

La consulta administrativa: propuesta *de lege ferenda* para fortalecer el control *a posteriori* de constitucionalidad.

Carlos Eduardo Fallas Navarrete*

Resumen:

En este artículo se presenta una propuesta de reforma parcial a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a efecto de que los órganos decisores administrativos, con asuntos previos de corte sancionatorio, tengan legitimación para consultar si una norma, conducta o acto, por aplicar o resolver en un caso concreto, es inconsistente con el parámetro de constitucionalidad, mediante un ejercicio comparativo con la consulta judicial. Correlativamente, se hace crítica de las vías procesales actuales, que no permiten a los órganos con potestad sancionadora acceder a mecanismos del control *a posteriori* de constitucionalidad costarricense, a fin de adecuar las normas *infra* constitucionales al Derecho de la Constitución.

Palabras clave:

Órgano decisor administrativo. Potestad sancionadora. Control *a posteriori* de constitucionalidad. Consulta judicial de constitucionalidad.

Abstract:

This article presents a partial reform proposal to the Constitutional Jurisdiction Law, so that the administrative decision-making bodies, with previous sanctioning issues, have the standing to consult if a norm, conduct or act, to be applied or resolved in a specific case is inconsistent with the constitutionality parameter, through a comparative exercise with judicial consultation. Correlatively, criticism is made of the current procedural

* Abogado. Licenciado en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Estudiante de la Maestría Profesional en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica. Actualmente se desempeña como asesor de la Dirección Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

channels, which do not allow the bodies with sanctioning power to access mechanisms of a posteriori control of Costa Rican constitutionality, in order to adapt infra constitutional norms to the Law of the Constitution.

Keywords:

Administrative decision-making body. Sanctioning power. A posteriori control of constitutionality. Judicial consultation on constitutionality.

SUMARIO: Introducción. A. ¿Por qué los órganos sancionadores deben acudir en consulta directa ante la Sala Constitucional? B. ¿Se deben legitimar a los órganos sancionadores para que accedan a mecanismos de control *a posteriori* de constitucionalidad? C. ¿Por qué la consulta administrativa de constitucionalidad es la vía procesal adecuada? D. ¿Cuál es el producto final recomendable para solucionar esta problemática? Conclusiones.

Introducción.

La presente investigación parte de un cuestionamiento base: ¿la Administración sancionadora debe asumir un papel pasivo e indiferente frente a la inconstitucionalidad de normas que aplica en casos concretos? En el marco de un procedimiento administrativo, el control *a posteriori* de constitucionalidad se recarga sobre las partes y el juez ordinario, ¿esta legitimación es suficiente para depurar el ordenamiento jurídico administrativo? Es una pregunta legítima, habida cuenta que los órganos decisores no pueden desaplicar e inobservar el derecho positivo. Más aún, deben aplicar las normas, al margen de que tengan serias dudas de inconstitucionalidad y se parezcan a otras que fueron expulsadas del ordenamiento jurídico. Este artículo quiere dilucidar si las autoridades administrativas deben apoyar en el resguardo del principio de supremacía constitucional y de los derechos de los investigados, de previo a emitir un acto administrativo sancionador, pero ¿cuentan con mecanismos para cuestionar las normas aplicables ante la jurisdicción constitucional?

A. ¿Por qué los órganos sancionadores deben acudir en consulta directa ante la Sala Constitucional?

Como parte de su diario quehacer, las Administraciones Públicas tienen el imperativo de velar por que las normas jurídicas que las rigen, y vinculan a los administrados, sean respetadas y cumplidas, ya sea dentro de una relación de empleo público, o con ocasión de una relación jurídica. En caso de que se incurra en incumplimiento, es deber del Estado costarricense ejercitar su potestad sancionadora, mediante la instauración de un procedimiento administrativo, que

debe observar cabalmente los derechos y garantías del debido proceso y derecho de defensa.

Así las cosas, frente a una imputación de cargos, la Administración debe verificar la verdad real de los hechos, objeto más importante del procedimiento administrativo, en orden a lo establecido por el numeral 214 de la Ley General de la Administración Pública, (en adelante, “LGAP”). Esta actividad procedimental del Estado, conlleva la observancia y aplicación de determinada normativa procesal y sustantiva, la cual puede corresponderse con normas internas, especiales o generales.

En tal escenario, cabe cuestionar si es factible que el órgano administrativo, en su rol decisor del procedimiento sancionador, tenga dudas fundadas respecto de si la norma o acto, por aplicar o resolver, se ajusta al bloque de constitucionalidad. Piénsese en la “*fossilización*” de normas jurídicas, que quizás en el momento histórico en que fueron emitidas, eran compatibles con el Derecho de la Constitución, pero de manera sobrevenida, son inconsistentes con los estándares constitucionales, bien sea por un nuevo criterio de la Sala Constitucional, bien sea por un nuevo precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante, “Corte IDH”).

Tampoco podría descartarse la posibilidad de que la norma se dictara a sabiendas que contravenía el parámetro de constitucionalidad, no obstante goza de “*presunción de constitucionalidad*”, hasta tanto no se declare lo contrario. También es sabido que es voluminosa la cantidad de normas administrativas que se dictan por año, lo que aumenta la posibilidad de potenciales roces con el Derecho de la Constitución.

Considérese también que las normas, con rango de ley, pudieron someterse a un control *a priori* de constitucionalidad, encontrándose en fase de proyectos legislativos, en virtud de la consulta de constitucionalidad, que se regula a partir del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (en adelante, “LJC”), lo que difiere de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, o de otros órganos con potestad para dictar reglamentos, como por ejemplo, la Contraloría General de la República, que no están sujetos a este control *a priori*, porque no existe la posibilidad de someter a examen el “*borrador de reglamento*” ante la Sala Constitucional, lo que aumenta la posibilidad de normas reglamentarias que integran el ordenamiento jurídico, pero inconsistentes con el Derecho de la Constitución.

¿Por qué se alude exclusivamente a órganos con potestad sancionadora y no a otros órganos de la Administración que ejercitan distintas competencias públicas? En esencia, por los efectos invasivos y gravosos que se despliegan contra la esfera

jurídica del administrado. Desde ya, conviene referir que, un procedimiento sancionador cubre la potestad disciplinaria y la potestad correctiva de la Administración. La primera, tiene lugar en el marco de una relación de sujeción especial, entre la Administración y el funcionario público; en tanto que la segunda, alude a una relación de sujeción general entre la Administración y el particular.

De esta forma, la potestad disciplinaria se ejercita a lo interno de la Administración, para resguardar el orden institucional, el cumplimiento de sus fines, así como compeler y velar por el cumplimiento pleno de los deberes del funcionario, lo que se traduce en un servicio público de calidad, del cual tienen derecho todos los individuos. Paralelamente, la potestad correctiva se ejercita a lo externo de la Administración, frente a los administrados, por infracciones a normas que tutelan el orden público (sobre esta distinción entre potestad disciplinaria y correctiva, puede verse el Dictamen N° 340 del 16 de diciembre de 2002, de la Procuraduría General de la República).

Véase entonces que, el ejercicio del poder sancionador es represivo por su propia naturaleza, dado que sanciona infracciones cometidas en el ámbito de relaciones jurídicas externas, entre la Administración y el administrado, como en el marco de relaciones de empleo público, entre la Administración y el funcionario. Las consecuencias jurídicas pueden consistir en la imposición del pago de montos económicos por responsabilidad civil, de multas, de amonestaciones, de suspensiones sin goce de salario o de despidos sin responsabilidad patronal, sanciones que tienen lugar en sede administrativa, lo que implica la imposición de cargas u obligaciones que agudizan el imperativo de velar por el estricto cumplimiento del debido proceso y derecho de defensa.

Lo anterior, debe diferenciarse de otras funciones administrativas como la atención de un reclamo administrativo o el otorgamiento de un permiso para desarrollar alguna actividad, dado que no existe la posibilidad de un castigo directo en contra del administrado interesado, donde deba ejercitar alguna defensa frente a la Administración, para que esta última determine la verdad real de los hechos, en orden a establecer alguna responsabilidad civil o disciplinaria.

De manera que el ejercicio del poder sancionador debe darse con cautela, más allá de la existencia de normas escritas que habiliten su accionar, en virtud de los efectos adversos e invasivos que se producen en el administrado. Por ello, la normativa procesal y sustantiva aplicable en materia sancionadora, debe estar sujeta a consulta directa ante la Sala Constitucional, por el propio órgano decisor administrativo que debe conocer y resolver el caso concreto. Obsérvese que esto difiere de la normativa aplicable en el ejercicio de otras potestades públicas no

sancionadoras, por cuanto su ejercicio no disciplina al particular, que si bien debe observarse un procedimiento administrativo, no está encaminado a sancionar, sino a reconocer un interés legítimo o un derecho subjetivo.

Desde este plano, abrir la legitimación de consulta, en relación con el ejercicio de actividad administrativa no sancionadora, no es adecuado por la gran cantidad de potestades y deberes públicos que ejerce la Administración Central y Descentralizada, lo cual terminaría en desbordar el volumen de trabajo que lleva la Sala Constitucional, realidad que no debe ignorarse. Por esta razón, la consulta administrativa debe limitarse a la potestad sancionadora de la Administración, porque es el poder público más represivo e invasivo que se ejerce contra la esfera del particular. Nótese que, la consulta representa una oportunidad para que la Administración sancionadora ejercite la autocontención, y sea autocrítica de las normas por aplicar en casos concretos, en aras de evitar un ejercicio arbitrario del *ius puniendi*, que no es más que el poder de sancionar que tiene la Administración.

Actualmente se pueden presentar algunos ejemplos que podrían colocar en aprietos a la Administración sancionadora, sin el ánimo de emitir juicios concluyentes, ni mucho menos taxativos. Un primer ejemplo, es el caso Petro Urrego vs Colombia, mediante la sentencia del 08 de julio de 2020 de la Corte IDH, cuyos párrafos 129 al 131 desprenden, en resumen, que no es viable confundir el ejercicio paralelo de las competencias decisora e instructora en un mismo órgano administrativo. En concreto, pueden establecerse los siguientes estándares convencionales: i) resulta incompatible con el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH”) que las facultades investigativas y sancionadoras no recaigan en distintas instancias o dependencias de la entidad de que se trate; ii) los funcionarios que resuelven los méritos de los cargos formulados, es decir, que asumen el rol de órgano decisor, deben ser diferentes de quienes formulan la acusación disciplinaria, es decir, de los funcionarios que asumen el rol de órgano director; iii) el órgano decisor no puede estar subordinado al órgano director; iv) lo anterior, en aras de no incurrir en una falta de imparcialidad objetiva, toda vez que el órgano director, al formular los cargos, tenía una idea preconcebida sobre la responsabilidad disciplinaria del acusado; y v) al configurarse una falta de imparcialidad, de manera correlativa, se incurre en una violación al derecho de defensa.

Lo anterior, sin duda alguna, constituye un punto de inflexión y un verdadero reto para el Derecho Público interno costarricense, producto de la estructura organizacional que tienen nuestras Administraciones Públicas. Nótese que el rol de

órgano decisor y el rol de órgano director del procedimiento sancionador, no pueden confundirse en un mismo órgano administrativo.

Incluso, con anterioridad, ya la Sala Constitucional, por sentencia N° 2006-01992 de las 11:27 horas del 17 de febrero de 2006, había acogido esta tesis, precisamente, en torno al principio de imparcialidad, al sostener lo siguiente:

La imparcialidad y objetividad suponen que el funcionario que integra el órgano al que le compete instruir o decidir el asunto, no tenga una posición preconcebida que pueda determinarlo a decidir en uno u otro sentido (imparcialidad subjetiva). De manera que no se satisface dicho principio cuando quien integra el órgano decisor ha participado activamente en la etapa instructiva o ha adelantado criterio sobre el caso que le corresponde conocer y resolver. Es importante señalar que, en la actualidad, se postula que el conocimiento de las etapas instructora y decisoria del procedimiento, debe estar a cargo de órganos distintos, sin poder coincidir dichas actividades como competencia de un mismo órgano. (...) No obstante, nuestro ordenamiento se caracteriza por la existencia de un vacío legal al respecto. En todo caso, en cuanto al principio de imparcialidad administrativa lo que resulta esencial es que la autoridad administrativa encargada de substanciar o resolver el objeto del procedimiento se mantenga en condiciones de absoluta objetividad, con especial atención de no formar una opinión parcializada a favor o en contra de la parte investigada, para proteger el indicado principio administrativo y el principio de inocencia, aplicable también en esa sede, (resaltado añadido)

La doctrina nacional también ha acogido esta postura, y sobre el particular, Hidalgo Cuadra (2018) expresó lo siguiente:

La división entre la fase instructora y la decisoria es un punto clave para el ejercicio de la potestad punitiva, por el refuerzo que se confiere a la objetividad. La imparcialidad exigiría que el abordaje de la investigación, la estrategia en la recopilación de evidencia, en suma la llamada teoría del caso, no pertenezca a quien resuelve. Al sustraer del órgano director la decisión del asunto la imparcialidad del acto final se ve fortalecida. La preparación del expediente y la teoría del caso pertenecen a fases preliminares ajenas a lo que debe realmente hacer el órgano al que le corresponde definir el fondo. (pp. 283 y 284, resaltado añadido)

Cabe preguntarse, ¿qué podría hacer la Administración si una norma ordena a un mismo órgano instruir el procedimiento y decidir el fondo del asunto? En aras de no incurrir en una desaplicación o inobservancia del precepto normativo, podría pensarse en acudir a los mecanismos de transferencias o cambios de competencias, que se regulan a partir del artículo 84 de la LGAP, mediante el instituto de la avocación o de la delegación de competencias, aunque tendrá que analizarse cada caso particular y sobre todo cada órgano administrativo.

Así, los órganos colegiados podrían delegar la instrucción del procedimiento en la figura del secretario, en orden al numeral 90, inciso e, de la LGAP. Incluso, la Procuraduría General de la República (en adelante, “PGR”), por dictamen N° C-294-2004 del 15 de octubre de 2004, avaló la posibilidad de que, en casos calificados, se nombre un secretario *ad hoc*; se nombre a otro funcionario de la propia Administración; o se contrate a un tercero particular, a efecto de que se constituya en órgano director, siempre que el acto esté debidamente motivado.

Además, podría valorar la Administración, que el jerarca máximo se avoque la competencia decisora del órgano inferior, conservando en dicho órgano la competencia instructora, en aplicación de los numerales 70, 93, 94, y 102, inciso e, de la LGAP, lo cual podría constituirse en otra “*válvula de escape*”, a fin de observar los parámetros de constitucionalidad.

