoria entre ambos es tenue al punto de entremezclarse en el tratamiento normativo y jurisprudencial, tanto es así que la configuración de uno suele explicarse mediante la inclusión del otro como elemento constitutivo y baremo de comprobación de existencia. En otras palabras, hay un consenso sobre la función limitadora del poder público en estos contenidos materiales del ordenamiento jurídico, mas su tratamiento terminológico no observa una profilaxis absoluta. Indistintamente, los componentes del principio de proporcionalidad (necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto) han sido explicados a través de un ejercicio en el que se desarrolla la “razonabilidad”; particularmente, puede citarse el voto n.º 03933-98 de la Sala Constitucional:

...el principio de razonabilidad. Este principio extiende la protección del principio de legalidad, por cuanto toda intervención del Estado que lesione los derechos del ciudadano no sólo requiere de una base legal, sino que además necesita ser realizada de tal manera que estos derechos sean afectados lo menos posible. Dicho con otras palabras,

la injerencia del Estado en la esfera privada es constitucional hasta tanto sea indispensable para una razonable protección de los intereses públicos. Los elementos del principio de razonabilidad son: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La legitimidad se refiere a que el objetivo pretendido con el acto o disposición impugnado, no debe estar al menos legalmente prohibido. La idoneidad indica que la medida estatal cuestionada debe ser apta para alcanzar efectivamente el objetivo pretendido. La necesidad significa que entre varias medidas igualmente aptas para alcanzar tal objetivo, debe la autoridad competente elegir aquella que afecte lo menos posible la esfera jurídica de la persona. La proporcionalidad en sentido estricto dispone que aparte del requisito de que la norma sea apta y necesaria, lo ordenado por ella no debe estar fuera de proporción con respecto al objetivo pretendido, es decir, no le sea “inexigible” al individuo.

V.III Reglas unívocas de la ciencia y la técnica

La jurisprudencia constitucional ha establecido que a la Administración Pública le está vedado dictar actos o desplegar conductas contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la tecnología (vid. voto n.º 5990-94); en ese tanto, es necesario, para un efectivo control, conocer el desarrollo doctrinario de tal concepto.

En un intento por conceptualizar el término, el profesor Eduardo Ortiz Ortiz, ante la comisión legislativa que estudiaba el proyecto de Ley General de la Administración Pública, señaló:

se alude a aquellas reglas que en la circunstancia del caso administrativo que se está decidiendo o sobre el cual se está resolviendo, tenga un sentido claro, inequívoca y preciso, incluso se puede eliminar la palabra “unívoca” y sustituirla por “reglas exactas de la ciencia o la técnica (...) estamos estableciendo que en los casos en que la Administración actúe en materias técnicas que tengan un significado claro y preciso en el caso, las reglas técnicas van a ser, en ese caso, como leyes, la violación de los aspectos técnicos de un acto administrativo de un servicio público, naturalmente va a ser una ilegalidad exactamente como si se estuviera violando un precepto legal (citado en el dictamen 329-2002 de la Procuraduría General de la República).

Véase como se advierten los alcances de la norma que recepta las reglas de la ciencia y la técnica: incorporarla como parámetro de control a la actividad administrativa supone, en los casos donde resulta trascendental echar mano del conocimiento especializado, reconocerles un rango legal y, por ende, darles un contenido ineludible para el funcionario público

en ejercicio de sus competencias. Debe entenderse, entonces, que esa fuente no escrita adquiere un rango jerárquico inmediato inferior a la Constitución -el propio del estrato legal- cuya inobservancia decanta en la ilegalidad pues, materialmente, se estaría transgrediendo un mandato de ley.

Valga decir acá, la posición del operador jurídico frente a las reglas: como se dijo, estas son un conocimiento especializado, devenido de una multiplicidad de disciplinas del saber humano, intersubjetivamente compartidas por las respectivas comunidades de expertos -consenso científico-; por ende, el aplicador del Derecho “las toma”. Consecuentemente, se puede hablar de una doble posición del órgano de control según el objeto al cual se enfrenta: ante las reglas unívocas de la técnica o la ciencia, tiene una dimensión pasiva, ya que no las configura, únicamente las incorpora en su análisis y, por otra parte, le sirven como instrumento de evaluación frente al control.

Esa naturaleza de las reglas en comentario se desarrolla de forma clara en el dictamen n.º 329-2002 de la Procuraduría General de la República donde, en lo conducente, se dijo:

El criterio técnico no es, ciertamente, definido por el intérprete jurídico. Este lo toma con el alcance que la técnica le ha dado y es a partir de ese alcance que valora y aprecia si existe conformidad entre lo actuado (control a posteriori) o la decisión que se pretende adoptar (dictamen o informe) y el criterio técnico. Esta operación de control no tiende a sustituir al técnico o al administrador. Empero, en cierto modo la posición del operador jurídico es similar a la del administrador, en el sentido de que el principio, criterio o regla técnica se le presenta como un hecho, no se configura por la administración, por lo que es un elemento que se le impone y que debe ser respetado. Ese respeto es asegurado por el control jurídico.

