

Universidad Estatal a Distancia
Maestría en Derecho Constitucional
Sede Central



**La publicidad de la audiencia dentro del Procedimiento
Administrativo Sancionador. Ámbito de aplicación y límites en su
implementación a la luz del Derecho de la Constitución.**

Investigación para optar por el grado de Master en Derecho
Constitucional.

Presenta:

Luis Mariano Argüello Rojas.

Director:

Msc. Juan Luis Giusti Soto.

-2015-

Dedicatoria

*A la memoria de un gran ser humano, quien sin toga ni cátedra
hizo de la justicia su cosecha inesperada. Sea pues, esta
maestría en tu honor, mi Tío Javier.*

Luis Mariano Argüello Rojas.

Índice

Dedicatoria	2
Glosario	4
Introducción	6
La publicidad de la audiencia dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador. Ámbito de aplicación y límites en su implementación a la luz del Derecho de la Constitución.....	8
Título Primero. La publicidad del Procedimiento Administrativo Ordinario Sancionador: Reflexiones en cuanto a su implementación.	9
I. Capítulo Primero: El Procedimiento Administrativo Ordinario.....	10
A. La conceptualización del Procedimiento Administrativo Ordinario en la legislación costarricense como cause procedimental para la imposición de sanciones administrativas. ..	11
B. Características del Procedimiento Administrativo Ordinario.....	14
C. Remisión normativa en la regulación de distintas tipologías de Procedimientos Administrativos Sancionatorios por materia.	17
II. Capítulo Segundo: La audiencia oral y <i>privada</i> dentro del procedimiento administrativo ordinario.	19
A. Alcances procedimentales de la oralidad y privacidad en la celebración de audiencias.	20
B. Posibilidad de la publicidad en las audiencias de los procedimientos administrativos ordinarios sancionadores.	21
C. Límites a la publicidad de los procedimientos administrativos ordinarios.	26
Título Segundo: La fuerza de los principios constitucionales y su aplicación dentro de los procedimientos administrativos ordinarios.	30
I. Capítulo Primero: Los Principios constitucionales.	31
A. Invocación indiscriminada y naturaleza jurídica de los principios constitucionales.....	31
B. Diferencia entre principios, valores y normas constitucionales.	33
C. Principios constitucionales aplicables a los procedimientos administrativos.....	35
II. Capítulo Segundo: Inconstitucionalidad de la audiencia privada en la celebración de los procedimientos administrativos ordinarios.	40
A. Implicaciones inconstitucionales del carácter privado de la audiencia.	41
B. Interpretación conforme al Derecho de la Constitución y limitaciones constitucionales a la publicidad en los procedimientos administrativos. Reflexiones en cuanto al choque y primacía de principios constitucionales.	46
Conclusiones	48
Recomendaciones.....	49
Fuentes Consultadas.....	50
Anexos.....	54

Glosario

Administración Pública. Es el conjunto de *entes* y *órganos* que conforman la organización administrativa de un Ordenamiento Jurídico determinado, la Administración Pública puede ser considerada desde dos vertientes: *i.* Objetiva (Actividad Administrativa) y *ii.* Subjetiva. (Estructura Orgánica).

Conducta administrativa: Entiéndanse a la función o conducta administrativa, como aquella actividad formal (singular o general), material (legítima o ilegítima) u omisiva (formal o material) en la cual se manifiesta la Administración Pública.

Debido procedimiento en sede administrativa. Es un derecho fundamental de primer orden que asegura la predictibilidad de la actividad formal de las administraciones públicas; asimismo, garantiza que, cuando la administración pública ejerce sus potestades, se explique y sea inteligible para el administrado, con lo que se logra actuar relevantes valores del Estado constitucional de Derecho tales como la transparencia y principios inherentes a éste como la interdicción de la arbitrariedad.

Derecho Administrativo Sancionador: Se entiende como el conjunto de disposiciones mediante las cuales la administración estatal, encargada de favorecer el bienestar público, vincula a la trasgresión de una disposición administrativa como supuesto de hecho, una pena o sanción administrativa, como efecto condicionado. La propia evolución del Derecho Administrativo permite su desarrollo y posterior autonomía, según lo establece el canon 9 inciso primero de la Ley General de la Administración Pública. Si bien en su momento, participaba de la aplicación de los principios propios del Derecho Penal, lo cierto del caso es que en la actualidad, esos postulados son utilizables dentro del procedimiento administrativo pero de manera matizada, ergo, no son atinentes al ejercicio administrativo en su plenitud. Lo anterior se justifica en la naturaleza diversa que se presenta entre la potestad sancionatoria penal y la administrativa.

Juicio de Constitucionalidad: La disconformidad sustancial con el parámetro constitucional, determina *la invalidez constitucional* con la norma o acto sujeto al Derecho Público que es impugnado y este es el grado de ilegitimidad más grave e intenso que puede presentar una actuación o conducta y por ende, determina la estimatoria del proceso constitucional.

Parámetro de constitucionalidad. El parámetro, bloque u ordenamiento jurídico constitucional, está conformado por un conjunto heterogéneo de normas escritas y no escritas con una peculiar jerarquía, eficacia, potencia y resistencias jurídicas, en la tradición de la Sala Constitucional este parámetro ha sido denominado Derecho de la Constitución.

Principios del Derecho: Desde el ámbito jurídico-positivo, los principios del derecho se diferencian de las normas jurídicas por su nivel de indeterminación y abstracción superior, pues no tienen un supuesto de hecho y consecuencia jurídica especificada que facilite la subsunción.

Principio de Supremacía del Derecho de la Constitución: Principio que exige que todas las normas del ordenamiento jurídico se dicten conforme con los valores, principios y normas constitucionales, por ser éstos, los de mayor rango e importancia.

Interpretación conforme al derecho de la Constitución: En ese supuesto, la norma impugnada no resulta per se inconstitucional, sino su interpretación y aplicación, de allí que sea dable afirmar la existencia de dos modalidades de sentencias estimatorias interpretativas claramente diferenciadas, aquellas cuya inconstitucionalidad deriva de una interpretación errónea o una aplicación indebida y aquellas, cuya inconstitucionalidad proviene de los efectos de la norma.

Tutela administrativa: Es una relación intersubjetiva de carácter horizontal que se establece básicamente entre sujetos de derecho público, sea entre el ente público mayor con entes públicos menores, para el logro de una acción administrativa coordinada, unitaria y racional, excluye la jerarquía propia de las relaciones inter-orgánicas.