Un segundo ejemplo, es el relativo a la improcedencia de plazos excesivos para que la Administración pueda establecer sanciones o proceder con su ejecución. En el caso *López Mendoza vs Venezuela*, por sentencia del 01 de setiembre de 2011 de la Corte IDH, párrafo 205, se estableció lo siguiente:

La Corte considera que la incertidumbre sobre el plazo dentro del cual se podría imponer las sanciones accesorias establecidas en el artículo 105 de la LOCGRSNCF es contraria a la seguridad jurídica que debe ostentar un procedimiento sancionatorio. Por otro lado, el plazo de cinco años no es razonable para garantizar la previsibilidad en la imposición de una sanción. Constituye un plazo excesivamente prolongado y, por lo tanto, es incompatible con la necesidad de que un procedimiento sancionatorio concluya al momento de determinarse la responsabilidad correspondiente, de tal forma que el imputado no espere por un plazo demasiado amplio a que se determine el tipo de sanción que debe recibir por una responsabilidad que ya ha sido determinada. Además, la falta de un plazo cierto, previsible y razonable puede dar lugar a un ejercicio arbitrario de la discrecionalidad a través de sanciones aplicadas en

un momento totalmente inesperado para la persona que ya fue declarada responsable previamente. (resaltado añadido)

Con ocasión de este precedente, cabe cuestionar si el plazo de 5 años de prescripción de la responsabilidad disciplinaria, que fija el ordinal 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, norma aplicable en materia de Hacienda Pública, por remisión expresa del numeral 44 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, y aplicable en materia de infracciones a la Ley General de Control Interno, conforme a su artículo 43; ¿constituye un plazo excesivamente prolongado para establecer responsabilidad disciplinaria?.

Un tercer ejemplo, es la improcedencia de procedimientos administrativos excesivamente expeditos. En el caso Familia Pacheco Tineo vs Bolivia, por sentencia del 25 de noviembre de 2013 de la Corte IDH, párrafos 187 a 189, se desprende que no son viables los procedimientos sumarios, sin dar audiencia a las partes, realizados dentro de un plazo irrazonablemente corto, donde no se efectúa valoración alguna. Esto hace cuestionar la conformidad del procedimiento sumario con los estándares convencionales, el cual regula la LGAP en sus artículos 320 al 326, donde no hay debates, defensas, ni pruebas ofrecidas por las partes, y las pruebas deberán tramitarse sin señalamiento, comparecencia o audiencia de las partes (artículo 321); donde se notificará sólo la audiencia sobre la conclusión del trámite para decisión final (artículo 322); donde existe discrecionalidad del órgano director para ordenar y tramitar la prueba, en cuanto al orden, términos y plazos (artículo 323); donde las partes tendrán un plazo máximo de 3 días para formular conclusiones sobre los hechos, la prueba y el fundamento de derecho (artículo 324); y el procedimiento deberá ser concluido, por acto final, en el plazo de un mes (artículo 325).

Adicionalmente, en el caso Baena Ricardo y otros vs Panamá, por sentencia del 02 de febrero de 2001 de la Corte IDH, párrafo 126, en lo que interesa, se señaló lo siguiente: *“Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”* (resaltado añadido). Por tanto, es indudable el imperativo que tiene la Administración para resguardar el pleno respeto del debido proceso, lo que se compromete con el trámite del procedimiento sumario que regula la LGAP.

Por lo expuesto, el sumario constituye un cauce que podría considerarse como excesivamente expedito. En el ámbito disciplinario, la Administración puede aplicarlo cuando se estima, *prima facie*, que la consecuencia jurídica a imponer se corresponde con una amonestación verbal o escrita, toda vez que, en el caso de la

suspensión o destitución, debe tramitarse el procedimiento ordinario que se regula a partir del canon 308 de la LGAP. Un procedimiento excesivamente célere, puede resultar, incluso, peor que un procedimiento excesivamente tardío. Al respecto, con tino, Leiva Poveda (2021) expresó lo siguiente:

Si bien podría considerarse que la tramitación célere de un procedimiento administrativo, es uno de los ideales que deben procurar las administraciones públicas, no se debe perder de vista que esto no es un fin en sí mismo, razón por la cual, una excesiva rapidez en la tramitación de un procedimiento, que implique la supresión de garantías procedimentales, es aún más grave que una dilación injustificada de ese mismo trámite. (pp. 179 y 180, resaltado añadido)

Un cuarto ejemplo, a propósito del artículo 9 de la CADH, que regula el principio de legalidad y de retroactividad, en el caso López Lone y otros vs Honduras, por sentencia del 05 de octubre de 2015 de la Corte IDH, párrafo 272, se estableció lo siguiente:

La Corte advierte que, aun cuando puede aceptarse que la precisión requerida en materia disciplinaria sancionatoria sea menor que en materia penal (supra párr. 257), el uso de supuestos abiertos o conceptos indeterminados tales como la “*dignidad de la administración de justicia*” o el “*decoro del cargo*” requiere el establecimiento de criterios objetivos que guíen la interpretación o contenido que debe darse a dichos conceptos a efectos de limitar la discrecionalidad en la aplicación de las sanciones. Estos criterios pueden ser establecidos por vía normativa o por medio de una interpretación jurisprudencial que enmarque estas nociones dentro del contexto, propósito y finalidad de la norma, de forma tal de evitar el uso arbitrario de dichos supuestos, con base en los prejuicios o concepciones personales y privadas del juzgador al momento de su aplicación. (resaltado añadido)

El anterior precedente hace cuestionar si el numeral 81, inciso l, del Código de Trabajo, aplicado en el marco de relaciones de empleo público, es compatible o no con los estándares convencionales. Dicha disposición establece, en concreto, lo siguiente:

Son causas justas que facultan a patrono para dar por terminado el contrato de trabajo: (...) l. Cuando el trabajador incurra en cualquier

otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.
(resaltado añadido)

Si bien esta norma es aplicable, primordialmente, a las relaciones de trabajo que se rigen por el derecho privado, en la práctica se tiende a invocar como sustento de procedimientos disciplinarios, en el marco de relaciones de empleo público. Como puede observarse, la norma no fija criterios objetivos para guiar su aplicación, lo que hace que el ámbito de discrecionalidad para determinar una “*falta grave*” constituya un elemento de valoración en sí mismo, pero con un grado de indeterminación tan amplio, que podría conllevar a un ejercicio arbitrario de la Administración, al incorporar valoraciones personales o privadas de la autoridad administrativa que resuelve el fondo del asunto.

En doctrina nacional, también se ha reforzado la tesis de la debida tipicidad de las sanciones administrativas, al disponerse lo siguiente:

Característico del principio de tipicidad, aunque no del todo explicado en el precepto, está un mandato de descripción precisa de los hechos y las conductas, con proscripción del recurso a fórmulas vagas, generales, difusas o indeterminadas. Si los particulares no saben a ciencia cierta por qué les puede sancionar la Administración, nadie actuaría de forma libre en un Estado de Derecho. (Milano, Ortiz y Rivero, 2016, p. 241, resaltado añadido)

Si bien, la calificación jurídica de “*falta grave*” comporta una valoración del caso concreto, debe decirse que el ejercicio discrecional de la Administración no se encuentra desprovisto de limitaciones, toda vez que el numeral 16 de la LGAP fija la observancia imperativa de las reglas unívocas de la ciencia o técnica, y de los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia, en aras de evitar conductas arbitrarias. Llamam la atención los principios de justicia, lógica o conveniencia, a los que alude dicha disposición, incluso bajo el apercibimiento de nulidad del acto, conforme sanciona el mandato 160 de la LGAP, de lo cual habrá que analizar cada caso concreto, pero que, por antonomasia, conlleva el resguardo plenario de los derechos fundamentales y humanos de la parte investigada.

Así las cosas, el punto medular es, ¿qué podría hacer el órgano administrativo frente a normas que presentan potenciales roces con los parámetros de constitucionalidad? Lamentablemente, la respuesta a esta interrogante es, poco o nada. La PGR ha dictaminado que la Administración no puede desaplicar normas en casos concretos, cuando estas son vigentes y eficaces, y en caso de inaplicar normas,

se incurre en responsabilidad por incumplimiento, según los dictámenes N° C-102-2008 del 08 de abril de 2008 y N° C-126-2011 del 10 de junio de 2011.

Incluso, el Órgano Procurador ha establecido que no puede recomendar a la Administración consultante la desaplicación de normas *infra* constitucionales, que a juicio de la Administración, o de la Procuraduría General, puedan ser contrarias al Derecho de la Constitución, en virtud del principio de legalidad, consagrado en el artículo 11 de la LGAP, y su homólogo constitucional; del principio de inderogabilidad singular de las normas, conforme al mandato 13 de la LGAP; y del principio general de obligatoriedad de las normas jurídicas, a tono con el numeral 129 de la Constitución Política.

Frente a normas jurídicas en que se tengan dudas fundadas de inconstitucionalidad, habida cuenta que presentan potenciales roces contrarios a los derechos y garantías del debido proceso y derecho de defensa, aunque sean evidentes y manifiestas, a la Administración decisora no le queda más que proceder con la aplicación del derecho positivo, en perjuicio del servidor público o del administrado.

Debe reconocerse que la postura del Órgano Procurador es correcta. La Administración no puede dejar de aplicar la norma procesal o sustantiva, aunque tenga serias objeciones en su aplicación, por considerarla contraria al Derecho de la Constitución, salvo que sea derogada, modificada o abrogada, conforme a los numerales 121, inciso 1, y 129 de la Constitución Política, y 8 del Código Civil, o bien, en virtud de que el Tribunal Constitucional declare su inconstitucionalidad, único Tribunal que puede ejercer dicho control, en atención a que la justicia constitucional es concentrada en Costa Rica, conforme a los preceptos 10 y 48 de la Carta Magna, y 2 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

Incluso, por dictamen N° C-205-2019 del 12 de julio de 2019, de la Procuraduría General de la República, se estableció que, aunque la norma cuestionada sea idéntica a otra que había sido anulada en sede constitucional, debe la Administración proceder con su aplicación, hasta que no exista ulterior pronunciamiento expreso de la Cámara Constitucional, o que se haya modificado o derogado.

Si bien se mira, es una postura rígida, pero consecuente con el principio de seguridad jurídica, valor fundamental de nuestro sistema. En este sentido, las normas están para ser acatadas y, por tanto, las autoridades administrativas deben aplicarlas, teniendo en mente que, si no lo hacen, incurren en responsabilidad por inobservancia del orden jurídico.

Esto es distinto a lo que sucede en el ámbito judicial, por cuanto el juez no puede aplicar normas o actos contrarios al Derecho de la Constitución. En tal escenario, el artículo 8, inciso 1, de la Ley Orgánica del Poder Judicial confiere la solución, en el sentido que deben presentar la respectiva consulta ante la Jurisdicción Constitucional.

Pero, volviendo a la interrogante inicial, ¿por qué el órgano sancionador tendría que acudir en consulta directa ante la Sala Constitucional?, pues bien, frente a un caso concreto pendiente de resolver, si la Administración decisora encuentra una norma procesal o sustantiva que debe aplicar y tiene serias dudas de inconstitucionalidad, si o si, debe proceder con su aplicación, a riesgo de lo siguiente:

- i) que la parte investigada interponga un recurso de amparo, caso que la norma sea de aplicación automática y el Tribunal Constitucional ordene la desaplicación para el caso concreto y condene a la Administración al pago de costas, daños y perjuicios;
- ii) que la parte investigada interponga una acción de inconstitucionalidad en contra la norma y que la Sala Constitucional suspenda por tiempo indefinido: 1. el dictado del acto definitivo que agota la vía administrativa, el cual resuelve el recurso ordinario de reposición o de apelación interpuesto contra el acto final y 2. el dictado de actos finales de los demás casos que tiene pendiente de resolver la Administración sancionadora correspondiente; y
- iii) que la parte investigada acuda ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a fin de petitionar que se declare la responsabilidad internacional del Estado de Costa Rica, por no respetar los derechos humanos y no adecuar su normativa interna al Derecho Internacional de Derechos Humanos (artículos 1, 2 y 29 de la CADH).

Estos 3 posibles escenarios, que no necesariamente *numerus clausus*, justifican la pertinencia de legitimar a los órganos sancionadores para que puedan presentar consultas directas en sede constitucional y evitar que la parte accione en contra de la normativa; de la Administración sancionadora; o del Estado de Costa Rica, en resguardo del principio de supremacía constitucional y de sus propios derechos.

B. ¿Se deben legitimar a los órganos sancionadores para que accedan a mecanismos de control *a posteriori* de constitucionalidad?

Para el adecuado abordaje de esta interrogante, se estima conveniente aclarar, ¿cuáles órganos tendrían legitimación para formular la consulta administrativa?, en concreto, los órganos decisores de procedimientos sancionadores. Como se aclaró en el apartado anterior, la consulta administrativa se vincula con el ejercicio de la potestad sancionadora, no con el ejercicio de otras potestades de imperio. Por consiguiente, la legitimación recae exclusivamente sobre los órganos administrativos que tienen rol decisor. ¿Cómo podrían acreditar su rol de órgano decisor?, en primer lugar, invocando la norma con rango de ley que le confiere la potestad sancionadora, en atención al principio de reserva de ley aplicable en esta materia, fundamentación que puede hacerse acompañar de normas reglamentarias que lo desarrollan, y en segundo lugar, invocando el caso pendiente por resolver, que sirve de base a la consulta, donde el órgano consultante tiene competencia decisor.

Nótese que no basta con invocar la norma de ley que confiere la potestad sancionadora, sino que debe acompañarse del caso pendiente de resolver, donde el consultante tiene el rol de órgano decisor. ¿Por qué es importante esta precisión?, dentro de nuestro complejo aparato estatal existen ciertos órganos que podrían hacer las veces de órgano decisor, y en otros casos, hacer las veces de órgano de alzada. Un ejemplo de esto es el Tribunal de Inspección Judicial, que puede asumir el rol de órgano decisor, pero también el rol de órgano de alzada, cuando conoce en apelación el recurso interpuesto contra el acto final dictado por una jefatura del Poder Judicial, según se desprende del numeral 185, párrafo 3°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, “LOPJ”).