VIV Propuesta concreta

Como puede apreciarse, al menos en el contenido teórico-jurídico, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en establecer parámetros de evaluación para determinar cuál de las jurisdicciones (sea la constitucional, sea la contencioso administrativa) resulta competente para conocer un caso concreto donde la línea de lo constitucional se entreteje con los asuntos de mera legalidad.

El presente apartado busca puntualizar y llevar a un reduccionismo el objeto en discusión (sin que ello implique simplismo epistemológico), pretende dar “luces” que adviertan al operador jurídico, en su ejercicio exegético, los caminos para un abordaje acertado del control de los actos discrecionales de la Administración.

En el sistema costarricense la tutela de los Derechos Fundamentales fue encargado a la Sala Constitucional, a partir de una lectura sistemática de los artículos 10 y 48 de la Constitución Política, así como del contenido transversal de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. La jurisdicción de la libertad, en nuestro país, fue atribuida a un órgano tuitivo especializado, situación que, ha de aclararse, no obsta con la obligada labor de la jurisdicción ordinaria de encausar sus acciones según el Derecho de la Constitución.

Con base en ello, damos el primer canon para fijar la jurisdicción: cuando el acto discrecional de la Administración Pública suponga una lesión de magnitud tal que vacíe el contenido esencial del derecho³ configura un presupuesto para recurrir ante el Tribunal Constitucional. No obstante, debe aclararse que es lícito imponer la ocurrencia de ciertos supuestos para el goce de algún derecho, en el tanto este no sea del rango fundamental, pues la fuerza normativa de la Constitución permea de un *self executing* a esa categoría de libertades; la restricción supone una excepcionalidad, es un orden discontinuo dentro del *continuum* que comporta el espacio de libertad propio del Estado Democrático de Derecho.

A *contrario sensu*, cuando la lesión verse sobre una afectación de relevancia no constitucional, sea esto cuando la conducta discrecional de la Administración no trastoque ese núcleo duro del derecho, entonces corresponde dilucidar a la jurisdicción contencioso-administrativa si el contenido del acto resulta lícito o no, en el entendido que todo resultado dañoso del Poder Público infligido a uno o varios administrados genera responsabilidad para la Administración (salvo las causales taxativas de exclusión contempladas en la Ley General de la Administración Pública o las excepciones eventuales que puedan encontrarse normadas en una ley en sentido estricto).

³ Esto sería cuando la actividad estatal tenga al individuo como un mero objeto, o sea cuando se condiciona la garantía constitucionalmente reconocida a condiciones, presupuestos o requisitos cuyo cumplimiento traduzca en materialmente imposible su disfrute.

Ahora bien, la hipótesis anterior presenta el obligado ejercicio valorativo acerca del contenido de la actividad pública que se reprocha, empero existen otras conductas Administrativas donde la lesión es directa a un derecho fundamental, supuesto en el cual la jurisdicción constitucional es la competente. Es claro que toda arbitrariedad o conducta con resultados lesivos para el sujeto tienen, en el fondo, un problema de violación a derechos fundamentales; sin embargo, esa lesión mediata no es suficiente para habilitar la vía constitucional. Como se mencionaba, se requiere de una magnitud trascendente o afectación inmediata del derecho. Sobre las reglas unívocas de la ciencia y la técnica, se considera fundamental el análisis de la pretensión como forma de dilucidar la jurisdicción óptima para dirimir el conflicto. Si el individuo cuestiona el contenido de un criterio técnico, su oportunidad o si tiene una disconformidad con las conclusiones o metodología seguida, entonces es resorte del juez contencioso-administrativo conocer sobre el particular.

En cuanto al control del Tribunal Constitucional sobre este tópico, se sostiene un rol residual: las reglas unívocas de la ciencia y la técnica se presentan como un límite a la discrecionalidad (parámetros favorables a evitar la arbitrariedad), ante ello, el sustento de una decisión Administrativa debe ser consistente con ese marco objetivo. Como regla general, la jurisdicción ordinaria será la encargada de velar por el apego de la conducta a tales enunciados, así como de valorar eventuales transgresiones y/o anormalidades en la construcción de los criterios técnicos. De esa suerte, solo se entenderá habilitada la vía constitucional cuando se alegue una falta de fundamentación de la conducta y, por ende, se esté invocando la inobservancia de ese principio constitucional de motivar suficientemente los actos y disposiciones públicas. No sobra decir que, simultáneamente, en este supuesto habrá de darse el análisis de magnitud de la lesión. Puede ocurrir una revisión de esa falta de sustento en sede contenciosa vía reproche de falta de motivación de la conducta, pero, nuevamente, habrá de valorarse si esa ausencia de argumentación lesiona directa o gravemente al derecho fundamental.