Valores constitucionales. Ideas rectoras, esenciales o superiores que inspiran todo el ordenamiento jurídico constitucional e infra-constitucional, son criterios pactados en la Constitución para ordenar la convivencia y fijar los fines por alcanzar por la personas en una comunidad políticamente organizada.

Vinculación erga omnes. Efecto jurídico que contiene la jurisprudencia constitucional, al tenor del numeral 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional las líneas de interpretación de la Sala Constitucional son vinculantes para el resto de operadores jurídicos salvo para sí misma.-

Introducción

La presente investigación, tiene como principal justificación al mismo ser humano –alfa y omega del sistema jurídico- ello por cuanto, se plantea una temática que busca garantizar el control ciudadano sobre los asuntos de la Administración Pública, recordando que el Estado está hecho para la persona, y no la persona para el Estado; por ende, se trata de impulsar una visión jurídica que genere un mayor equilibrio entre las potestades públicas y los derechos e intereses de las personas.

La investigación por su naturaleza técnico-jurídica va dirigida principalmente a estudiantes de derecho, funcionarios públicos, litigantes y operadores jurídicos en general. En tal óptica, su aporte se circunscribe en acercar cada día más el derecho administrativo al derecho constitucional, intentando mostrar que no todo *lo legal* es constitucional, aunque todo lo constitucional debe proyectarse *en la legalidad*. Desde la vertiente grupal, el aporte está básicamente asociado con el acceso ciudadano al control de los procedimientos administrativos, el hecho de hacer *público* lo que hoy es *privado*, asegura un mayor control y participación ciudadana en los asuntos públicos, democratizando el quehacer diario de la Administración, y haciendo válido el axioma negativo del maquiavelismo tradicional, pues en una democracia “*son los medios los que justifican los fines*” y no a la inversa.

Así las cosas, se presenta y sostiene como hipótesis, que el carácter privado que ostenta la audiencia oral dentro del procedimiento administrativo ordinario regulado en la Ley General de la Administración Pública resulta *inconstitucional* por violación de diversos valores y principios constitucionales.

De tal modo, el objetivo general de las presentes reflexiones, es estudiar la actual regulación privada que ostenta la audiencia oral dentro del procedimiento administrativo ordinario dispuesto en la Ley General de la Administración Pública, derivando como objetivos específicos: *i.* Determinar el origen de la regulación privada que ostenta la audiencia oral dentro del procedimiento administrativo ordinario dispuesto en la Ley General de la Administración Pública; *ii.* Relacionar distintas tipologías de procedimientos administrativos existentes en nuestra legislación y *iii.* Analizar diversos principios constitucionales en relación con la audiencia oral y privada de nuestra Ley General de la Administración Pública.

Para el cabal desarrollo de lo propuesto, se sustenta como marco metodológico una divergencia epistemológica, que no debe llevar a contradicciones sino más bien al encuentro con una convergencia de elementos que guíen la uniformidad interpretativa; en tal línea, la presente investigación se inclina por la combinación del método deductivo logrando el equilibrio adecuado entre realidad y norma jurídica, también se acudirá al método histórico cuando las exigencias así lo ameriten, no obviando la posibilidad de utilizar el método comparativo en especial en lo que se refiere al Derecho Comparado. Sin embargo, ante todo se busca acudir al método sistemático, que más que un método viene a ser una visión de interpretar y entender el Ordenamiento Jurídico.

Finalmente, cabe advertir que la presente investigación, se erige como un estudio explicativo, pues lejos de describir simplemente cómo funciona la temática o realizar estudios correlaciones, busca proyectar u explicar el origen, naturaleza, causas, efectos e implicaciones de un instituto jurídico. En efecto, la investigación acá planteada busca responder una serie de interrogantes tales y como: ¿Cuál es origen de la regulación privada que presenta la audiencia oral dentro del procedimiento administrativo?; ¿Cuál es su naturaleza jurídica?; ¿Qué y cuales tipos de procedimientos administrativos remiten a la audiencia privada de la Ley General de la Administración Pública?; ¿Existen procedimientos administrativos con audiencias públicas?; ¿Cómo se relaciona la naturaleza privada de la audiencia dentro de un procedimiento administrativo con el Derecho de la Constitución?; ¿Existe alguna afectación en el control ciudadano ante una audiencia privada que celebre la Administración Activa?; ¿Qué implicaciones u efectos sociales tendría la publicidad de la audiencia en los procedimientos administrativos?; ¿Existen límites a la publicidad? ¿Cuáles son esos límites, y quien, como y cuando se deben justificar?; ¿Resulta extrapolable la publicidad de los procesos jurisdiccionales a los procedimientos administrativos?.

Estas y otras reflexiones, encontraran de seguido su desarrollo en las siguientes líneas, por ende sin más demora se presenta el contenido de la presente investigación.

La publicidad de la audiencia dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador. Ámbito de aplicación y límites en su implementación a la luz del Derecho de la Constitución.

“Evidentemente, al lesionarse los principios constitucionales de transparencia y publicidad, también, se quebrantan, reflejamente, derechos fundamentales y humanos de primer orden como el acceso a la información de interés público, la libertad de información, en su aspecto activo y pasivo, de buscar y de recibir información, así como la libertad de expresión.” Voto N° 4182-2014 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

La presente investigación se compone de dos Títulos, en los cuales se desarrolla en ambos dos Capítulos, y estos a su vez, se conciertan de tres Secciones cada uno –salvo el ultimo Capitulo-, siendo por ende, una estructura simétrica que intenta facilitar la comprensión del contenido que acá se desarrolla.

En tal sentido, en el primer Título se sientan las bases para la comprensión de la estructura del procedimiento administrativo ordinario, de este modo, se proyecta en el Capítulo Primero, un a conceptualización del mismo, pasando nota por sus características más esenciales, así como de las diversas tipológicas en las cuales se manifiesta. Posteriormente, en el Capítulo Segundo, se potencia el análisis en cuanto a la disyuntiva entre publicidad y privacidad de la audiencia dentro del *iter* procedimental administrativo, mostrándose en estas líneas la adhesión a la posibilidad de la implementación de la primera, sin obviar claro está, los eventuales límites que puede y/o deben realizarse en ciertas categorías procedimentales.

Bajo esa línea aristotélica, que indaga lo *general* para perfilar lo *específico*, se ingresa al Título Segundo, en el cual se plantea la inconstitucionalidad de la privacidad de la audiencia dentro de los procedimientos administrativos ordinarios, poniendo especial relieve en los principios constitucionales, lo que justifica el contenido del Capítulo Primero, para luego en línea de concretización sentar las bases argumentativas que justifican en apego al Derecho al Derecho de la Constitución nuestro planteamiento, aspecto este, que se delimita en el Segundo Capítulo de esta investigación.