Ahora bien, en materia de órganos decisores administrativos, desde el plano disciplinario, pueden verse los siguientes ejemplos, sin el ánimo de establecer una lista taxativa: la Ministra o el Ministro del ramo respectivo, en su calidad de superior jerárquico, conforme al numeral 102, inciso c), de la LGAP; el Tribunal de Servicio Civil quien asume el rol de órgano decisor, sobre casos de despido formulados en contra de funcionarias y funcionarios pertenecientes al régimen del servicio civil, de conformidad con los artículos 14 inciso a) y 43 inciso e) del Estatuto de Servicio Civil; la Corte Plena ejerce la potestad disciplinaria en contra de las magistradas y los magistrados, del Fiscal o la Fiscala General, del Fiscal o la Fiscala subrogante, del Director o la Directora y del Subdirector o la Subdirectora del Organismo de Investigación Judicial, de los Inspectores y las Inspectoras Generales, y de los integrantes del Consejo Superior, de conformidad con los artículos 59, inciso 12),

182 y 183 de la LOPJ; el Tribunal de la Inspección Judicial asume el rol de órgano decisor respecto de las personas servidoras judiciales, cuando la posible consecuencia jurídica se corresponda con una sanción más grave que una suspensión sin goce de salario por 15 días, de conformidad con el canon 184 de la LOPJ; el Consejo de Gobierno tiene potestad disciplinaria sobre los representantes diplomáticos de la República, nombrados por este alto órgano colegiado, de conformidad con el artículo 147, inciso 3), de la Constitución Política; la Contraloría General de la República tiene un rol decisor para ordenar y recomendar sanciones en contra de servidoras y servidores, por infracciones a las normas de control y fiscalización o por lesión a la Hacienda Pública, de conformidad con el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; y los alcaldes o las alcaldesas tienen potestad disciplinaria para imponer la suspensión o el despido en contra de servidoras y servidores de los Gobiernos locales, de conformidad con los artículos 17, inciso k), y 158 párrafo *in fine* del Código Municipal.

De manera correlativa, a manera de ejemplo y sin el ánimo de ser taxativo, la potestad correctiva la tienen los siguientes órganos decisores: en materia tributaria, los órganos sancionadores de las administraciones tributarias territoriales o de grandes contribuyentes de la Administración Tributaria, por infracciones administrativas tributarias formales y materiales, de conformidad con el artículo 149 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Código Tributario); la Comisión para Promover la Competencia (Coprocom), tiene potestad para sancionar las prácticas monopolísticas en los mercados regulados o supervisados por las superintendencias del sector financiero, de conformidad con el artículo 21, párrafo 2°, de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica y el artículo 27 bis inciso b) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor; la Superintendencia de Telecomunicaciones (Sutel), tiene potestad sancionadora por infracciones administrativas en que incurran los operadores o proveedores, y por prácticas monopolísticas, de conformidad con los artículos 55 y 65 de la Ley General de Telecomunicaciones; el Tribunal Ambiental Administrativo tiene potestad sancionadora por violaciones en contra del ambiente, de conformidad con el artículo 111 de la Ley Orgánica del Ambiente; en materia de contratación administrativa, la Administración licitante tiene potestad sancionadora para reclamar daños y perjuicios, por incumplimiento de las obligaciones del contratista, de conformidad con el artículo 35 de la Ley de Contratación Administrativa e imponer las sanciones de apercibimiento o inhabilitación a los particulares, de conformidad con el artículo 99 y siguientes de la Ley de Contratación Administrativa; valga mencionar que, en la nueva Ley General de Contratación Pública, el procedimiento sancionador en contra de particulares, se regula a partir del artículo 121; y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos

tiene potestad sancionadora por el cobro de tarifas o precios distintos a los fijados, autorizados o establecidos, entre otras causales, de conformidad con el artículo 38 y siguientes de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP).

Ahora bien, ¿por qué únicamente los órganos decisores administrativos tendrían legitimación?, porque resuelven el fondo del asunto, mediante la emisión del acto final. Recuérdese que el órgano director instruye el procedimiento para dejarlo listo para la resolución de fondo, es decir, no conoce el fondo del caso concreto, y el órgano de alzada conoce el recurso de apelación interpuesto contra el acto final. Abrir la posibilidad de consulta también a favor del órgano director y del órgano de alzada sería conferir una doble o triple legitimación a la Administración, dentro de un mismo procedimiento administrativo sancionador, lo que sería sobreabundante y podría desbordar el volumen de trabajo que lleva el Tribunal Constitucional.

Otra precisión importante que corresponde hacer es que, el órgano decisor no coincide, en todos los casos, con el jerarca máximo de la Administración respectiva o con alguna jefatura interna, puesto que, en esencia:

Se trata del órgano que reúne las condiciones y requisitos necesarios, incluyendo, por supuesto, la competencia, para resolver por acto final el procedimiento administrativo, tal y como lo dispone el numeral 129 de la LGAP. El órgano decisor que designa al director debe ser el mismo que resuelve definitivamente el procedimiento administrativo. (Jinesta, 2009b, p. 212, resaltado añadido)

Aunque tampoco puede descartarse esta coincidencia, porque, en algunos casos, el órgano decisor se corresponde con la jefatura. Véase el caso de las jefaturas del Poder Judicial, donde el artículo 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial les confiere la competencia decisor para conocer causas disciplinarias, cuya consecuencia jurídica no supere una suspensión sin goce de salario por 15 días. En estos casos, les corresponde dictar el acto final a los siguientes órganos decisores administrativos, sin el ánimo de ser taxativo: el Fiscal o la Fiscal General o Subrogante, que puede sancionar al personal profesional, técnico y administrativo del Ministerio Público; la Dirección de la Defensa Pública, que puede sancionar al personal técnico y administrativo de la Defensa Pública; y a las juezas y jueces coordinadores del Despacho y jefaturas de Departamentos Administrativos, que pueden sancionar al personal bajo su cargo (Poder Judicial de la República de Costa Rica, 2017, p. 7).

Tampoco, en todos los casos, el órgano decisor agota la vía administrativa. Para mayor claridad, véase el siguiente ejemplo: en el marco de un procedimiento de gestión de despido de funcionarias y funcionarios pertenecientes al régimen del servicio civil, la Dirección General de Servicio Civil se constituye en órgano director del procedimiento, a quien corresponde la instrucción del mismo; el Tribunal de Servicio Civil se constituye en órgano decisor del procedimiento, a quien corresponde conocer el fondo y resolver por acto final; y el Tribunal Administrativo de Servicio Civil se constituye en órgano de alzada, porque conoce el recurso de apelación interpuesto en contra del acto final. En este caso, ¿cuál órgano agota la vía administrativa?, el Tribunal Administrativo de Servicio Civil, porque emite el acto definitivo que resuelve la apelación, y contra lo resuelto no cabe ulterior recurso ordinario alguno.

Sin embargo, también puede darse el supuesto en que el órgano decisor del procedimiento, a su vez, agota la vía administrativa, puesto que, contra lo resuelto por acto final, cabe el recurso ordinario de reposición (algunas normas le denominan recurso de reconsideración). Pasa por ejemplo en el caso del Ministro o la Ministra del ramo respectivo, en su condición de jerarca máximo del Ministerio. El recurso de reposición es de naturaleza horizontal, porque es conocido y resuelto por el Ministro o la Ministra del ramo respectivo, es decir, por el mismo órgano administrativo que emitió el acto final, pero este medio de impugnación difiere del recurso de revocatoria, porque la resolución que conoce y resuelve la reposición agota la vía administrativa, no así en el caso de la revocatoria. Véase que el aparato institucional costarricense no garantiza, en todos los casos, el principio de la doble instancia en sede administrativa, porque algunas Administraciones Públicas carecen de órgano de alzada que pueda conocer la apelación.

A partir de lo establecido en el párrafo anterior, conviene preguntar, ¿por qué no tendrían legitimación los órganos de alzada considerando que agotan la vía administrativa?, porque no toda Administración dispone de un órgano de alzada que conozca en apelación lo resuelto por acto final. En tal supuesto, contra el acto final no cabe el recurso de apelación, sino, únicamente, el de reposición, y el propio órgano decisor es el que agota la vía administrativa, cuando resuelve en definitiva el recurso ordinario de reposición. En consecuencia, no es preciso establecer que el órgano de alzada, a quien corresponde conocer la apelación, sea el legitimado para formular consultas ante la Sala Constitucional, toda vez que, en aquellas Administraciones cuyos organigramas carezcan de órgano de alzada estarían imposibilitadas de plantear consultas *a posteriori* de constitucionalidad, lo que introduce un trato desigualitario que no es aceptable. Hay que agregar el carácter facultativo que tiene el agotamiento de la vía administrativa, salvo en materia

municipal y de contratación administrativa, lo que abona en apoyo de esta tesis, porque no todos los órganos de alzada conocerían en apelación el caso concreto, siendo que, bien podría la parte investigada prescindir del recurso de apelación y acudir directamente a la sede judicial.

En esencia, el órgano decisor es el titular de la potestad sancionadora y es el único que debe acceder a la consulta administrativa, porque resuelve el fondo del asunto y conoce de primera mano las normas, actos o conductas que va a aplicar o resolver en el caso concreto, incluso, puede supervisar de oficio las cuestiones previas resueltas por el órgano director, a tono con los numerales 101 y 102 de la LGAP. En el caso de los órganos de alzada, nótese que, no necesariamente en todos los casos, la parte investigada interpone el recurso de apelación para agotar la vía administrativa, y en tal supuesto, el caso administrativo nunca sería conocido en apelación. Por estas razones, lo suyo es el que el órgano decisor del caso concreto sea el único que pueda formular la consulta administrativa ante la Sala Constitucional.

De otra parte, ¿en cuál etapa del procedimiento cabría la consulta administrativa ante la Sala Constitucional y bajo cuáles reglas procesales se tramitaría?, debe formularse en un plazo máximo de 10 días hábiles, contados desde el momento en que el órgano decisor se encuentra en posibilidad de adoptar la sanción. Esta habilitación se puede presentar en varios escenarios a saber: i) cuando se remite el expediente al órgano decisor para que proceda con el acto final; ii) cuando el órgano director presenta su recomendación o informe final al órgano decisor; o iii) desde que finaliza la audiencia oral y privada del procedimiento sancionador. Dependerá de la particularidad de cada procedimiento, pero el común denominador es, desde el momento en que el órgano decisor pueda adoptar la sanción, de modo que tendrá 10 días hábiles para formular la consulta administrativa.

¿Por qué 10 días hábiles?, es un plazo razonable para que el órgano decisor analice el caso concreto y determine la existencia de alguna norma o acto, por aplicar o resolver, que deba consultar ante la Sala Constitucional, por ser potencialmente inconstitucional. Véase que el plazo de 10 días se ajusta anticipadamente al establecido por el Tribunal Contencioso Administrativo, como plazo máximo de prescripción de un mes, para el dictado del acto final, desde que está en posibilidad de adoptar la sanción, sin perjuicio de lo establecido por el canon 319 de la LGAP, en aras de evitar dilaciones injustificadas y desproporcionadas, al amparo de la justicia administrativa pronta y cumplida (Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Resolución N° 095-2019-VI de las 13:50 horas del 31 de julio de 2019).

Así, constituye un requisito de admisibilidad que la consulta sea presentada en tiempo, dentro del citado plazo de 10 días hábiles, de lo cual el órgano decisor tendrá que dar aviso a las partes sobre la consulta formulada y suspender el dictado del acto final, hasta tanto el Tribunal Constitucional resuelva en definitiva la consulta administrativa de constitucionalidad. Aunado a que el órgano decisor tendrá que cumplir los mismos requisitos de admisibilidad para la procedencia de una consulta judicial, esto es, que sea formulada por el órgano decisor del procedimiento que ostenta la potestad sancionadora; que sean dudas fundadas de inconstitucionalidad; la existencia de un asunto sancionador pendiente de resolver; y la necesidad de aplicar la norma o acto que se consulta al caso concreto.

Ahora bien, debe enfatizarse que en Costa Rica la justicia constitucional se concentra en la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con los numerales 10 y 48 de la Constitución Política y 2 de la LJC, de modo que es el único Tribunal especializado que podría expulsar normas del ordenamiento jurídico; desaplicar normas en casos concretos; o establecer la interpretación conforme al Derecho de la Constitución.

Es preciso recordar que el Derecho de la Constitución, se encuentra integrado por la Constitución material, que cubre a los principios y valores constitucionales, y la Constitución formal, que incorpora al texto constitucional, los principios constitucionales, la jurisprudencia de la Corte IDH y los tratados internacionales (tomado de: clases del curso *“Problemas Actuales de Derecho Constitucional”*, impartidas por Msc. Nancy Hernández López, Maestría Profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica). Al tiempo que cuando se alude a *“bloque”* o *“parámetro de constitucionalidad”*, es otra forma de referirse al Derecho de la Constitución.

En lo que atañe al control de convencionalidad, por sentencia N° 2014-12703 de 11:51 horas del 01 de agosto de 2014, el Tribunal Constitucional reconoció su carácter vinculante, el cual:

... es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas.

Aunque debe aclararse que la Corte IDH no establece un modelo específico para realizar control de constitucionalidad y de convencionalidad. En el caso Liakat

Ali Alibux vs Surinam, por sentencia del 30 de enero de 2014, párrafo 124, la Corte IDH estableció lo siguiente:

... sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. (resaltado añadido).

Esto nos lleva a distinguir el control de constitucionalidad, que es concentrado en Costa Rica, del control de convencionalidad, que es difuso, y recae sobre toda autoridad pública. No obstante, si bien es difuso, se debe tener presente su verdadero alcance, por cuanto dicho control se hace en el marco de las competencias y regulaciones procesales. Así, el Tribunal Interamericano precisó lo siguiente, en la sentencia *ibídem*:

Lo anterior resulta de especial importancia para el “control de convencionalidad”, dado que todas las autoridades nacionales conforme a sus respectivas competencias y las regulaciones procesales correspondientes deben llevar a cabo este tipo de control, siendo útil también para el cumplimiento de resoluciones del Tribunal Interamericano.

Teniendo en mente los límites para el control difuso de convencionalidad (competencias y regulaciones procesales), en el caso de los jueces ordinarios, Orozco Solano (2017) apuntó lo siguiente:

... con lo cual si los jueces ordinarios tienen dudas fundadas acerca de la inconstitucionalidad, o de la inconvencionalidad, de la norma que ha de aplicarse para resolver un caso concreto, tienen la obligación de plantear la consulta judicial de constitucionalidad, para que sea la Sala quien dirima el problema, en los términos en que está regulado por el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Lo anterior, sin perjuicio, desde luego, de la posibilidad de los jueces ordinarios de efectuar una interpretación conforme al Derecho de la Constitución o

al Derecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, si la norma lo permite. En este marco, lo que no es posible es que el juez ordinario inaplique directamente la ley, soslayando los alcances del artículo 10 de la Constitución Política. (pp. 243 y 244, resaltado añadido)

Empero, ¿es viable afirmar que debe ejercerse un control de convencionalidad en sede administrativa?, en efecto el órgano decisor administrativo no sólo puede, sino debe ejercer este control, aunque, nuevamente, en el marco de sus competencias y regulaciones procesales. Es por ello que, en modo alguno, podría expulsar o desaplicar una norma por considerarla inconstitucional o inconvencional, lo que representa un verdadero reto para la Administración, dado que si las competencias que ostenta no alcanzan para hacerlo, y está sujeta a las potestades, competencias y atribuciones que el ordenamiento jurídico administrativo le confiere.