El juez contencioso-administrativo se encuentra obligado a medir la legalidad de la conducta discrecional según los parámetros de proporcionalidad, pues la relación simbiótica entre “fin, motivo y contenido” debe presentar una consistencia con tal principio (numeral 132 párrafo segundo de la LGAP). Es lógico que si el precepto viene dado

desde la norma principal que regula a la Administración Pública, entonces de primera mano la jurisdicción propia para efectuar esa valoración es la creada en el artículo 49 constitucional. Sin detrimento de ello, la jurisdicción constitucional abordará el caso concreto cuando, a requerimiento de la parte, deban examinarse la proporcionalidad y razonabilidad de una limitación o lesión a un derecho fundamental. En suma, el objeto por abordar según se pretenda no es, para el caso de la jurisdicción constitucional, la conducta administrativa en sí, sino la repercusión de esta en un derecho fundamental concreto y si esa contravención sobrepasa lo razonable; por otra parte, la jurisdicción contenciosa es óptima para centrar el análisis a lo interno de la conducta, en su configuración, en su construcción y, en último término, en la selección adecuada de medios a fines en ejercicio de la discrecionalidad administrativa.

Finalmente, nos resta plantear la propuesta de uso de los Principios Generales del Derecho en las sedes jurisdiccionales. Estas proposiciones jurídicas indeterminadas, como se ha dicho, resultan ineludibles en la dinámica jurídica: como construcciones flexibles permiten la adaptabilidad del Derecho según la evolución social y constituyen, también, un instrumento integrador que facilita la plenitud hermética del ordenamiento jurídico. Con base en ello, su uso es propio en todas las disciplinas jurídicas, en el entendido que su aplicación viene cualificada por la especialidad de cada materia; existen Principios Generales del Derecho Público con alcances distintos a los Principios Generales del Derecho Privado, por ejemplo.

En el caso que nos ocupa, la discrecionalidad administrativa sirve para acotar el poder de decisión de la Administración: no podría llevarse a cabo una conducta administrativa contraria a los Principios Generales so pena de ser declarada como contraria a la legalidad, declaratoria que corresponde al juez contencioso-administrativo.

Sobre el uso de los principios generales para evaluar una conducta de la Administración, en sede constitucional, opera un criterio de especialidad: existen principios de contenido y naturaleza constitucional, pues forman parte de la dimensión axiológica del conglomerado social que regula ese ordenamiento jurídico. La derivación de principios distintivos del sistema democrático e ideales republicanos, generan un acervo no escrito que se incorpora transversalmente en el Derecho de la Constitución; desde esa inteligencia, cuando lo pretendido sea la fiscalización de una conducta

administrativa por contrariar principios constitucionales, tal solicitud debe fundarse, además, en la circunscripción abstracta de un derecho fundamental concretizado a partir de tales proposiciones normativas en un caso concreto. No basta argüir una transgresión a un principio de raigambre constitucional, sino debe comprobarse su relación con el régimen de garantías y no simplemente utilizarlo como vehículo para atacar la legalidad estricta de la actuación discrecional.

Como advertencia didáctica de cierre, se debe reconocer que la propuesta de deslinde de competencias según criterio ponderador no pretende ser más que ello: una propuesta. En ese sentido, reconocemos la multiplicidad de hipótesis que constituyen los casos límite entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción contencioso-administrativa tratándose del control de conductas discrecionales de la Administración. Justamente por ello, no se crean los razonamientos dados como ontológicos, fijos, sino más bien compréndanse como punto de partida dinámico para explorar un objeto por sí variable.

Bibliografía

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política. República de Costa Rica. 1949.

García de Enterría, Eduardo. (1986) *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho* (Madrid: Cuadernos Civitas, 1ª. reimpresión)

Haba, Enrique Pedro y Barth José Francisco.(2004) *Los principios generales del derecho*. (San José, Costa Rica: IJSA, 1ª.edición)

Hernández, Rubén. (2004) *El Derecho de la Constitución*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, tomo I, 2ª. edición)

Jinesta, Ernesto. *Reglamentos, circulares e instrucciones*

(Fuente de Derecho Administrativo Costa Rica VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Panamá 14-19 septiembre. Página consultada en: agosto del 2011. URL: http://www.ernestojinesta.com/Ponencia_E._Jinesta_CR_VIII_FIDA.pdf)

Jinesta, Ernesto. (2006) Tratado de Derecho Administrativo
(San José: Costa Rica :IJSA, tomo I (Parte General)1ªedición)

Moderne, Frank. (2005) Principios Generales del Derecho Público.
(Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile)

Quirós, Roberto. (1996) *Ley General de Administración Pública, Concordada y Anotada con el Debate Legislativo y la Jurisprudencia Constitucional*. (San José, Costa Rica: editorial Aselex, S. A.)

Jurisprudencia:

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 01081-2011.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 06922-2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 02167-2010.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 18172-2008.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 11155-2007.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 3678-2006.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 14421-2004.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 12054-2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º. 732-2001.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 03933-98.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto 4205-96.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 4091-94.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 06706-93.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 3194-92.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 1739-92.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 01684-91.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 461-91.

Solís, Alex. La Dimensión Política de la Justicia Constitucional. San José
Costa Rica, 2008.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Sección III.
Voto n.º 02488-2010.