**Titulo Primero. La publicidad del
Procedimiento Administrativo
Ordinario Sancionador:
Reflexiones en cuanto a su
implementación.**

En este primer apartado de la presente investigación, se desarrollan algunas reflexiones en torno a la regulación actual que presenta la audiencia oral dentro del procedimiento administrativo ordinario; por imperativo, se parte de una metodología –se insiste- que indaga lo *general* para perfilar lo *específico*, de este modo, se pasa estudio de los aspectos más básicos y característicos del procedimiento administrativo ordinario para luego ingresar de manera crítica en el análisis de su carácter privado, ello en cuanto a la celebración de sus audiencias y/o comparecencias. Así, las presentes líneas se apartan de una descripción meramente positivista de las normas que regulan el procedimiento administrativo, por el contrario, se intenta presentar un análisis reflexivo en apego al principio de interpretación conforme al Derecho de la Constitución, mostrando las posibilidades de implementación y a la vez, los límites que tendría que enfrentar la publicidad de la audiencia dentro de los procedimientos administrativos sancionadores que se celebren en el seno de la Administración Pública; lo anterior, siempre teniendo como norte el respeto por la dignidad de la persona humana, que no es ni más ni menos, que el principio y fin de cualquier construcción intelectual en general y jurídica en lo particular.

I. Capítulo Primero: El Procedimiento Administrativo Ordinario.

La voz procedimiento administrativo no tiene un sentido unívoco, en efecto bajo él se incluyen una serie de conductas formales administrativas de muy diversa naturaleza, materia y contenido.

Por el momento, valga indicar que dentro de la tesitura de la Ley General de la Administración Pública (LGAP), es dable identificar al menos tres tipologías de diferentes procedimientos administrativos, a saber: ordinario, sumario, y el de elaboración de disposiciones de carácter general; teniendo claro lo anterior, esta investigación parte de la premisa fundamental, de que, para el caso de los procedimientos sancionadores y/o disciplinarios el cauce procedimental a seguir *debe ser* siempre el procedimiento administrativo ordinario, pues este en los términos del artículo 308 de la Ley General de la Administración Pública, es de observancia obligatoria, siempre que al acto final pueda “...causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos” siendo que el inciso 2 del citado artículo 308 *ibídem*, contiene una cláusula de resguardo, al disponer en

términos absolutamente claros –in claris no fit interpretatio- que: “*Serán aplicables las reglas de este Título a los procedimientos disciplinarios cuando éstos conduzcan a la aplicación de sanciones de suspensión o destitución, o cualesquiera otras de similar gravedad*” (destacado no pertenece al original).

En línea con lo anterior, es de nuestra consideración que este inciso segundo del artículo 308 de la LGAP, contiene un error legislativo, pues remite la regulación de los procedimientos disciplinarios a las reglas “*de este título*”, que sería el Título Sexto del Libro Segundo la Ley General de la Administración Pública, sin embargo este Título regula tanto al procedimiento ordinario como el sumario, por lo cual lo indicado, es circunscribir los procedimientos disciplinarios a reglas de “*este capítulo*”, que sería el capítulo primero, sea la regulación específica del procedimiento ordinario.

Es de interés, en las siguientes páginas, brindar al menos algunas nociones generales, sobre el carácter y naturaleza del procedimiento administrativo ordinario, pues –se reitera- al pretender relacionar en esta investigación, la *naturaleza sustancial* de la sanción administrativa y sus alcances de interés público para el correcto ejercicio del control ciudadano y garantía para el administrado desde la propia vertiente constitucional con el *cauce formal*, es decir, el iter procedimental que la regula, resulta de obligado desarrollo, mostrar la regulación que presenta el procedimiento administrativo ordinario en el Ordenamiento Jurídico Costarricense.

Asimismo, se precisa e insiste en que la presente, busca desarrollarse como un estudio netamente crítico de corte innovador acerca del procedimiento administrativo sancionador, cuestionando su regulación actual –en particular el carácter privado de su audiencia-; por ende, se prescindirá de la cita frecuente de doctrina u autores clásicos, pues para las nociones tradicionales sobre el procedimiento administrativo el lector puede situarse en la literatura jurídica que sobre el mismo se ha desarrollado.

A. La conceptualización del Procedimiento Administrativo Ordinario en la legislación costarricense como cause procedimental para la imposición de sanciones administrativas.

En términos generales, entendemos el procedimiento administrativo ordinario sancionador como una serie concatenada de actos que tienden a la consecución de un acto administrativo final –sanción administrativa-, integrando en consecuencia, un elemento formal del citado acto, que necesariamente debe de ser observado so pena de nulidad absoluta.

Con acierto, se ha sostenido que el procedimiento se constituye en la “*herramienta más idónea como reaseguro de los desbordamientos del obrar de la Administración*” (Dromi, 1995:759). De este modo, en los procedimientos de naturaleza sancionatoria, ese citado carácter *de garantía* se ve reforzado, dadas las fuertes implicaciones que puede ocasionalmente generar la decisión final de la Administración en la vida, patrimonio o esfera jurídica existencial de la persona, v.gr. despido, inhabilitación de cargos públicos, multa económica en una acción de regreso etc.

A modo de paréntesis, resulta primordial aclarar que la *garantía*, tiene una función asistencial, en el sentido que sirve a algo a lo que está adscrita necesariamente, por ende, de nada valen los derechos sin las garantías correlativas para poder exigirlos, en términos similares el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sección VI, en el Voto N° 44-2014 de las dieciséis horas del veintiocho de marzo de dos mil catorce, haciendo cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito de otras garantías previstas en la Convención: transcribió “

...25. No es el propósito de la Corte hacer un desarrollo teórico sobre la relación entre derechos y garantías. Basta señalar qué debe entenderse por garantía en el sentido en que el término está utilizado por el artículo 27.2. Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia.” (Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987).

Así las cosas, en la presente investigación, se va a manejar la noción teórica que para el

evento de imposición de sanciones administrativas, el procedimiento administrativo ordinario se presenta como una verdadera *garantía dual u correlativa*, tanto para el administrado en su dimensión personal como para la propia Administración Pública, e incluso para la propia víctima y/o denunciante en los denominados procedimientos administrativos triangulares (Conf. Voto N° 5-2014 del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta de las dieciséis horas de dieciséis de enero de dos mil catorce).