Vinculado con lo anterior, con precisión, Núñez Donald (2017) afirmó lo siguiente:

... los casos más complejos son aquellos en que no existe la posibilidad ni de expulsar la norma, ni de realizar una interpretación conforme a la Convención. En aquellas situaciones, se deberá estar a las posibilidades que plantea cada sistema constitucional. (...) Un aspecto no explorado por la doctrina, es el control de convencionalidad que debe ejercer la autoridad no jurisdiccional, pues todos los estudios se han centrado en analizar el control de convencionalidad desde la perspectiva de la judicatura. (...) se requiere que los/as jueces/ zas no habilitados para inaplicar o expulsa normas, tengan la posibilidad de plantear dudas de convencionalidad a órganos superiores encargados de realizar el control, con el objeto de respetar las competencias de los órganos y uniformar la jurisprudencia. (...) la supervivencia de normas anti convencionales en el ordenamiento jurídico entraña un peligro, ya que al persistir la norma vigente en el ordenamiento jurídico, se mantiene el riesgo de su aplicación -en un sentido diverso a la CADH-, por parte del juzgador. Por otra parte, una tendencia excesivamente inclinada hacia el Poder Judicial como catalizador de la responsabilidad internacional del Estado puede comportar una sobrecarga del aparato judicial. (pp. 36, 64, 66, 67, 73 y 74)

Nótese que la responsabilidad internacional del Estado es integral, como un todo, de modo tal que no se puede fragmentar, careciendo de importancia si la

norma o práctica doméstica ha emanado del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial. En este sentido, mediante el voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, consignado en la sentencia del caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, párrafo 27, de la Corte IDH, se estableció lo siguiente:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional. (resaltado añadido)

Asimismo, en línea con lo anterior, la Corte IDH estableció lo siguiente: *“De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales”* (Caso Colindres Schonenberg vs El Salvador, párrafo 74 de la sentencia del 04 de febrero de 2019, Corte IDH, resaltado añadido). Obsérvese que el control de convencionalidad es una orden genérica que recae sobre toda autoridad administrativa que ejerza un poder público, tal y como ha establecido la Corte IDH, al disponer: *“Es precisamente en función de ese principio de complementariedad que, en la jurisprudencia de la Corte, se ha desarrollado la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”* (Caso García Ibarra y otros vs Ecuador, párrafo 103 de la sentencia del 17 de noviembre de 2015, Corte IDH, resaltado añadido).

Sobre la base de lo expuesto, es oportuno recordar que los Estados tienen el deber de adecuar su normativa interna al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en aras de lograr la efectividad de los parámetros convencionales, en orden a lo que establece el artículo 2 de la CADH, sin que puedan hacerse interpretaciones que confieran menor grado de protección respecto de lo establecido por la Corte IDH, lo que debe verse en conjunción con el numeral 29 de

la CADH. Nótese que no se puede invocar, como justificante, normas de derecho interno o prácticas domésticas para que el Estado pueda dispensarse de responsabilidad e incumplir con la obligación internacional de adecuar su ordenamiento interno, lo que debe hacerse de buena fe, con base en el principio de *Pacta Sunt Servanda*, y los numerales 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Adicionalmente, en nuestro ámbito interno, no se puede perder de vista que la Constitución Política de la República de Costa Rica es la norma suprema del ordenamiento jurídico, que vincula a toda autoridad administrativa, la cual tiene indudable fuerza normativa, que conjuntamente con los valores y principios constitucionales, deben informar el accionar administrativo. De su lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es vinculante *erga omnes*, en orden al numeral 13 de la LJC, y según lo establecido por el artículo 3 de dicha ley: “*Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales*” (resaltado añadido).

Aunque debe precisarse que el control de constitucionalidad es un análisis interno, que no corresponde dilucidar a la Corte IDH, porque carece de competencia para ello. Así, en el caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil, por sentencia del 24 de noviembre de 2010, párrafo 49, la Corte IDH estableció lo siguiente:

... la Corte Interamericana no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento No. 153....

Ahora bien, es pertinente invocar el numeral 132 de la LGAP, el cual establece que el contenido del acto administrativo, sea lo que dispone, declara, juzga, ordena o certifica, debe ser lícito. Al vincular esta norma con el precepto 6 *ibídem*, se desprende con claridad que la norma suprema de la jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico administrativo es la Constitución Política, lo cual a su vez, visto conforme al principio de legalidad, que dispone el sometimiento pleno al ordenamiento jurídico, puede concluirse que el accionar de la Administración debe ser acorde a los parámetros de constitucionalidad, y ante la duda de si una norma con rango de ley o reglamento, sea esta general o especial, es consecuente con el Derecho de la Constitución, el órgano administrativo debe tener la posibilidad de

acudir en consulta directa ante la Cámara Constitucional, pero en nuestro sistema actual esto no es posible.

Como bien apunta Orozco Solano (2008), la Constitución Política, en virtud de su indudable fuerza normativa, debe ser aplicada directamente por las autoridades públicas:

En este orden de ideas, y siguiendo a BIDART CAMPOS, si se admite la fuerza normativa de la Constitución, toda ella es exigible a la actuación de los poderes públicos, “en toda su integridad, en todas sus partes, en todos sus contenidos, también en sus implicaciones”. Con lo anterior este autor quiere decir que cuando un Estado realmente es democrático, todas las disposiciones de la Constitución tienen el carácter obligatorio e imperativo, de tal modo que vincula a la totalidad de los órganos del poder como a los particulares, en una doble vertiente, es decir, en las relaciones del Estado con los particulares, y en las de los últimos entre sí. Con este propósito, es imprescindible que la norma constitucional sea exigible ante los tribunales de justicia (o ante un órgano especializado al cual se encomiende esta función). (p. 60, resaltado añadido)

De manera reiterada, la propia LGAP, en su artículo 8, alude al respeto y observancia de los derechos del administrado. En primer lugar, cuando señala lo siguiente: *“El ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo”* (resaltado añadido).

Sobre este punto, conviene recordar que las normas no escritas también son integrantes del ordenamiento jurídico administrativo, sea los principios generales de derecho, la jurisprudencia y la costumbre; lo que cobija entonces a los pronunciamientos de la Sala Constitucional y de la Corte IDH, que son vinculantes para toda autoridad pública. Es legítimo pensar en un escenario donde el órgano administrativo cuestiona la constitucionalidad de una línea jurisprudencial, sea judicial de los tribunales ordinarios, o administrativa de la Procuraduría General de la República, en tratándose de sus dictámenes (sobre la admisibilidad de las acciones de inconstitucionalidad contra dictámenes de la PGR véase el voto constitucional N° 14016-2009 de las 14:34 horas del 01 de setiembre de 2009).

Respecto de la posibilidad de cuestionar la jurisprudencia ordinaria, Orozco Solano (2017) apuntó lo siguiente:

... una determinada línea jurisprudencial, en cuanto constituye una norma o fuente no escrita del ordenamiento jurídico, puede ser cuestionada por las distintas modalidades del control a posteriori, siempre que se cumplan ciertos requisitos, entre ellos, que se trate de una pauta o línea jurisprudencial de los tribunales de última instancia, que la línea impugnada sea la “ratio decidendi” de los fallos mencionados por el actor y, por último, que se aporten, al menos, tres sentencias o más resoluciones en los cuales se ponga de manifiesto el criterio jurisprudencial impugnado. (pp. 256 y 257, resaltado añadido)

En segundo término, nótese que el canon 10, inciso 1, de la LGAP señala lo siguiente: *“La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular”* (resaltado añadido). Si se visualiza una norma rígida que no permita una interpretación favorable a los derechos fundamentales y humanos del particular, compromete a la Administración, en virtud del imperativo de aplicar la norma y de acatar su tenor literal.

Finalmente, véase que la propia discrecionalidad administrativa se encuentra limitada a los derechos del particular, conforme al artículo 17 de la LGAP; que el procedimiento administrativo debe llevarse a cabo con pleno respeto de los derechos del administrado, según el canon 214 de la LGAP; y el órgano debe conducir el procedimiento dentro del respeto de los derechos del administrado, conforme al mandato 225 de la LGAP.

Puede destacarse entonces un firme vínculo existente entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, de lo cual la doctrina ha establecido lo siguiente:

Es casi un lugar común definir el Derecho administrativo como “Derecho constitucional concretizado” (WERNER), expresión que indica las estrechas conexiones existentes entre los preceptos constitucionales y las normas administrativas. O, quizás sea así más realista, las sintonías que deberían presentarse (aunque no siempre se producen) entre las exigencias de la Constitución y las leyes que rigen el comportamiento de la Administración. (Milano, Ortiz y Rivero, 2016, p. 31, resaltado añadido)

Debe hacerse hincapié en que la Procuraduría General de la República estableció que las normas no pueden desaplicarse o inobservarse, por más

inconstitucional que se consideren y aunque sean similares a otras que la Sala expulsó del ordenamiento jurídico por inconstitucionales: “Incluso en los casos en los que una norma pudiera ser idéntica a otra anulada por la Sala Constitucional, ha sido tesis reiterada de la Procuraduría General que la Administración debe seguir aplicándola, ajustando su conducta a lo preceptuado, mientras no exista un pronunciamiento expreso, en sentido contrario, de la propia Sala, o bien hasta que no ejerza respecto de ella la potestad modificativa o derogatoria reglamentaria.” (Dictamen N° 388 del 05 de octubre de 2020, subrayado propio). Lo que hace cuestionar si, ¿la Administración sancionadora debe asumir un rol pasivo y constituirse en mero aplicador del derecho, sin supervisar la inconstitucionalidad de la normativa que aplica en casos concretos?

Por tanto, desde el plano de nuestro derecho administrativo interno, el proceder del órgano decisor debe conducirse con apego a la supremacía constitucional y a los derechos del administrado. Pero, ¿por el imperativo de aplicar la norma escrita se justifica que la Administración vulnere los derechos fundamentales y humanos del particular?, una respuesta afirmativa sería contraproducente, porque el órgano se encuentra “atado” al derecho positivo, aunque este sea contrario al bloque de constitucionalidad.

Lo propio es que se legitimen a los órganos decisores administrativos para que accedan a mecanismos de protección al principio de supremacía constitucional y, de manera refleja, se protejan los derechos de los investigados en el caso concreto, toda vez que, actualmente, las autoridades administrativas no pueden cuestionar la potencial inconstitucionalidad de normas o actos, que deben aplicar o resolver, en casos sometidos a su conocimiento.

C. ¿Por qué la consulta administrativa de constitucionalidad es la vía procesal adecuada?

Para esta interrogante, es oportuno recordar que, en el derecho procesal constitucional costarricense, el control *a posteriori* de constitucionalidad se limita a dos vías procesales de acceso ante el Tribunal Constitucional: la acción de inconstitucionalidad y la consulta judicial de constitucionalidad. Con todo, el control se ejerce sobre normas válidas y eficaces, y por tanto, integrantes del ordenamiento jurídico. Ambos instrumentos, no pueden ser empleados por órganos decisores administrativos que conocen y resuelven el fondo de asuntos de orden sancionatorio, habida cuenta que carecen de legitimación activa para ello. De seguido se procede a dilucidar, ¿por qué los procesos constitucionales actuales son

insuficientes para garantizar la supremacía constitucional? Para brindar cabal respuesta, se analiza el recurso de amparo, la consulta judicial de constitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad.

¿Por qué es insuficiente el amparo constitucional? En primer lugar, es importante recordar que el recurso de amparo no es un mecanismo de control *a posteriori* de constitucionalidad, de modo tal que, en esencia, no resguarda la supremacía constitucional, sino la protección de los derechos fundamentales. Así, mediante la vía del amparo no se pueden expulsar normas del ordenamiento jurídico. A lo sumo, podrían impugnarse normas jurídicas de acción automática o auto aplicativas, donde la Sala no aplica el trámite de conversión a una acción de inconstitucionalidad, que fija el cardinal 48 de la LJC, y ha optado por ordenar la desaplicación de la norma al caso concreto, por ejemplo, en materia de reglamentos (pueden verse los votos constitucionales números 2421-2000; 7603-2010 y 10105-2010). Empero, nótese que sólo procede en contra de normas de aplicación automática y no es posible la expulsión de la norma, de manera que el amparo no se puede entender como un mecanismo depurador del ordenamiento jurídico, para que se encuentre a tono con el Derecho de la Constitución.

En segundo lugar, por regla general, la Administración no tiene legitimación activa para acudir en amparo. En este sentido, la doctrina nacional ha aseverado:

... el Estado, lato sensu, no es titular del derecho de acudir ante la Sala en la vía del recurso de amparo, para mantener o preservar los derechos fundamentales. La idea es brindar a los administrados un medio de defensa contra los eventuales abusos del poder, pero no puede entenderse concebido para proteger a entidades de Derecho Público, pues para que éstas puedan defender su autonomía, o la competencia que les ha sido asignada por el acto de creación, perfectamente pueden acudir a otros mecanismos previstos por el propio ordenamiento jurídico. Por lo anterior, la Sala ha rechazado recursos de amparo interpuestos por funcionarios públicos no a título personal, sino a favor del órgano que representan... (Orozco, Patiño y Salazar, 2013, pp. 122 y 123, resaltado añadido).

Así, tradicionalmente, la Cámara Constitucional ha acogido en su jurisprudencia la tesis de que los entes públicos no son titulares de derechos fundamentales, y por tanto, no es dable que ejerciten el derecho de acción consagrado en el ordinal 48 de la Constitución Política, que refiere a la posibilidad de formular recursos de amparo. Esta postura puede constatarse en los votos constitucionales números 174-91, 2890-92 y 5518-2005.

En tercer lugar, sería un despropósito establecer que el recurso de amparo es suficiente para garantizar la supremacía constitucional, cuando no lo hace, y la propia Administración carece de legitimación activa para formularlo. Por el contrario, este recurso está diseñado para ser interpuestos en contra de órganos y sujetos de Derecho Público, no a su favor. A esto debe sumarse su carácter informal, porque permitiría presentar escritos laxos, sin mayor rigurosidad, lo que compromete la seriedad y consistencia de los argumentos presentados por esta vía, debido a que no tendrían que someterse a un estricto filtro de admisibilidad, lo que desbordaría el volumen de trabajo que lleva la Sala, que maneja un circulante de 135460 (ciento treinta y cinco mil cuatrocientos sesenta) recursos de amparo desde el año 2014 hasta octubre del 2020 (datos estadísticos tomados de la página web oficial de la Sala Constitucional: <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/estadisticasv1>), para una cantidad aproximada de 20000 (veinte mil) casos de amparo por año. Por estas razones, el amparo constitucional no soluciona la problemática de fondo, de que los órganos sancionadores no pueden acudir en consulta ante el Tribunal Constitucional.