Los artículos 308 a 319 de la Ley General de la Administración Pública, regulan en lo medular el procedimiento administrativo ordinario, sin embargo, la regulación de esta categoría procedimental no se agota en dicha normativa ordinaria, pues el mismo se encuentra informado por una serie de principios constitucionales que deben ser inexorablemente observados por la Administración activa a la hora de su implementación.

De este modo, desde los valiosos precedentes jurisprudenciales Votos 15-90 y 1739-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se dejó sentado, que la garantía del debido proceso y todos los principios que de él derivan, resultan relacionables a la sede administrativa, pues efectivamente, el derecho a la justicia pronta y cumplida (art 41, Constitución Política), no tiene porqué ser monopolio de la sede jurisdiccional resultando –lógica y convenientemente- extrapolable a la función administrativa.

Como corolario de lo hasta aquí dicho, se sostiene que uno de los principales retos la doctrina iuspublicista moderna, es necesariamente el replantearse muchos de los dogmas tradicionales del derecho administrativo tradicional a luz del Derecho de la Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de esto, ya el Ordenamiento Jurídico costarricense ha mostrado signos de vitalización v.gr. inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa; siendo que, uno de los ámbitos, en donde esa reflexión requiere materialización es el campo de los procedimientos administrativos sancionadores, dados los efectos reales y gravosos que ostenta y produce la sanción administrativa, el interés público que su correcto ejercicio reviste, así como todo el poder simbólico y control social que en ella se puede materializar para fines diversos.

En suma, teniendo conciencia plena, de toda la trascendencia que reviste la temática de las sanciones administrativas, se debe depurar el instrumento procedimental en el cual se

discuten e imponen, pues en las democracias modernas, se debe partir de la negación del axioma maquiavélico, entendiendo que son “*los medios los que justifican los fines y no a la inversa*”, de modo que, resulta elemental cuestionarse de modo crítico las características que ostenta este procedimiento de cara a la naturaleza sustancial del ámbito sancionador.

B. Características del Procedimiento Administrativo Ordinario.

En los términos de la LGAP, básicamente el procedimiento administrativo, tiene como consigna la búsqueda de la verdad real de los hechos, de allí que la Administración Pública, ante la constatación de la existencia o posibilidad de una falta, realiza en primer término una investigación preliminar, para comprobar si existe mérito para la apertura de un procedimiento disciplinario, de haberlo, debe emitir un acto inicial de traslado, en cual se cumplan con los *debidos principios* de intimación e imputación de cargos, brindando al administrado la correcta oportunidad para acceder a la información recabada y por ende, el atento margen para que pueda ejercitar su derecho de defensa.

Por antonomasia, en esta tipología procedimental existe una comparecencia “*oral y privada*” en los términos del artículo 309 de la citada Ley General, en esta se admite y evacua toda los prueba, así como se rinden los correspondientes alegatos de las partes; la crítica objetiva acerca del carácter privado y de acceso restrictivo de esta comparecencia y/o audiencia administrativa, es precisamente el punto medular de las presentes páginas, sin embargo será *infra* donde se aborde con mayor detenimiento y detalle las implicaciones de esta regulación.

Por regla estas comparecencias, suelen ser grabadas o en su defecto se registra en un acta lo acontecido, lo que en cierto grado, suele ser un verdadero sin sentido, en cuanto al carácter privado de la audiencia, pues nada impide que una vez acontecida la audiencia administrativa, el involucrado reproduzca o haga accesible la grabación generando que terceras personas se informen indirectamente de lo acontecido.

El artículo 315 de la Ley General de la Administración Pública, dispone que “*la ausencia injustificada de la parte no impedirá que la comparecencia se lleve a cabo*” matizando

luego, que esa ausencia no implica una aceptación de cargos, sin embargo si se repara en el contenido de la regulación, no es dable inferir si tal justificación de ausencia debe ser presentada *antes o posterior* a la audiencia, lo cual, en el caso del segundo supuesto, implicaría la nueva celebración de la misma, sin reparar incluso, cuanto es el margen temporal *a posteriori* para justificar esa ausencia. Estos términos imprecisos de la disposición, han quedado a la interpretación de las prácticas administrativas, lo cual puede generar inseguridad y criterios encontrados entre las distintas Administraciones.

Por su parte, el artículo 317 de la LGAP, establece de modo “*numerus apertus*” una serie de potestades, que implican derechos y deberes, a favor de la parte en la celebración de la comparecencia administrativa, estableciendo la sanción de “*caducidad*” en caso de omisión, esa nomenclatura utilizada genera no pocos entuertos interpretativos, de allí que sería más atinado, disponer que por ejemplo, en el caso de un no ofrecimiento de pruebas, se dispondría –como efecto jurídico condicionado- la inevaluabilidad de las mismas.

Finalmente, en este repaso somero, es conveniente precisar que una vez terminada la comparecencia, el órgano competente tiene el plazo de quince días, para dictar el acto final, cómputo que se debe realizar a partir precisamente de la finalización de la audiencia; consideramos que -a nuestro criterio- el plazo es sumamente excesivo, máxime tomando en cuenta los plazos dispuestos para dictar sentencia en sede jurisdiccional en ocasión de procesos penales o contencioso-administrativos que suelen ser en grado mucho más complejos (Conf. art 111, Código Procesal Contencioso Administrativo, art 364 Código Procesal Penal); no obstante lo anterior, y amén de que la naturaleza de un plazo tan amplio puede afectar la inmediación y valoración de prueba, es posible sustentar la justificación de tal plazo, en virtud, de que normalmente la comparecencia fue presidida por un *órgano director*, que dista del *órgano decisor* que es el que resulta competente para el dictado del acto final, en estos supuestos el primero suele rendir al segundo, un informe o recomendación, y es el Órgano Decisor el competente para avalar, rechazar o variar el contenido del informe rendido, tomando criterio propio en la sanción a imponer.