¿Por qué es insuficiente la consulta judicial? En efecto, la consulta judicial de constitucionalidad es otro mecanismo de control *a posteriori*, que puede desplegar los mismos efectos de una acción de inconstitucionalidad. No obstante, debe tenerse presente la naturaleza facultativa con que regula este instituto el canon 102 de la LJC, al tiempo que el numeral 8 de la LOPJ le da un carácter obligatorio, cuando el juez tenga serias dudas de inconstitucionalidad, sobre la norma o acto por aplicar o resolver en el caso concreto, de manera que no es posible desaplicar la norma cuestionada, salvo que pueda aplicarse o interpretarse conforme a los precedentes o jurisprudencia constitucional, donde el punto ha sido ya resuelto.

Véase entonces que, en esencia, no es que resulta insuficiente la consulta judicial, sino que está condicionada a que el caso administrativo sea residenciado en sede judicial, sea laboral o contenciosa administrativa. Es decir, para que la consulta judicial sea operativa, la parte tendría que hacer la inversión económica de judicializar el caso y que el juez tenga a bien formular la consulta ante la Sala Constitucional, lo cual no necesariamente va a pasar, porque tendría que ser relevante para el caso concreto y que el juzgador detecte la potencial inconstitucionalidad. Recuérdese que, en sede ordinaria, se ventilan aspectos de mera legalidad, y si bien es cierto el bloque de legalidad cobija aspectos propios del Derecho de la Constitución, es innegable el tono facultativo con que se regula este instituto en la LJC.

Por consiguiente, aquellos casos donde la parte no quiera o no tenga los recursos económicos para acudir a la sede judicial, la norma no podría ser sometida en consulta ante la Sala, quedando dispensada del control *a posteriori*, y a riesgo de que se continúe aplicando aunque sea contraria al parámetro de constitucionalidad. Finalmente, la legitimación para formular una consulta judicial recae sobre los jueces de la República, lo que no soluciona la problemática de fondo, de que los órganos sancionadores puedan tener acceso a mecanismos procesales para adecuar la constitucionalidad de las normas aplicables.

Nótese que, por la vía del voto N° 1617-97, la Sala Constitucional amplió la legitimación para que los árbitros puedan formular consultas judiciales, estableciendo como relevante el dictado de un laudo arbitral, con autoridad de cosa juzgada. Pues bien, por analogía, cabe entonces cuestionar, ¿por qué no extender esa legitimación en favor de los órganos decisores administrativos en materia sancionadora?, que si bien, lo resuelto por ellos no genera cosa juzgada material, genera cosa juzgada administrativa.

¿Por qué es insuficiente la acción de inconstitucionalidad? Es cierto que se podría pensar en abrir la legitimación activa institucional en favor de los órganos administrativos sancionadores. Empero, véase que, en esta materia, la legitimación activa institucional ya existe en favor de la Administración Central, toda vez que el canon 75, párrafo 3°, de la LJC la confiere al Contralor o Contralora General de la República (la Contraloría General de la República es un órgano constitucional auxiliar de la Asamblea Legislativa); al Procurador o Procuradora General de la República (la Procuraduría General de la República es un órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Justicia y Paz); al Fiscal o Fiscala General de la República (el Ministerio Público pertenece al Poder Judicial); y al Defensor o Defensora de los Habitantes (la Defensoría de los Habitantes es un órgano adscrito al Poder Legislativo). ¿Es sobreabundante abrir la legitimación institucional a favor de los órganos sancionadores?, en mi criterio, sí.

A esto hay que añadir que, la legitimación institucional dispensa al accionante de invocar un caso pendiente de resolver en sede administrativa, lo que implica una valoración abstracta de la normativa impugnada. Esto último no es particularmente efectivo para los órganos decisores administrativos, que deben conocer y resolver casos concretos, es decir, lo suyo es que se pueda hacer un control concreto y no abstracto de la norma o acto por aplicar o resolver. Se debe recalcar que la potestad sancionadora no es un poder que se ejercita en abstracto, sino que se materializa en cada caso concreto. Así, dentro del procedimiento administrativo, el órgano sancionador obtiene competencia decisora para resolver por el fondo.

Otra consideración adicional, para descartar la viabilidad de legitimar órganos sancionadores, a efecto de que puedan interponer acciones de inconstitucionalidad, es el plazo de duración de la resolución final, porque es indeterminado cuando no se dispone la celebración de una vista. En el caso de que se disponga una vista, en orden al canon 86 de la LJC, debe resolverse en el término máximo de un mes, contado a partir de la fecha en que concluya la vista, con el detalle de que, en la práctica, en la minoría de casos se hacen vistas, de manera que la mayoría quedan ayunos de un plazo determinado para la resolución final (tomado de: entrevista del 23 de marzo de 2021 con el profesor Víctor Orozco Solano).

En consecuencia, una acción de inconstitucionalidad puede tardar años, lo que dilataría excesivamente la resolución final del procedimiento sancionador, en detrimento de la justicia administrativa pronta y cumplida y de la tutela administrativa efectiva (tomado de: clases del curso “*Derecho Procesal Administrativo*” del Dr. Óscar Eduardo González Camacho, Maestría Profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica).

¿Qué sucede con las acciones de inconstitucionalidad que podrían interponer las partes investigadas? Es cierto que, podría argumentarse, las partes investigadas tienen legitimación activa para interponer una acción de inconstitucionalidad en contra de la normativa por aplicar en el caso concreto, donde la Administración sancionadora instauró un procedimiento de oficio o en virtud de denuncia en su contra. No obstante, véanse las consideraciones que de seguido se exponen. En sede administrativa, no es imperativo contratar la defensa técnica, de modo tal que el investigado puede ejercer su defensa material, supuesto en que, no necesariamente, va a poder detectar la potencial inconstitucionalidad, considerando que no todos los investigados son abogados, o tienen conocimientos suficientes en derecho, y la especialidad de la materia.

Hay que matizar lo anterior al considerar dos variantes. La primera, es lo contemplado en el mandato 220 de la LGAP, en el sentido de que la Administración, en casos excepcionales, puede exigir al investigado el patrocinio o representación de un abogado, pero sólo en “*caso extremo*”, como la misma norma lo señala, lo que es discutible cuando la parte no tiene la capacidad económica para hacerlo. La segunda, son aquellos supuestos donde la Administración ofrece la posibilidad de defensa pública en favor de los investigados, como pasa con los funcionarios judiciales, por asuntos vinculados con el ejercicio de sus funciones, lo que ya de por sí implica una defensa técnica.

Una realidad indudable que justifica por qué un investigado se acoge a la defensa material, es la inversión que implica pagar los honorarios de un profesional

en derecho. Obsérvese que, en el caso de que decida contratar los servicios de un abogado, tiene que hacer una inversión mínima de ₡ 242,000 (doscientos cuarenta y dos mil colones), en casos de cuantía inestimable, o bien, del 50% (cincuenta por ciento) de la Tarifa General, en relación con el monto estimado del asunto, de conformidad con el artículo 11 del “*Arancel de honorarios por servicios profesionales de abogacía y notariado*” (actual Decreto Ejecutivo N° 41457 del 17 de octubre de 2018 del 17 de octubre de 2018, versión del 22 de mayo de 2019). Debe resaltarse que es una inversión mínima, porque bien podría el profesional cobrar un monto superior al indicado.

Ahora bien, ¿en cuál etapa del procedimiento podría interponerse la acción de inconstitucionalidad? Si la defensa técnica detecta la presunta inconstitucionalidad, para proceder con su interposición tendrá que esperar hasta interposición del recurso ordinario que agota la vía administrativa, en contra el acto final, puesto que si lo hace en un momento anterior, la acción es inadmisibile por prematura, y si lo hace después del dictado del acto definitivo, que agota la vía administrativa, caduca el derecho de pedir la declaratoria de inconstitucionalidad, en orden al canon 77 de la LJC. Así lo confirma el ordinal 75, párrafo 1°, de la LJC que, en lo conducente, dispone lo siguiente: “Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado” (resaltado añadido). Es decir, el recurso ordinario que cabe contra el acto final, sea la reposición o la apelación, es el asunto que sirve de base para interponer la acción de inconstitucionalidad.

Otro aspecto que debe tomarse en cuenta es el costo económico para interponer una acción de inconstitucionalidad. En principio, la parte requiere de defensa técnica para proceder con su formulación, en virtud de su carácter formal y técnico. Si bien es cierto la normativa no exige el patrocinio letrado, véase que el numeral 78, párrafo 1°, de la LJC estipula que el escrito debe presentarse autenticado. Pues bien, de conformidad con el numeral 45 del arancel de honorarios *supra* referido, el costo mínimo por estudiar, analizar, redactar y tramitar una acción de inconstitucionalidad asciende a ₡ 302,500 (trescientos dos mil quinientos colones), nuevamente destacando que son honorarios mínimos.

Hay que agregar lo dispuesto por el precepto 328 de la LGAP, en el sentido de que: “En el procedimiento administrativo no habrá lugar a la imposición de costas a favor o en contra de la Administración ni del interesado.” Esta norma cierra cualquier

posibilidad de reclamar lo invertido en sede administrativa, al contratar una defensa técnica, ya que esto se ha entendido como una mera liberalidad de la parte y se toma cuenta el interés público que se persigue con el ejercicio de la potestad sancionadora. Lo propio sucede al declararse con lugar una acción de inconstitucionalidad, nótese que la parte dispositiva de la sentencia no condena a la Administración al pago de costas, daños y perjuicios, lo que implica que la parte interesada también debe asumir los costos por la interposición de la acción en sede constitucional.

En consecuencia, puede establecerse que el investigado debe tener capacidad económica para contratar la defensa técnica en sede administrativa, que permita detectar la posible inconstitucionalidad de la norma o acto, por aplicar o resolver en el caso, y proceder con su impugnación en sede constitucional. Sin embargo, hay que agregar otro elemento adicional, nada despreciable, y es el estado de incertidumbre en que se deja a la Administración y a las partes cuando se interpone una acción de inconstitucionalidad, toda vez que, no solamente se suspende el dictado del acto definitivo que resuelve el recurso de reposición o de apelación del caso concreto, sino que también se suspende la emisión de los actos finales de otros casos previos que deba conocer y resolver el órgano sancionador.

Así se desprende de los numerales 81, párrafo 2º, y 82 de la LJC, al disponer, respetivamente, lo siguiente:

Artículo 81. Si el Presidente considerare cumplidos los requisitos de que se ha hecho mérito, conferirá audiencia a la Procuraduría General de la República y a la contraparte que figure en el asunto principal, por un plazo de quince días, a fin de que manifiesten lo que estimen conveniente. Al mismo tiempo dispondrá enviar nota al tribunal u órgano que conozca del asunto, para que no dicte la resolución final antes de que la Sala se haya pronunciado sobre la acción (resaltado añadido)

Artículo 82. En los procesos en trámite no se suspenderá ninguna etapa diferente a la de dictar la resolución final, salvo que la acción de inconstitucionalidad se refiera a normas que deban aplicarse durante la tramitación. (resaltado añadido)

Para ejemplificar esta incertidumbre, la Sección Especializada del Tribunal Supremo de Elecciones, órgano que tramita y resuelve, en primera instancia, asuntos Contenciosos-Electorales de corte sancionatorio, el cual se rige por el *“Reglamento de la Sección Especializada del Tribunal Supremo de Elecciones que*

tramita y resuelve en primera instancia asuntos Contenciosos-Electorales de carácter sancionatorio" (Decreto TSE N° 5 del 02 de junio de 2016), se encuentra suspendida de emitir resoluciones finales, toda vez que se interpuso una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 1, 10, 11, 14 y conexos de esa normativa, la cual se tramita bajo el expediente N° 19-012605-0007-CO del 16 de julio de 2019, acción que fue admitida en fecha 11 de setiembre de 2019.

Interesa resaltar el estado de incerteza en que coloca a la Administración sancionadora, frente a la interposición de una acción de inconstitucionalidad, toda vez que debe abstenerse de emitir actos finales, hasta tanto la Sala resuelva si existe la inconstitucionalidad acusada. En este caso en particular, véase la fecha en que se admitió la acción y, al día de hoy, no se ha resuelto, de manera que los casos que está tramitando esa sección, deben quedar pendientes de resolución final, lo que a su vez se traduce en incerteza para las partes investigadas.

Lo anterior, evidencia que la interposición de una acción de inconstitucionalidad, no solamente despliega efectos suspensivos para el caso concreto, en el sentido de que el órgano que agota la vía administrativa debe abstenerse de emitir el acto definitivo que resuelve el recurso de reposición o de apelación, sino que, paralelamente, se suspende el dictado de actos finales de los demás asuntos sancionatorios que está conociendo la Administración respectiva. Por esta razón, el plazo indefinido para resolver la acción de inconstitucionalidad es mayormente gravoso en sede administrativa, porque despliega un efecto suspensivo que se hace extensivo a todos los casos que conoce el órgano sancionador, lo cual es nocivo para la justicia administrativa, porque genera una dilación excesiva para la resolución final o definitiva del procedimiento sancionador.

Por todo lo expuesto, la acción de inconstitucionalidad tampoco es la figura adecuada para que los órganos decisores administrativos puedan participar del control *a posteriori* de constitucionalidad. Lo que nos lleva a la pregunta inicialmente formulada en este apartado, ¿por qué el instituto de la consulta, como mecanismo *a posteriori* de constitucionalidad, es la vía adecuada para los órganos sancionadores?

Véase que, en el caso de la consulta judicial de constitucionalidad, como su nombre lo indica, procede cuando el juez ordinario tenga dudas razonables sobre una norma, acto o conducta por aplicar o resolver, instituto regulado a partir del artículo 102 de la LJC; el cual se debe resolver en el plazo de un mes, contado a partir de su presentación; el proceso queda suspendido en su tramitación hasta que se resuelva; de la consulta se dará audiencia a la PGR; las partes tienen derecho de pedir la conversión de la consulta en una acción de inconstitucionalidad; la consulta

podrá evacuarse en cualquier momento, cuando los precedentes constitucionales sean suficientes para responder lo planteado; y la resolución de la consulta despliega los mismos efectos que una sentencia de acción de inconstitucionalidad.