Asimismo, gracias a la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se han sentado diversas reglas que deben de ser observadas en la tramitación y celebración de estos procedimientos administrativos sancionadores, de este modo el Tribunal Contencioso Administrativo, en el Voto **No. 18-2014-VII** de las catorce

horas del trece de marzo del 2014 dispuso:

*“El acto administrativo que contiene la decisión de imponer una sanción, debe ser producto de la concurrencia de los elementos formales y sustanciales que comprenden a éste, **destacándose el procedimiento administrativo como un importante elemento formal de la conducta pública.** Este elemento, cumple una doble finalidad, toda vez que regula las pautas que ha de seguir la Administración para adoptar una determinada decisión, permitiendo así, que el administrado o funcionario pueda realizar un control de las actuaciones cursadas en respeto de las normas que orientan tal proceder. Es así, que el procedimiento constituye un mecanismo de tutela de derechos subjetivos e intereses legítimos frente al Poder Público, garantizando de esta forma, la legalidad, oportunidad y conveniencia de la decisión administrativa. (...) La Sala Constitucional a través de reiteradas sentencias, ha reconocido esenciales e indispensables a todo procedimiento una serie de requisitos, cuyo cumplimiento permite garantizar el efectivo ejercicio del derecho de defensa, los cuales se enumeran a continuación: a) **la notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento.** De suma importancia reviste el derecho a la debida intimación e imputación, lo que implica la instrucción de los cargos, la imputación de los hechos investigados y su posible subsunción en la norma sancionatoria, la indicación de la posible sanción a aplicar, todo lo anterior, acompañado de toda la prueba documental recabada y de aquella que sustenta la acusación; b) **la oportunidad para el administrado de preparar su defensa.** Ello implica indefectiblemente el acceso a la información así como el derecho de audiencia, de intervención en el proceso, a ser oído y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) **el derecho del administrado a una defensa técnica,** que comprende su derecho a hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas, como peritos; d) **la presunción de inocencia,** que implica que la Administración está obligada a demostrar la culpabilidad del infractor o investigado; esto es, que la carga de la prueba le corresponde a ésta, con el norte de obtener la verdad real de los hechos; e) **la notificación adecuada de las diversas actuaciones emitidas dentro del***

procedimiento y en esencial de la decisión que dicta la Administración y de los motivos en que ella se funde; f) el derecho del interesado de recurrir la decisión dictada, que en el caso de los procedimientos administrativos, comprende no sólo el derecho de recurrir el acto final, sino también aquellos actos del procedimiento que tengan efecto propio y puedan incidir en el derecho de defensa -el auto de apertura del procedimiento, la denegatoria de la celebración de la audiencia oral y privada, la denegatoria de recepción de prueba, la aplicación de medidas cautelares, la denegación del acceso al expediente, la reducción de los plazos del procedimiento y la resolución que resuelva la recusación. En la especie y por las razones que se dirá, no existe vicio de nulidad alguno respecto del procedimiento administrativo que fundamentó la sanción de un día de suspensión que se le impuso al accionante (...).

En suma, desde una vertiente crítica y de *lege ferenda* se considera que la regulación normativa actual del procedimiento administrativo ordinario presenta algunas falencias de contenido, que deben ser solventadas a efectos de una mejor implementación del derecho fundamental al debido procedimiento administrativo, no obstante, es deber ineludible de la Administración Pública interpretar las regulaciones a tono con el contexto constitucional, observando las líneas jurisprudenciales de contenido vinculante (art 13, Ley de Jurisdicción Constitucional), a efectos de una correcta implementación del iter procedimental.

C. Remisión normativa en la regulación de distintas tipologías de Procedimientos Administrativos Sancionatorios por materia.

Finalmente, se considera oportuno mencionar, que las disposiciones de la Ley General de la Administración Pública en torno al procedimiento administrativo ordinario, son un verdadero marco de actuación para diversas normas y materias que remiten en su contenido a dicha ordenanza general.

De este carácter, en diferentes ámbitos y materias administrativas, la imposición de sanciones queda remitida a la observancia del procedimiento ordinario dispuesto en la

Ley General de la Administración Pública.

A guisa de ejemplo, diversas normas dentro de diferentes tipologías de procedimientos administrativos, hacen eco y/o remiten a tal disposición, por lo que -por reflejo de razones- la crítica a la regulación existente les resulta extensible a aquellas.

Así, el artículo 150 del Código Municipal dispone:

*“Los servidores o servidoras podrán ser removidos de sus puestos cuando incurran en las causales de despido que determina el artículo 81 del Código de Trabajo y las dispuestas en este Código. **El despido** deberá estar sujeto tanto al procedimiento previsto en el libro segundo de la Ley general (sic) de la Administración Pública, como a las siguientes normas (...).”*

Por su parte, el artículo 56 *in fine* de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor dispone:

*“Para **establecer la sanción** correspondiente, la Comisión nacional del consumidor debe respetar los principios del procedimiento administrativo, establecidos en la Ley General de la Administración Pública”.*

Finalmente el procedimiento para la denuncia de beligerancia política ante el Tribunal Supremo de Elecciones (art 269, Código Electoral), en lo conducente regula

“Admitida la denuncia para su conocimiento, el Tribunal la trasladará a la Inspección Electoral, la cual actuará como órgano director del procedimiento. Para estos efectos se procederá según lo establecido en el procedimiento administrativo ordinario regulado en la Ley general de la Administración Pública. Una vez concluida la investigación, la Inspección Electoral trasladará el expediente al Tribunal, para

su resolución”.

Como es meridianamente detectable, estas y otras normas que regulan temáticas tan diversas, pero que al fin y al cabo están relacionados con el contenido disciplinario o sancionador en la conducta formal a imponer producto del ejercicio de potestades públicas, remiten al marco general dispuesto en la Ley General de Administración Pública y por su contenido en particular al procedimiento ordinario, que contempla una comparecencia u audiencia oral y privada, por lo cual conviene cuestionarse *¿Se justifica tal privacidad, en materia de protección del consumidor, de asuntos municipales o de beligerancia política?*, deduciendo que estas y otras normas presentan una relación con la temática bajo estudio, que será abordada en los puntos posteriores de la presente investigación.

II. Capítulo Segundo: La audiencia oral y *privada* dentro del procedimiento administrativo ordinario.

Como se mencionara líneas pretéritas, la audiencia dentro del procedimiento administrativo ordinario se encuentra regulada primordialmente en el artículo 309 *in fine* de la Ley General de la Administración Pública, otorgándosele los adjetivos legales de ser “*oral y privada*” ahora, resulta primordial, entender que esta regulación data del año 1978, es decir, cerca treinta y siete años han pasado desde la entrada en vigencia de la Ley N° 6227, y a la fecha, algunas de sus regulaciones por el devenir de los tiempos y el propio encuentro de la legislación ordinaria con el derecho de la Constitución, plantean retos importantes en cuanto a la adaptación e inminente reforma de muchos de sus axiomas tradicionales, ello sin obviar, claro está, la gran depuración teórica, principalista, y de uniformidad de contenido, que la llevaron a ser catalogada por uno de los grandes Juristas latinoamericanos de los últimos tiempos como una:

“...hermosa Ley, única en su género, abarca todo el conjunto de materias de un Manual de Derecho Administrativo, por lo que la explicación de su articulado, configuraría, exactamente, el programa de un curso general de esta disciplina. Se trata, por

tanto, de un muy raro ejemplo, de un Código de Derecho Administrativo” (Brewer Carias, 1982:31)

Por ende, el pretender cuestionar sus regulaciones, debe hacerse desde un talante interpretativo altamente elaborado, en apego a la rigurosidad científica que se le plantea siempre como reto al jurista de buena fe.

En consonancia con lo anterior, en este capítulo se invita al lector a reflexionar mediante la comparación de *posibilidades*, a ponderar la eventual mutación del carácter *privado* de la citada audiencia, por la *publicidad* y transparencia de la misma, aspecto que lejos de ser un tema baladí, alcanza e impone a nuestro criterio, una necesaria armonización en ocasión del encuentro de la misma con el principio de regularidad constitucional derivado de la propia fuerza normativa del Derecho de la Constitución, siendo este, base y cúspide del Ordenamiento Jurídico, o dicho en términos más elaborados, *punto de llegada* de un proceso político y *punto de partida* de un ordenamiento jurídico, sea “*Como punto de llegada del proceso constituyente del Estado. Como punto de partida del derecho creado por el Estado Constituido*” (Pérez Royo, 2005: 57), lo que lleva a mantener o en su caso invertir -dependiendo de la óptica desde la cual se mire- la propia pirámide kelseniana de jerarquía de las fuentes.

A. Alcances procedimentales de la oralidad y privacidad en la celebración de audiencias.

El *status quo* normativo, define por regla, el carácter *privado* de la audiencia oral dentro del procedimiento administrativo ordinario sancionador, así, dicho carácter se suele incluir dentro del catálogo de principios propios del procedimiento administrativo.

En apego con lo anterior, el profesor costarricense Álvaro Mora Espinoza, ha indicado:

“Al ser los principios pilares sobre los que se basa la legalidad misma de las actuaciones cualquier inobservancia, incumplimiento, o transgresión que se haga de ellos, conllevará la “lesión jurídica” pudiendo aplicarse el régimen de nulidades que establece el Ordenamiento Jurídico” (Mora, 2008: 397).

De forma tal, que el respeto por el principio de legalidad -o de *juridicidad* en los términos

expuestos por Maurice Hauriou (Rivero, 2002: 105) conlleva ineludiblemente que las Administraciones Públicas efectúen sus procedimientos sancionatorios bajo el entendido de que necesariamente sus audiencias y/o comparecencias deben ser por regla *privadas*, pues así manda la norma general impregnada en el artículo 309 de la Ley General de la Administración Pública, quedando vedado desaplicar para el caso concreto esa disposición superior, so pena de causar nulidad absoluta en lo actuado (art 128 de la Ley General de la Administración Pública, interpretado a contrario sensu) y de quebrantar el propio principio general de inderogabilidad singular de la norma (art 13.2 *ibídem*).

Así las cosas, el problema que se plantea con dicha regulación, es cuando el intérprete se escapa de la inerte comodidad de la repetición automática de los preceptos legales y cuestiona ese “*ser*” legal con el “*deber ser*” constitucional, sin embargo con lo dicho hasta el momento, debe quedar en claro, que efectivamente el respeto por el principio de legalidad manda a las Administraciones a celebrar audiencias privadas, amén de la importancia u trascendencia que las mismas representen para el interés público.

Sin embargo, de inmediato se plantea el *¿porqué de tal privacidad?*, es razonable que en un Estado de Democrático, Social y Derecho exista una especie de oscurantismo procedimental en la imposición de sanciones administrativas donde los ciudadanos queden excluidos por los muros de las Administraciones Públicas, muros que por lo demás está decir, fueron construidos por y para ellos mismos, esa reflexión será plasmada en el siguiente punto de esta investigación.

B. Posibilidad de la publicidad en las audiencias de los procedimientos administrativos ordinarios sancionadores.

El tema de la *posibilidad* de la publicidad de las audiencias dentro de los procedimientos administrativos no un tema ajeno a nuestro contexto, es más, ya la propia Sala Constitucional a golpe de sentencia, dejó abierta -y en nuestro criterio incluso *recomendó*- la procedencia para su implementación, por ejemplo en el voto N° 2012-5593 de las dieciséis horas y cuatro minutos del dos de mayo del año dos mil doce, con claridad meridiana -y habrá de disculpar el lector lo extenso de la cita- sentenció:

“...El Reglamento de Procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo regula el procedimiento que se da ante dicho

*Tribunal, en tanto órgano administrativo desconcentrado del Ministerio del Ambiente y Energía y con ocasión de una denuncia ambiental. Según el artículo 24 de dicho reglamento, luego de concluida la etapa de investigación el Tribunal dicta la apertura del procedimiento administrativo citando a las partes a una audiencia, la cual se dice es “oral y privada”. Sin embargo, en atención a que no se está en una etapa preliminar de investigación sino que ya la investigación **ha concluido, y en atención al derecho de participación ciudadana en materia ambiental, resulta inconstitucional que se establezca –igual que en el resto de procedimientos administrativos que no tratan materia ambiental- que dicha audiencia será “privada”**. Antes bien, la regla en esta materia debe ser la audiencia pública, y la excepción, que mediante resolución fundamentada se declare su privacidad. Extrapolando lo que sucede en otra clase de procedimientos donde los juicios son públicos, y guardando las distancias del caso –sea el proceso contencioso administrativo según el artículo 99 del Código Procesal Contencioso Administrativo o el proceso penal según el artículo 330 del Código Procesal Penal-, el Tribunal Ambiental Administrativo puede igualmente decretar, **mediante resolución motivada, que parte de la audiencia se desarrolle de forma privada**. Esto es así, pues, a diferencia de otro tipo de procedimientos administrativos donde la regla es la privacidad de las audiencias, en este caso nos encontramos con una materia donde el lesionado o la víctima es toda la comunidad, así que no puede dársele el mismo tratamiento en cuanto a este aspecto. (...) el hecho de que el artículo impugnado establezca la privacidad de la audiencia, implica una afrenta al derecho de participación en materia ambiental, consagrado en nuestra Constitución Política”.*

Del citado fragmento de la citada sentencia de la Sala Constitucional, -que valga indicar no presenta votos salvados- se evidencia el criterio de incorporar la publicidad de la audiencia no solo dentro de la *temática ambiental* como aconteció en aquel antecedente,

sino en el *resto* de materias que incluso no traten esa materia, pues el procedimiento administrativo en general y el ordinario sancionador en lo particular por su propia naturaleza, deben estar investidos de una apertura democrática, al nacer en el propio seno de la Administración Pública, misma que fue creada para el ciudadano y no el ciudadano para la Administración.