Este mecanismo debe destacarse porque constituye un control concreto de constitucionalidad, toda vez que se formula sobre la base de un caso previo, cuando el juzgador tiene dudas razonables, lo que le obliga a esgrimir razones consistentes y sólidas. Sobresale el plazo de duración de un mes para la resolución final, debidamente determinado, sin estar condicionado a la celebración de una vista. Aunque debe decirse que es ordenatorio para la Sala, toda vez que no se cumple cabalmente en todos los casos (tomado de: entrevista del 23 de marzo de 2021 al Profesor Víctor Orozco Solano). Empero, sin duda alguna, la certeza jurídica se fortalece porque el plazo de resolución es definido. Asimismo, llama la atención los efectos que despliega la resolución de una consulta, habida cuenta que son los mismos que una acción de inconstitucionalidad, garantizándose el principio de supremacía constitucional, los derechos fundamentales y humanos de las partes en el caso concreto, incluso para casos futuros, porque podría establecerse una interpretación conforme al bloque de constitucionalidad, o bien, que la norma sea expulsada del ordenamiento jurídico.

Estas características se amoldan perfectamente a una consulta administrativa de constitucionalidad, a título de mecanismo de control *a posteriori* de constitucionalidad. Véase que las características que presenta la consulta judicial son extrapolables al caso del órgano decisor en sede administrativa, rol que se activa en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, con un caso pendiente de resolver, no en abstracto y sin un caso previo. Es cierto que la potestad sancionadora se confiere en abstracto por la normativa, pero la competencia decisora se ejercita en el caso concreto. Por eso no es preciso acudir a la legitimación institucional que confiere el canon 75 párrafo 3° de la LJC, para interponer acciones de inconstitucionalidad, dado que se hace un estudio abstracto de constitucionalidad. Lo propio es que el órgano decisor administrativo ejerza un control concreto, vinculado al caso previo que tiene por resolver, lo que permite sustentar las dudas fundadas que deben acreditarse ante la Cámara Constitucional. Sin mencionar los destacados beneficios procesales que confiere el instituto de la consulta, que no advierten una duración excesiva en la resolución final del procedimiento, por el contrario, se ajusta a la celeridad y gratuidad requerida para una justicia administrativa pronta y cumplida.

En otras latitudes, el control de constitucionalidad presenta particularidades según cada sistema jurídico. En España, existe la posibilidad de que un órgano

judicial pueda plantear una consulta ante el Tribunal Constitucional cuando una norma, con rango de ley, es aplicable al caso concreto y el fallo depende de la validez del precepto en cuestión, según el artículo 163 de la Constitución española, con la singularidad de que la consulta no tiene efectos suspensivos (Aragón, 1979, pp. 171-196).

En Alemania, existe la posibilidad de un control de constitucionalidad concreto y abstracto. El control concreto se hace a solicitud de los tribunales ordinarios o de los tribunales constitucionales federados, con un caso pendiente de resolver. El control abstracto se hace a petición del Gobierno Federal, del gobierno de un estado federado, o de al menos una tercera parte de los miembros del Parlamento (Weber, 2003, pp. 495-538).

En Colombia, según el artículo 241 de la Constitución Política, existe un control de normas, con rango de ley, y actos que reforman la Constitución, que usualmente se explica como un control abstracto de constitucionalidad, aunque singular porque también se juzgan casos concretos, y existe la acción de tutela que permite la revisión de decisiones judiciales para la protección de derechos fundamentales, como una especie de control concretado de constitucionalidad (Pulido, 2011, pp. 165-180).

En Venezuela, existe un recurso donde se permite que las personas y órganos acudan ante la Sala Constitucional, mediante un recurso de interpretación constitucional, a efecto de realizar una interpretación, pero de normas constitucionales aplicables a una situación concreta, que difiere de un control de normas infra constitucionales (Badell, 2002).

En el derecho comparado, se desconoce la existencia de algún mecanismo procesal específico y similar al que se presenta en esta investigación, donde los órganos administrativos, con casos concretos bajo estudio, realicen consultas ante los tribunales constitucionales, para determinar si las normas o actos, por aplicar o resolver, se adecuan al bloque de constitucionalidad. ¿Esto es un indicador negativo?, todo lo contrario. Estamos en presencia de un instituto novedoso que fortalece la supremacía constitucional y los derechos más supremos de las partes investigadas dentro de un procedimiento sancionador. Costa Rica está llamada a dar un paso firme hacia adelante, en materia de control *a posteriori* de constitucionalidad, con un mecanismo sólido que coadyuve en depurar del ordenamiento jurídico las normas inconsistentes con el Derecho de la Constitución.

Como dato histórico, según consta en el expediente legislativo de nuestra Ley de la Jurisdicción Constitucional, inicialmente, la norma que disponía la consulta

judicial de constitucionalidad se plasmaba en el artículo 99 del proyecto y establecía lo siguiente:

El control constitucional también será ejercido por la Corte Plena en virtud de gestión directa del Poder Ejecutivo (Presidente y respectivo Ministro), del Tribunal Supremo de Elecciones, de la Contraloría General de la República cuando alguno de esos órganos tuviere que aplicar una ley o disposición general que considere inconstitucional. (Expediente legislativo de la LJC, folio 652, resaltado añadido)

Sobre este borrador de norma, el Dr. Rubén Hernández Valle manifestó lo siguiente:

Hay ciertos problemas de constitucionalidad que no dan lugares a juicios, entonces no hay posibilidad de plantear la demanda. Esto ocurre, sobre todo, en vía administrativa; a veces la Contraloría, el Tribunal de Elecciones o el Poder Ejecutivo tienen que resolver asuntos en que están plenamente conscientes de que la norma que van a aplicar es inconstitucional, pero como ellos no tienen facultad para hacer esa declaratoria, tienen muchas veces que resolver en la aplicación de una norma constitucional. Muchas veces, en esa aplicación le están negando derechos a los administrados. Cuál es la solución que se está dando? Cuando haya duda, esos órganos quedan legitimados para hacer la consulta a la Corte. Esto, además tiene otra ventaja adicional, y es que si permitimos la consulta en vía administrativa, nos vamos a ahorrar una gran cantidad de tiempo y de dinero para el particular. Por qué? Porque en vía administrativa no hay que afianzar costas. Entonces, si se tiene la duda, se hace la consulta a la Corte y ésta resuelve; si obviamente la respuesta dice que es inconstitucional la administración tendrá que satisfacer la pretensión del particular, si la rechaza ya el particular sabe que no tiene sentido ir a los tribunales porque ya el caso está perdido. (Acta N° 30 de la sesión ordinaria celebrada por la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, de las 13:45 horas del 24 de enero de 1989, en Expediente legislativo de la LJC, folio 580, resaltado añadido)

Puede observarse que, en un principio, el legislador tenía en mente incorporar a la Administración como consultante, siendo que, se contemplaba esa posibilidad en el primer borrador de la norma. En realidad las consideraciones expuestas por el Dr. Hernández Valle presentaban una visión adelantada en el tiempo, de la cual se ocupa este artículo. Si bien, no del Poder Ejecutivo en sentido

estricto (señor Presidente y señor Ministro del ramo correspondiente), sí con respecto al órgano administrativo que conoce y resuelve el fondo del caso sancionador, a efecto de que tenga legitimación activa para presentar consultas ante la Sala Constitucional.

Como se dijo, el control de constitucionalidad en Costa Rica se rige por un modelo concentrado, sea recaer únicamente en la Sala Constitucional. Este examen de constitucionalidad debe permitir el cotejo de la norma con el Derecho de la Constitución. No obstante, obsérvese que este Tribunal no interviene de oficio, sino a requerimiento de parte interesada. De ahí que, si los órganos decisores administrativos no tienen una puerta de entrada hacia la Sala, no podrían cuestionar la normativa aplicable al caso concreto.

La jurisdicción constitucional, según el artículo 1 de su ley reguladora, tiene por objeto: “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” (resaltado añadido). Siendo la supremacía constitucional el objeto más importante del control *a posteriori* de constitucionalidad, se debe permitir que los órganos administrativos con potestad sancionadora puedan activar la intervención de la Sala, para cuestionar la potencial inconstitucionalidad de una norma o acto aplicable al caso sometido a su conocimiento.

Más precisamente, cabe preguntar, ¿el órgano decisor administrativo tiene alguna posibilidad de cuestionar las normas que debe aplicar o resolver?, por lo expuesto hasta ahora, no hay posibilidad alguna, incluso a conciencia de que la norma o acto, por aplicar o resolver, es contraria a los estándares constitucionales, debe proceder con su aplicación, bajo el apercibimiento de que si no lo hace las funcionarias y funcionarios a cargo incurren en responsabilidad, en caso de omitir la aplicación de la norma, sin que en sede administrativa se puedan acusar roces de inconstitucionalidad, ni mucho menos emitir un juicio concluyente.

La realidad de nuestro derecho público interno pone de relieve que las vías que podría optar la Administración para, eventualmente, coadyuvar del control *a posteriori* de constitucionalidad, son todos indirectos, tardíos e ineficaces. En efecto, con base en el artículo 123 constitucional, el Poder Ejecutivo podría ejercitar su iniciativa legislativa a fin de presentar un proyecto de ley que proponga una modificación, supresión o interpretación de una ley preexistente, o bien la creación de una nueva ley, pero tendría que someterse a la corriente legislativa, con todas las

formalidades que exige nuestra Carta Fundamental y el Reglamento de la Asamblea Legislativa, para que un proyecto pueda convertirse en Ley de la República.

En el caso de normas con rango de reglamento, la Administración podría reformar el mismo o emitir uno nuevo. En el evento que la regulación o reforma incorpore trámites, requisitos o procedimientos para el administrado, debe someterse a una evaluación costo - beneficio, que es una herramienta de política pública donde la Administración debe acreditar que los beneficios son superiores a los costos, de conformidad con los criterios de forma y fondo que establece la Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos y su reglamento, lo que conlleva al sometimiento de un trámite formal ante la Dirección de Mejora Regulatoria del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, y en el caso de la Administración Central, ante la Dirección de Leyes y Decretos de la Presidencia de la República. Considérese también que, por su propia naturaleza, los decretos ejecutivos son actos complejos, porque concurren dos o más voluntades para configurar una sola, sea del Presidente de la República y del Ministro del ramo respectivo, lo que comporta un trámite que ya es tardío para el caso concreto.

En el evento de que la Administración formule una consulta ante la Procuraduría General de la República o ante la Contraloría General de la República, estos no podrían verter pronunciamiento sobre el fondo, porque son órganos consultivos que ejercen un control de legalidad, no de constitucionalidad, lo cual, como se ha insistido, compete a la Sala Constitucional.

El último recurso que se podría considerar es instar al Procurador o Procuradora General de la República, o al Contralor o Contralora General de la República, para que, en el ejercicio de su legitimación institucional, interponga una acción de inconstitucionalidad contra la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, lo que no necesariamente podría prosperar en todos los casos, considerando la indudable coordinación, diálogo y consenso que tendría que existir entre la Administración correspondiente y la Procuraduría General o la Contraloría General de la República. A esto hay que sumar que tampoco sería efectivo porque, en caso de materializarse, es tardío para el caso concreto, puesto que la duración de una acción de inconstitucionalidad, sin señalamiento de vista, es indefinido, y se ejercita un control abstracto de constitucionalidad, no de casos concretos.

Adicionalmente, la materia impugnada por el Contralor o Contralora General, por la vía de la acción, es limitada, porque sólo podría versar sobre normas o actos que *“lesionen, objetivamente, la Hacienda Pública y el ordenamiento de control y fiscalización superior”* (Jinesta, 2014, p. 427).

En cuanto a la PGR, puede decirse que su legitimación es más amplia, y está considerada como el Ministerio Público de la jurisdicción constitucional. Así puede desprenderse por referencia de la doctrina nacional: “En esta perspectiva de función imparcial, fue sabia la sentencia dictada por la Sala Constitucional a las 17:15 horas del 7 de febrero de 1990, donde calificó a la PGR de ser “un Ministerio Público de la jurisdicción constitucional” (Jiménez, 2016, p. 372, resaltado añadido). Por ello, en el ejercicio de sus competencias, la PGR “puede detectar leyes, normas de cualquier naturaleza y actos sujetos al Derecho Público que quebranten el Derecho de la Constitución” (Jinesta, 2014, p. 428, resaltado añadido).

Empero, como se dijo, la necesaria coordinación, diálogo y consenso entre la Administración y la PGR torna incierto que, efectivamente, la Administración sancionadora pueda acudir, aun indirectamente, ante la Sala Constitucional, por intermedio de la PGR, sumado al problema del plazo de duración promedio de años, para la resolución final de una acción de inconstitucionalidad sin señalamiento de vista, que son la mayoría.

Así las cosas, se ha establecido que los órganos decisores administrativos, en materia sancionadora, no tienen posibilidades razonables para acudir ante la Sala Constitucional, aunque sea por intermedio de otro órgano con legitimación, para cuestionar la inconstitucionalidad de una norma o acto por aplicar o resolver en un caso concreto. Por tanto, la consulta administrativa de constitucionalidad, es la vía procesal adecuada, y sobre todo efectiva, porque su trámite se asemeja al de una acción de inconstitucionalidad, pero con una duración debidamente establecida; despliega los mismos efectos que una acción; y se ejerce un control concreto con base a un caso específico, incluso resultan de aplicación supletoria las normas aplicables a la acción de inconstitucionalidad, conforme al numeral 108 de la LJC. De igual forma, en el marco de una consulta, la Sala Constitucional debe conferir audiencia a la PGR, como órgano consultor, y las partes pueden convertir la consulta en una acción.

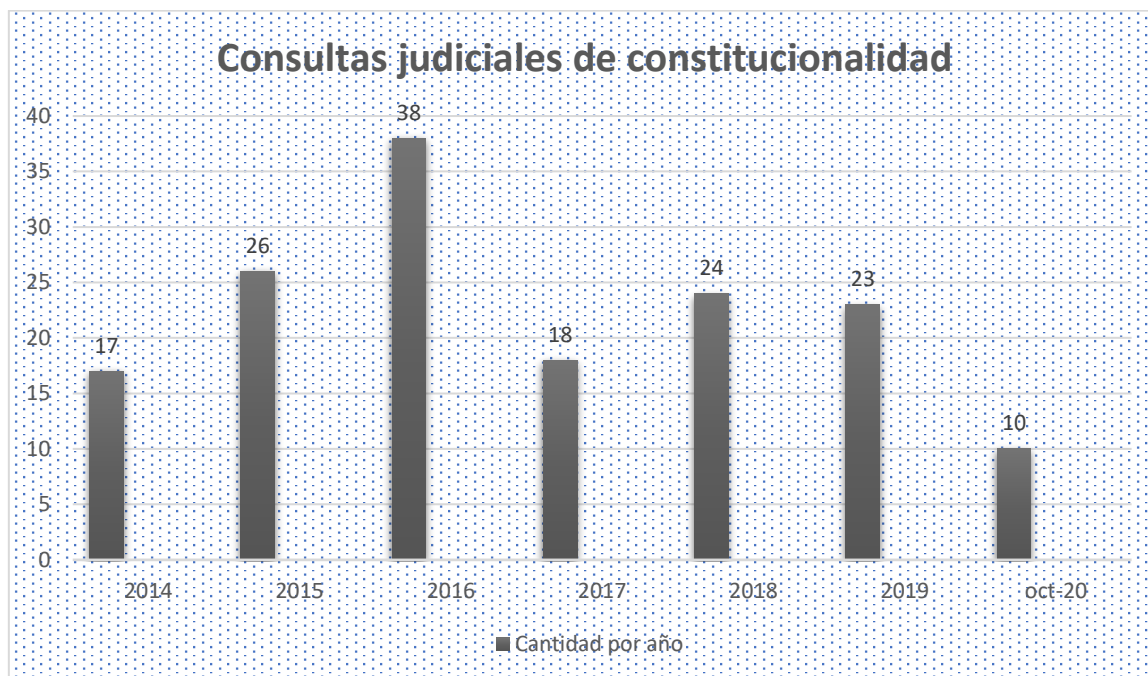
Sin embargo, desde ya conviene hacer una aclaración, nótese que el órgano decisor administrativo plantea la consulta antes del dictado del acto final, lo que excluye la posibilidad de que la parte investigada pueda acogerse al procedimiento de conversión que postula el cardinal 105, párrafo 2°, de la LJC, toda vez que la parte no estaría legitimada para accionar en la etapa en que el órgano decisor formula la consulta administrativa. Como se precisó *supra*, la parte puede interponer la acción de inconstitucionalidad hasta que presente el recurso de reposición o de apelación en contra del acto final, para agotar la vía administrativa. Siendo que, al momento de presentarse la consulta administrativa, todavía no se ha emitido el acto final, no

es posible que la parte convierta la consulta en acción, porque en esa etapa del procedimiento no está legitimada para interponer una acción de inconstitucionalidad, de modo tal que la consulta administrativa no podría convertirse en una acción. Además, nótese que si la consulta administrativa es rechazada por el fondo, o declarada sin lugar, y posteriormente la parte investigada formula una acción de inconstitucionalidad, en la etapa del procedimiento donde está legitimada para ello, sea con la interposición del recurso de reposición o de apelación en contra del acto final, esta acción podría ser rechazada en aplicación del artículo 9, párrafo 2º, de la LJC, por ser *“una simple reiteración o reproducción de una gestión anterior igual o similar rechazada”*, tal y como lo estipula la norma. Lo propio podría suceder ante una futura consulta judicial de constitucionalidad, si el caso administrativo es conocido en sede judicial.

Otro elemento válido que se puede cuestionar, es la procedencia de que la PGR participe como órgano asesor imparcial del Tribunal Constitucional, en el marco de una consulta administrativa de constitucionalidad, siendo que forma parte de la Administración Central, debido a que constituye un órgano desconcentrado máximo adscrito al Ministerio de Justicia y Paz. Sobre este extremo, debe tenerse presente que, de conformidad con el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el Órgano Procurador tiene *“independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus atribuciones”* (resaltado añadido) y según el artículo 6, inciso a), de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Paz, cuenta *“con independencia administrativa y se regirá por las normas de su ley orgánica”* (resaltado añadido). En mi criterio, es de vital importancia la participación de la PGR como asesor de la Sala, dentro de consultas administrativas de constitucionalidad, siendo que su criterio técnico jurídico constituye un insumo valioso, que analiza la admisibilidad y el fondo de la consulta, lo que enriquece el examen de la consulta y de la normativa cuestionada.

Si se parte de la premisa de que la imparcialidad y objetividad de la PGR se compromete en todos los casos, porque son consultas de órganos sancionadores de las distintas Administraciones Públicas, implicaría el imperativo de prescindir de su asesoría en todos los casos, lo que sería un despropósito jurídico. A mi juicio, salvo en casos calificados, no se configuran dudas justificadas, teniendo presente su naturaleza jurídica y que el órgano decisor administrativo competente para disciplinar a las funcionarias y funcionarios de la PGR, se corresponde con el Ministro o la Ministra de Justicia y Paz, de conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Paz, de manera que las consultas administrativas serían formuladas por el Ministro o la Ministra y no por el Procurador o Procuradora General de la República.

Por otro lado, ¿la consulta administrativa desbordaría el volumen de trabajo que lleva la Sala Constitucional? Indudablemente implicaría mayor trabajo para el Tribunal, pero debe considerarse la siguiente información estadística:



(Tomado de: información estadística de la página web oficial de la Sala Constitucional: <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/estadisticasv1>)

Desde el año 2014 hasta octubre del año 2020 se han presentado 156 (ciento cincuenta y seis) consultas judiciales ante la Sala Constitucional, siendo el circulante más bajo, incluso en contraposición con las acciones de inconstitucionalidad, cuya cuantía durante ese mismo período, asciende a 2102 (dos mil ciento dos), según consta en la página web de la Sala, lo que no alcanza a compararse. De conformidad con estas cifras, ¿las consultas de constitucionalidad son realmente desbordantes para la labor del Tribunal? Como todo instrumento nuevo, habrá que ver cómo reacciona en la práctica, pero con base en esta evidencia cuantitativa, no se augura un circulante desbordante para la Sala.

¿Cuál es el efecto que tendría en la labor del Tribunal incorporar las consultas administrativas? Se estima que no es necesario introducir mayores reformas estructurales, como la creación de una Sala especializada en materia de acciones y

consultas, o el aumento de recursos y el personal que tiene el Tribunal, aunque tampoco se puede negar que sería lo deseable. A manera de propuesta, se podría redistribuir las funciones internas de la Sala, para que las letradas y los letrados, que tienen a cargo las consultas judiciales, también asuman las consultas administrativas.

Otro aspecto que debe tomarse en cuenta, no todas las consultas administrativas van a superar el filtro de admisibilidad. En efecto, véase que, deben provenir de órganos decisores administrativos; la consulta debe presentarse en tiempo y forma, esto es, dentro del plazo de 10 días hábiles, contados a partir de que se encuentran en posibilidad para emitir el acto final, ya sea después de finalizada la audiencia oral y privada, o bien, de presentado el informe final o el expediente administrativo por el órgano director; debe acreditar la potestad sancionadora invocando la norma de ley que la confiere; debe acreditar la existencia de un caso sancionador pendiente de resolver; debe esgrimir dudas fundadas de inconstitucionalidad, por lo cual, debe emplear argumentos precisos, sólidos y consistentes, acompañando la copia del expediente administrativo; y la norma o acto que se cuestiona debe ser de aplicación o resolución al caso concreto. Si el órgano administrativo incumple cualquiera de estos presupuestos, la consulta deviene en inadmisibile, lo que implica que la Sala no debe resolver el fondo.

Finalmente, no puede perderse de vista que la consulta administrativa sería un verdadero privilegio procesal para los órganos decisores administrativos, por eso se cierra la oportunidad hasta dentro del plazo de 10 días hábiles, contados a partir de que se encuentre en posibilidad de dictar el acto final. En apariencia esto es inflexible, pero es por la naturaleza excepcional de este instituto. ¿Por qué no en cualquier momento antes del dictado del acto final?, porque podría incurrirse en un abuso procesal al presentarse 2 o más consultas ante la Sala, de un mismo procedimiento administrativo. Esto se evita mediante el establecimiento claro y preciso de una fase y un plazo determinado en que puede acudir, si a bien lo tiene el órgano sancionador.

D. ¿Cuál es el producto final recomendable para solucionar esta problemática?

Sobre la base de lo expuesto, es necesario introducir una reforma parcial al capítulo III denominado: *“De las consultas judiciales de constitucionalidad”*, que pertenece al título IV denominado: *“De las cuestiones de constitucionalidad”*, en específico a partir del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a efecto

de que el órgano decisor administrativo, con un procedimiento sancionador previo, pueda consultar ante la Sala Constitucional si la norma o acto por aplicar o resolver es inconsistente con el bloque de constitucionalidad.

Se propone modificar el citado capítulo III, en el siguiente sentido:

CAPÍTULO III:

De las consultas judiciales y administrativas de constitucionalidad

Artículo 102.- Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.

Todo órgano decisor administrativo, con un procedimiento administrativo sancionador previo, estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba resolver en un caso sometido a su conocimiento. El órgano consultante deberá invocar la norma con rango de ley, y otras conexas, que confieran su potestad sancionadora, demostrar su rol de órgano decisor del caso concreto pendiente de resolver, y presentar la consulta dentro del plazo de 10 días hábiles, contados a partir del momento en que se encuentra en posibilidad de dictar el acto final.

Artículo 103. Las consultas a que se refiere el artículo anterior serán procedentes en todo caso, sin perjuicio de otras que se hayan planteado, o de acciones de inconstitucionalidad interpuestas o que se interpongan en el mismo proceso o procedimiento administrativo sancionador.

Artículo 104. La consulta se formulará mediante resolución en la que se indicarán las normas, actos, conductas u omisiones cuestionados, y los motivos de duda del tribunal u órgano decisor administrativo sobre su validez o interpretación constitucionales. Se emplazará a las

partes para dentro de tercero día y se suspenderá la tramitación del proceso o recurso o procedimiento administrativo sancionador hasta tanto la Sala Constitucional no haya evacuado la consulta.

Al enviar la consulta, se acompañará el expediente o las piezas pertinentes.

Artículo 105. De la consulta se dará audiencia a la Procuraduría General de la República, si no fuere parte en el proceso o recurso principal. Las partes, en este último caso podrán apersonarse ante la Sala, únicamente para los efectos de que sean notificadas.

No obstante, cualquiera de ellas que estuviere legitimada para plantear una acción podrá solicitarle a la Sala, dentro del término del emplazamiento, que se le dé al asunto el carácter y los efectos de dicha acción de inconstitucionalidad, en cuyo caso deberán interponer formalmente esta última dentro de los quince días siguientes. Si lo hicieren, se le dará a la acción el trámite correspondiente, y la Sala se abstendrá de evacuar la consulta como tal, pero deberá pronunciarse sobre ésta en el fallo.

Si no se solicitare o aprovecharse el procedimiento de conversión indicado en el párrafo anterior, la Sala evacuará la consulta sin más trámite y sin audiencia de partes, en un plazo máximo de un mes a partir de su recibo.

Artículo 106. La Sala podrá evacuar la consulta en cualquier momento, cuando considere que está suficientemente contestada mediante la simple remisión a su jurisprudencia y precedentes, todo esto con las mismas salvedades previstas en el párrafo segundo del artículo 9 de esta ley.

Artículo 107. La resolución de la Sala se le comunicará al tribunal consultante u órgano decisor administrativo, al Procurador General de la República y a las partes apersonadas, tendrá los mismos efectos y se publicará de igual manera que la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad, salvo que no precluirá el planteamiento de ésta en el mismo proceso, si fuere procedente.

Artículo 108. En lo no dispuesto en el presente capítulo, las consultas judiciales y administrativas de constitucionalidad se regirán por las

normas del anterior y, supletoriamente, de la acción de inconstitucionalidad, en lo que fueren razonablemente aplicables. (Lo resaltado corresponde a las propuestas de reforma parcial)

El objeto de la consulta podrá versar sobre normas de orden procesal o sustantivo, siempre que, sean dudas fundadas de inconstitucionalidad, y que deban aplicarse o resolverse al caso concreto. Esto implica un ejercicio argumentativo del órgano consultante. Si bien se mira, no es una consulta en estricto sentido, sino que debe hacerse un razonamiento sólido y consistente de por qué estima que existe un potencial roce con el Derecho de la Constitución. Para una mejor comprensión, se asemeja a una especie de denuncia constitucional, donde el órgano administrativo acusa que la normativa aplicable al caso concreto no es consecuente con el parámetro de constitucionalidad.

¿Qué pasa si se tiene duda respecto de una norma procesal que ya fue aplicada por el órgano director? Esta pregunta es válida considerando que le corresponde resolver cuestiones previas. O bien, ¿Qué pasa si la duda surge desde el inicio mismo del procedimiento? Sea, desde que se notificó el traslado de cargos al investigado. Pues bien, el órgano decisor puede formular la consulta administrativa hasta la etapa del procedimiento en que es procedente, sea dentro de los 10 días hábiles en que se encuentra en posibilidad de dictar el acto final. En el evento de que la norma procesal ya fue aplicada por el órgano director, debe apuntarse que el decisor debe supervisar lo hecho por el instructor, durante el trámite del procedimiento, y si éste detecta una inconstitucionalidad, bien podría consultarla ante la Sala. Nótese que el objeto de la consulta puede versar sobre una norma que deba aplicar o resolver en el caso concreto, y puede encuadrar el supuesto donde el órgano decisor debe adoptar las medidas necesarias para ajustar la conducta del inferior a la ley.

De este modo, si la Sala confirma la inconstitucionalidad de la norma procesal aplicada por el órgano director, se procede con la remoción de la norma, y habrá que anular todo lo actuado en aplicación de la misma. Sobre este punto, cabe traer a colación lo dispuesto por el cardinal 92 de la LJC, el cual establece lo siguiente: “La sentencia constitucional anulatoria tendrá efecto retroactivo, en todo caso, en favor del indiciado o condenado, en virtud de proceso penal o procedimiento sancionatorio” (resaltado añadido).

Se puede apreciar que la reforma no refiere exclusivamente a normas, sino también a un “acto” o “conducta u omisión que deba resolver en un caso”. Téngase

presente que, por designio del canon 6, inciso f), de la LGAP, el ordenamiento jurídico administrativo está, además, conformado por: *“Las demás normas subordinadas a los reglamentos, centrales y descentralizadas”*. Si se vincula esta norma con el numeral 122, inciso 1), de la LGAP, el administrado podría invocar en su defensa actos internos de la Administración que le benefician. Incluso, en observancia del artículo 123 *ibídem*, la Administración o el administrado podrían invocar actos internos con relevancia externa, es decir, como si se tratara de normas jurídicas, a condición de que se encuentren regulados por el derecho positivo.