Ahora, en suma de razones, debe hipotizarse en la conveniencia de la publicidad de los procedimientos administrativos ordinarios desde diferentes aristas, de este modo en nuestra consideración, el acceso de ciudadanos a las audiencias lejos de implicar una escandalización de los temas públicos ayuda a establecer “*sistemas estándar*” de fiscalización y control de la conducta administrativa, por ejemplo, el tema de la idoneidad técnica de los funcionarios que integran los órganos directores puede ser potenciado abriendo las puertas, para que los ciudadanos accedan a dichas audiencias y puedan corroborar la idoneidad que presentan los mismos, encontrando ello, una implicación directa en el precepto que manda el numeral 191 y 192 de la Constitución Política.

Así mismo, el permitir la publicidad de la audiencia, rejuvenece la participación ciudadana, para nadie es un secreto el distanciamiento que ha venido experimentándose en los últimos años por parte de los ciudadanos en temas públicos, sin embargo el garantizar el acceso, implica una invitación para que el sentir de pueblo se extienda, al conformar parte activa de las propias Administraciones, así, piénsese en la trascendencia que puede tener para un pequeño pueblo el acceder a una audiencia dentro de un procedimiento administrativo seguido contra un funcionario municipal investigado por corrupción, o para un estudiante universitario asistir a una audiencia en virtud de un procedimiento seguido contra un profesor tiránico, la publicidad afinca la democracia, revitaliza la participación ciudadana y potencia la calidad de trabajo en lo interno del microcosmos de Administraciones Públicas.

De modo que, *lege ferenda*, se impone el reto para que las Administraciones Públicas, puedan implementar en sus procedimientos tal publicidad, es más desde la óptica de quien presenta estas reflexiones, lo beneficios de la *publicidad* que normalmente se han plasmado por distintos autores y procesalistas en ocasión de los –denominados por alguna doctrina- “*sistemas de procesamiento judicial*” (Alvarado Velloso, 2010:18) resultan extrapolables a los procedimientos administrativos, ello por la simple y sencilla razón que la publicidad es parte integrante del debido proceso, y este es predicable en sede judicial

pero también en sede administrativa, y en el caso de esta última, resulta más que extensible en el tema de materia sancionatoria por esa relación *mutatis mutandis* que mantiene y guarda con el Derecho Penal.

En línea con lo anterior, el recordado profesor y ex-presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, explicaba el respecto del principio de publicidad y transparencia de los actos jurisdiccionales de la siguiente manera:

“La transparencia en los asuntos del Estado es un concepto que tiene una larga historia intelectual y una profunda raigambre filosófica que halló un lugar central en las construcciones de pensamiento más importantes de la humanidad desde Platón y Aristóteles, pasando por Kant, Bobbio, Habermas hasta llegar a John Rawls y muchos otros clásicos contemporáneos. Así pues, puede decirse que la transparencia es una idea que está presente en casi todos los grandes sistemas de elaboración política (...)
Que todos “tengan vista” de lo que ocurre al interior del Estado,
es la frase que acuña desde 1690, toda la filosofía de transparencia y rendición de cuentas que luego se plasma expresamente en la Declaración de Derechos del Hombre y el ciudadano de 1789 que en su artículo 15 establecía el derecho de la sociedad de pedir cuentas de su gestión a todo agente público”
(Mora, 2007: 43).

Bajo esa óptica de pensamiento general, debe tomarse en consideración que la publicidad es derivada como garantía convencional, pues se encuentra expresamente regulada en el numeral 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues enfáticamente dispone que: *“ El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”* norma que se concretiza en el artículo 330 del Código Procesal Penal, pero la publicidad no solamente se limita al ámbito penal, sino que dentro del contexto jurisdiccional también se encuentra dispuesta para el caso del proceso contencioso administrativo (art 99, CPCA) y que incluso en asuntos de la Jurisdicción Constitucional es dable su implementación (art 10 y 85 Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Con base en lo anterior, si en sede judicial se proclama abiertamente la publicidad siendo incluso normalmente mucho más gravoso una *sentencia* que un *acto administrativo*, y si en la misma sede jurisdiccional de lo contencioso administrativo es público el juicio donde se revisa lo acontecido dentro del mismo procedimiento administrativo ¿Cuál es la justificación para que la audiencia de este ultima siga siendo privada?; en realidad, desde nuestra perspectiva no existen razones de peso para continuar manteniendo tal privacidad, pues la conformidad constitucional -principios de publicidad y transparencia administrativa- lo exigen, y la misma lógica humana implica que si es *público* lo acontecido en sede jurisdiccional con mucho más razón lo debe ser en sede administrativa pues sostener lo contrario se presenta como una verdadera contradicción en los términos -*contradictio in terminis*-.

Permítasenos -y a riesgo de pecar de optimistas- una breve razón más para justificar la publicidad de la audiencia dentro de los procedimientos administrativos sancionatorios celebrados en el contexto del Ordenamiento Jurídico Costarricense; en efecto debe valorarse, que el hecho real de que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se encuentra absolutamente concentrada en la ciudad capital, no deja de poner en entredicho en términos materiales, el control plenario de la conducta administrativa que se levantó como estandarte con la entrada en vigencia del Código Procesal Contencioso Administrativo en el año 2008, y es que aun y cuando el transitorio segundo de la citada ordenanza procesal dispone que: *“La Corte Plena pondrá en funcionamiento, en cada provincia o zona territorial que ella determine, los tribunales de lo contencioso-administrativo y civil de Hacienda que estime pertinentes, tomando en cuenta el índice de litigiosidad, las necesidades de los usuarios y la actuación de los entes u órganos administrativos en el ámbito provincial, regional o cantonal.”* es lo cierto, que a la fecha la citada desconcentración jurisdiccional de la justicia administrativa no ha acontecido, es más siquiera existen estudios estadísticos que evidencien la necesidad o no de la citada extensión jurisdiccional, ello, aunque la intuición del día a día nos muestra que ello es más que evidente, siendo que justicia de pocos suele ser injusticia de muchos.