Sobre este interesante numeral 123, Eduardo Ortiz Ortiz explicó lo siguiente, según consta en actas legislativas de la LGAP:

Es simplemente que los particulares, que están, o sujetos extraños a la administración de que se trata, podrán invocarlos como si fueran normas jurídicas válidas. y a su vez, la administración podría invocarlos frente a ellos como si fueran normas jurídicas válidas ante el Estado. Esto es una excepción a lo anterior en el sentido de que los casos en que la ley, el reglamento u otra norma cualquiera del Estado, expresamente le den valor a estos actos internos, tendrán valor incluso en perjuicio del particular, siempre y cuando estén expresamente regulados por ley, reglamento o cualquier otra norma del Estado. Significa repito la "relevancia externa" que tendrán valor como norma jurídica y podrán ser invocados como tales ante los tribunales los actos internos del Estado o de cualquier administración pública que estén regulados expresamente por ley o reglamento u otra norma del Estado mismo. (...) afirmamos que tendrá relevancia externa, eso es simplemente para evitar por ejemplo, lo que antes era usual, esto es una toma de posesión de principio, que el Estado afirme que un acto que perjudica a los servidores públicos porque es interno, no puede ser combatido ni tampoco invocado en su favor por los servidores de la administración porque es interno y carece de validez ante el ordenamiento del Estado. En virtud de esta disposición la va a tener siempre, tanto a favor de la administración como en contra de la administración, tanto a favor del servidor público como en contra del servidor público. (Acta N° 100 de la sesión extraordinaria celebrada por la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, a las 14:15 horas del 24 de marzo de 1970, en Expediente legislativo de la LGAP, folios 341 y 342, resaltado añadido)

A manera de ejemplo, pueden visualizarse las instrucciones o circulares que emanan a lo interno de la Administración. Esto supone la creación de derecho administrativo en el propio seno de la Administración, al introducir deberes y obligaciones para las funcionarias y funcionarios, máxime si se alude a una relación de empleo público. Véase que los centros de producción de normas de derecho administrativo pueden resultar más amplios, dado que los órganos administrativos no sólo analizan normas jurídicas, en sentido formal y material, como las leyes y los reglamentos, sino también actos internos con valor normativo (de relevancia externa) que podrían ser objeto de aplicación o resolución en un caso concreto, sea en el marco de un procedimiento sancionador.

Pueden sumarse las directrices intersubjetivas de la Administración Central hacia la Administración Descentralizada y las directrices interorgánicas que se dan a lo interno de un mismo ente u órgano administrativo, que si bien establecen lineamientos de política general, y que en principio no despliegan efectos normativos, podrían tener roces de inconstitucionalidad cuando interpretan normas, o bien cuando, en el plano práctico, generan efectos normativos (Jinesta, 2014, pp. 356 a 359).

Resulta de suyo interesante cuestionar si la costumbre administrativa podría ser objeto de una consulta administrativa de constitucionalidad. Pues bien, si se ha señalado que la jurisprudencia es fuente no escrita del ordenamiento jurídico administrativo, y por tanto, puede someterse al control *a posteriori* de constitucionalidad, ¿por qué la costumbre no podría sujetarse a este examen?, ya que es fuente de derecho. Así, con base en el precepto 7 de la LGAP, la costumbre es una norma no escrita, lo que visto en conjunción con el artículo 10 de la Constitución Política, el control de constitucionalidad puede versar sobre “normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público” (resaltado añadido). Este análisis debe enlazarse con el ordinal 73, inciso b), de la LJC que dispone la procedencia de la acción de inconstitucionalidad: “Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo” (resaltado añadido).

De conformidad con los artículos 3 del Código Civil y 5, párrafo 5°, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el derecho administrativo admite la costumbre *praeter legem* que es aplicable, supletoriamente, en aquella materia no regulada por el derecho positivo. Esta postura ha sido ratificada por nuestra doctrina nacional (Jinesta, 2009a, p. 302). Siendo que las normas no escritas son integrantes del ordenamiento jurídico administrativo, conforme al mandato 8 de la LGAP, y que las

prácticas domésticas no dispensan de responsabilidad internacional al Estado de Costa Rica, es viable someter en consulta a las costumbres administrativas, siempre que vulneren parámetros de constitucionalidad.

¿Por qué es necesaria una reforma parcial a la Ley de la Jurisdicción Constitucional?, es sabido que la Sala puede resolver sobre su propia competencia, de conformidad con el principio de auto regulación de las competencias que deriva del artículo 7 de la LJC, y a diferencia de otras jurisdicciones donde pueden presentarse conflictos de competencias, en sede constitucional el propio Tribunal define su competencia (clases del curso de “*Derecho Procesal Constitucional*”, impartidas por la Dra. Magally Hernández Rodríguez, Maestría Profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica).

Así, podría sostenerse que la Sala, por la vía de sus precedentes o jurisprudencia, establezca la procedencia de que los órganos decisores administrativos, con asuntos sancionadores previos, están legitimados para presentar consultas, con base en el numeral 102 de la LJC. No obstante, es pertinente introducir esta reforma, primero, para evitar que se acuda a interpretaciones dificultosas, dado que, su tenor literal hace inviable ampliar la legitimación en favor de otros órganos, y segundo, porque el Tribunal bien podría cambiar de criterio, en tanto que si se fija expresamente en la norma, queda suficientemente clara y consistente con el principio de seguridad jurídica.

Conclusiones.

La potestad sancionadora de la Administración es el poder más represivo e invasivo que se despliega en la esfera jurídica del ciudadano y del funcionario público, *ergo* el debido proceso y derecho de defensa deben resguardarse con mayor celo y rigurosidad. Ha quedado acreditada la importancia de que los órganos decisores administrativos, en el ejercicio de su potestad sancionadora, tengan legitimación para consultar ante la Sala Constitucional, la inconstitucionalidad de normas o actos, por aplicar o resolver, en casos concretos, único Tribunal especializado en Costa Rica que puede expulsar o desaplicar normas, y establecer la interpretación conforme al Derecho de la Constitución.

La depuración del ordenamiento jurídico administrativo costarricense es una necesidad que aumenta con el transcurrir del tiempo y no es preciso sobrecargar esta responsabilidad, únicamente, en las partes investigadas del procedimiento sancionador y en los jueces de la República, últimos que conocen en sede judicial los

casos resueltos por la Administración en esta materia, teniendo en mente que la Sala no actúa de oficio, sino mediante requerimiento expreso.

Se enfatizó en una realidad innegable, sea que el investigado debe hacer una inversión económica para acceder a los mecanismos de control *a posteriori* de constitucionalidad. En efecto, para interponer una acción de inconstitucionalidad se requiere que el escrito sea autenticado por un abogado, proceso que es formal y técnico. De otra parte, para que pueda formularse una consulta judicial de constitucionalidad, depende de que se interponga una demanda y que el juez ordinario tenga a bien presentar la consulta ante la jurisdicción constitucional, todo lo cual se traduce en gastos para el justiciable.

¿La Administración sancionadora debe asumir un rol pasivo e indiferente frente a las normas que aplica en casos concretos? No. Más aún, debe tener un papel activo en el resguardo de la pureza del ordenamiento jurídico administrativo y de los derechos del investigado en el caso bajo estudio. Empero, carece de competencias y regulaciones procesales para cuestionar la inconstitucionalidad de una norma ante la Sala.

A propósito de la legitimación institucional para interponer acciones de inconstitucionalidad, ¿basta con recargar esta responsabilidad sobre el Procurador o Procuradora General de la República, el Contralor o Contralora General de la República, y el Defensor o Defensora de los Habitantes? No. Véase que constituye un control abstracto que ya es tardío para el caso concreto y la Administración sancionadora no podría más que coordinar o instar su formulación, lo cual es incierto e inseguro.

Vinculado con lo anterior, ¿por qué no ampliar la legitimación institucional para que la Administración sancionadora pueda impugnar la normativa?, porque no es recomendable acudir a este instituto. Nótese que estamos en presencia de un control abstracto de constitucionalidad, lo que no es preciso en el marco de procedimientos administrativos sancionadores, toda vez que la potestad sancionadora se ejerce en casos concretos y el rol de órgano decisor se activa al conocer y resolver causas sometidas a su conocimiento.

A esto debe adicionarse el plazo de duración indefinido para la resolución de una acción de inconstitucionalidad, en casos donde no se hace señalamiento de vista, que son la mayoría, y el efecto transversal que despliega hacia todos los casos pendientes de resolver por la Administración decisor, habida cuenta de la suspensión del dictado del acto final, lo que ocasiona una dilación excesiva y un estado de incerteza que lesiona la justicia administrativa pronta y cumplida.

En suma, la consulta administrativa de constitucionalidad, como mecanismo de control *a posteriori* de constitucionalidad, es asimilable a una denuncia constitucional, que se interpone en contra de la normativa aplicable al caso concreto, por tanto es el instituto adecuado que debe incorporarse, mediante reforma parcial, a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para que los órganos decisores administrativos, que ejercitan su potestad sancionadora, puedan acusar que la norma o acto, por aplicar o resolver, es inconsistente con el Derecho de la Constitución, en resguardo del principio de supremacía constitucional y, de manera refleja, de los derechos del investigado en el caso concreto.

Bibliografía.

Normativa:

Arancel de honorarios por servicios profesionales de abogacía y notariado.

Código Civil.

Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Código Tributario).

Código de Trabajo.

Código Municipal.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Estatuto de Servicio Civil.

Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

Ley de Contratación Administrativa.

Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica.

Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP).

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Ley General de Contratación Pública.

Ley General de la Administración Pública.

Ley General de Telecomunicaciones.

Ley Orgánica del Ambiente.

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Paz.

Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, y su reglamento.

Reglamento de la Sección Especializada del Tribunal Supremo de Elecciones que tramita y resuelve en primera instancia asuntos Contenciosos-Electorales de carácter sancionatorio.

Precedentes de la Corte IDH:

Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá, sentencia del 02 de febrero de 2001, párrafo 126.

Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, sentencia del 25 de noviembre de 2003, Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrafo 27.

Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil, sentencia del 24 de noviembre de 2010, párrafo 49.

Caso López Mendoza vs Venezuela, sentencia del 01 de setiembre de 2011, párrafo 205.

Caso Familia Pacheco Tineo vs Bolivia, sentencia del 25 de noviembre de 2013, párrafos 187 a 189.

Caso López Lone y otros vs Honduras, sentencia del 05 de octubre de 2015, párrafo 272.

Caso García Ibarra y otros vs Ecuador, párrafo 103 de la sentencia del 17 de noviembre de 2015, Corte IDH.

Caso Colindres Schonenberg vs El Salvador, párrafo 74 de la sentencia del 04 de febrero de 2019, Corte IDH

Caso Petro Urrego vs Colombia, sentencia del 08 de julio de 2020, párrafos 129 al 131.

Precedentes de la Sala Constitucional:

Sentencia N° 174-91 de las 14:30 horas del 25 de enero de 1991.

Sentencia N° 2890-92 de las 9:06 horas del 11 de setiembre de 1992.

Sentencia N° 1617-97 de las 14:54 horas del 17 de marzo de 1997.

Sentencia N° 2000-2421 de las 14:12 horas del 17 de marzo del 2000.

Sentencia N° 2005-5518 de las 15:12 horas del 10 de mayo de 2005.

Sentencia N° 2006-01992 de las 11:27 horas del 17 de febrero de 2006.

Sentencia N° 2009-14016 de las 14:34 horas del 01 de setiembre de 2009.

Sentencia N° 2010-7603 de las 14:50 horas del 27 de abril de 2010.

Sentencia N° 2010-10105 de las 8:52 horas del 11 de junio de 2010.

Sentencia N° 2014-12703 de las 11:51 horas del 01 de agosto de 2014.

Precedentes del Tribunal Contencioso Administrativo:

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección VI. Resolución N° 095-2019-VI de las 13:50 horas del 31 de julio de 2019.

Dictámenes de la Procuraduría General de la República:

Dictamen N° 340 del 16 de diciembre de 2002.

Dictamen N° 294 del 15 de octubre de 2004.

Dictamen N° C-102-2008 del 08 de abril de 2008.

Dictamen N° C-126-2011 del 10 de junio de 2011.

Dictamen C-205-2019 del 12 de julio de 2019.

Libros y manuales:

Hidalgo Cuadra, R. (2018). *La cuestión de los hechos. Enfoque General y desde el Derecho Administrativo*. San José: Editorial Isolma.

Jiménez Meza, M. (2016). *Derecho Público*. (2a. ed., tomo I). San José: Editorial Jurídica Continental.

Jinesta Lobo, E. (2009a). *Tratado de Derecho Administrativo: Tomo I. Parte General*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Jinesta Lobo, E. (2009b). *Tratado de Derecho Administrativo: Tomo III. Procedimiento Administrativo*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Jinesta Lobo, E. (2014). *Derecho Procesal Constitucional*. San José: Ediciones Guayacán.

Leiva Poveda, J. (2021). *Procedimientos Sancionadores en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Desarrollos Jurisprudenciales)*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Milano Sánchez, A., Ortiz Zamora, L. y Rivero Ortega, R. (2016). *Manual de Derecho Administrativo*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Núñez Donald, C. (2017). *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago: Ara Editores, Ediciones Olejnik.

Orozco Solano, V. (2008). *La Fuerza Normativa de la Constitución*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Orozco Solano, V. (2017). *Justicia Constitucional y Convencional*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Orozco Solano, V., Patiño Cruz, S. y Salazar Murillo, R. (2013). *El Recurso de Amparo en Costa Rica*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Poder Judicial de la República de Costa Rica. (2017). *GUÍA GENERAL Procedimiento Disciplinario Administrativo en el Poder Judicial*.

Artículos:

Aragón, M. (1979). El Control de Constitucionalidad en la Constitución Española de 1978. *Revista de estudios políticos*, N° 7.

Pulido Ortiz, F. (2011). Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*, Volumen XIV, N° 27.

Weber, A. (2003). La Jurisdicción Constitucional de la República Federal de Alemania. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, N° 7.

Expedientes legislativos:

Ley de la Jurisdicción Constitucional. Acta N° 30 de la sesión ordinaria celebrada por la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, de las 13:45 horas del 24 de enero de 1989.

Ley General de la Administración Pública. Acta N° 100 de la sesión extraordinaria celebrada por la Comisión Permanente de Gobierno y Administración, a las 14:15 horas del 24 de marzo de 1970.

Páginas de internet:

Badell Madrid, R. (2002). *Competencias de la Sala Constitucional*.
<https://www.badellgrau.com/?pag=27&ct=112>.

<https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php/estadisticasv1>

Entrevistas y clases:

Entrevista al Profesor Víctor Orozco Solano, del 23 de marzo de 2021.

Clases del curso “*Derecho Procesal Administrativo*”, impartidas por el Dr. Óscar Eduardo González Camacho, Maestría Profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica.

Clases del curso “*Derecho Procesal Constitucional*”, impartidas por la Dra. Magally Hernández Rodríguez, Maestría Profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica.

Clases del curso “*Problemas Actuales de Derecho Constitucional*”, impartidas por la Msc. Nancy Hernández López, Maestría Profesional en Derecho Público, Universidad de Costa Rica.