No obstante lo anterior, para los efectos del objeto de esta investigación, lo importante es resaltar la absoluta idoneidad de que procedimientos administrativos tramitados en lugares distantes a la capital, piénsese Nicoya, Los Chiles, la Zona Sur etc, sean públicos, pues caso contrario, el pensar que ciudadanos tendrían que desplazarse a cientos de

kilómetros a una sede jurisdiccional para enterarse en vía judicial de lo que se discute en sus circunscripciones no deje ser un verdadero canto al absurdo.

Por todo, resulta más que jurídica y políticamente recomendable, la implementación de la publicidad como regla dentro de los procedimientos administrativos ordinarios sancionatorios, sin embargo toda *regla* tiene su *excepción*, no para debilitarla sino para confirmarla, veamos.

C. Límites a la publicidad de los procedimientos administrativos ordinarios.

Lo absoluto suele ser enemigo de lo racional, de modo que el presente estudio reconoce los mismos límites y matices que debe enfrentar el propio planteamiento que lo origina, el Derecho es vida, es realidad, es casuístico, por ende debe adaptarse a las necesidades de un tiempo y lugar determinado, la normativa suele ser *estática* siendo la jurisprudencia su *dinámica*, de modo que debe existir la posibilidad de una clausula genérica -*numerus apertus*- que permita matizar la publicidad de ciertas audiencias administrativas, pues la publicidad no es un fin en sí mismo, sino un medio para hacer más participativo y transparente los procedimientos administrativos sancionatorios, en tal línea, desde vieja data, para el caso costarricense, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N°115-F-98 de las 14:30 horas del 11 de noviembre de 1998, dispuso:

“...El derecho es realidad. Eso no se puede perder nunca de vista. Mucho menos lo pueden hacer los operadores jurídicos. Su labor como tales, ha de estar siempre caracterizada por el empeño de penetrar profundamente en el sentido práctico del derecho. Ello sin perder de vista sus fines fundamentales como son la justicia y la seguridad. Los esquemas teóricos de férrea lógica, no deben llevar a los excesos conceptualistas que se apartan de la realidad. Dicha tendencia no es idónea para dar solución a los conflictos cotidianos que se presentan en la sociedad. Si a ésta no se le escudriña, observando con detalle su comportamiento en general, y sus diversas reacciones, como organismo viviente que es, se corre el riesgo de convertir el derecho en una especie de corsé inflexible sin aptitud para resolver los problemas concretos de la vida diaria. Por eso fue grande y trascendente el Derecho

*romano. Su verdadero valor no estribó tanto en el contenido de sus preceptos, **cuanto en el método de sus juristas**. Ellos supieron interpretar cada caso en particular, con el sentido eminentemente práctico y humano del derecho. Así lo entendían y lo vivían. Por tal razón, el valor de su jurisprudencia perdura como fuente auténtica del derecho. Comprenderlo así, como ellos lo comprendieron, significa recrearlo o remozarlo en cada caso, impidiendo su fosilización al amparo del positivismo legalista”.*

Así, consideramos que para el caso en concreto, se puede valorar a petición de parte o mediante resolución oficiosa del mismo órgano Director, la posibilidad de *limitar* la publicidad de ciertas fases de la audiencia, cuando la apertura de la misma, pueda suponer un vejamen para alguna de las partes involucradas o pueda afectar el mismo interés público.

A modo de paréntesis de recordarse que la limitación de la publicidad en las audiencias, también es regulado en sede jurisdiccional, para muestra el numeral 99 del Código Procesal Contencioso Administrativo, *dispone* “ *El Tribunal se constituirá en la sala de audiencias, el día y la hora fijados, y acordará cuál de sus integrantes preside la audiencia, **la que será pública** para todos los efectos, salvo si **el Tribunal dispone lo contrario por resolución debidamente motivada (...)*** Por su parte más rico en su regulación, resulta el Código Procesal Penal quien da un marco más reglamentista de las causales para limitar la publicidad del juicio, así establece:

“El juicio será público. No obstante, el tribunal podrá resolver por auto fundado y aun de oficio, que se realice, total o parcialmente, en forma privada, cuando:

a) Se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los intervinientes.

b) Afecte gravemente la seguridad del Estado o los intereses de la justicia.

c) Peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible.

d) Esté previsto en una norma específica.

e) Se le reciba declaración a una persona menor de edad y el tribunal estime inconveniente la publicidad, en atención a su interés superior.

f) Se reciba el testimonio de víctimas y testigos de la trata de personas.

g) Se reciba el testimonio de víctimas o de testigos protegidos procesalmente.

Desaparecida la causa, ingresará nuevamente el público y quien presida la audiencia relatará brevemente lo sucedido, si el tribunal así lo dispone. El tribunal podrá imponerles a las partes que intervienen en el acto, el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocieron. De lo ocurrido se dejará constancia en el acta del debate. (Así reformado por el artículo 16 de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal, N° 8720 de 4 de marzo de 2009).

En términos complementarios el numeral 331 de la citada ordenanza procesal penal contiene disposiciones de regulación para la participación de los medios de comunicación, y el artículo 332 prohíbe el ingreso de menores de doce años excepto: “...cuando sean acompañados por un mayor de edad que responda por su conducta. Por razones de disciplina y capacidad de la sala, el tribunal podrá ordenar también el alejamiento de las personas cuya presencia no sea necesaria, o limitar la admisión a un determinado número”.

Ergo con base en las anteriores citas normativas, queda patente la posibilidad de disponer para casos determinados la privacidad de la audiencia, pero la misma se insiste siempre será vista como una *excepción* no como *una regla*, que es en los términos en los que actualmente se encuentra.

Sin embargo, lo que nunca se debe perder de vista, es que la resolución que disponga la privacidad de la audiencia dentro del procedimiento administrativo ordinario, debe ser una resolución administrativa *debidamente motivada*, que no penda del caprichoso o antojo del Órgano Director, sino que tenga *razones* de peso que justifiquen la limitación, siendo que en la variante o implementación de la publicidad se puede dejar una clausula residual que permita la *privacidad* en supuestos motivados, lo que en todo caso guardaría su armonía con el numeral 136 inc f de la Ley General de la Administración Pública.

Para ir finalizando este aparte de la investigación debe recordarse que algunas leyes especiales, por la sensibilidad de temas que tratan, regulan la *privacidad* de las audiencias como *regla*, por ejemplo la Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia, Ley N° 7476 dispone en su artículo 32 que las: “*Las audiencias se realizarán en forma privada*”. (Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 8805 del 28 de abril de 2010) (Así corrida la numeración por el artículo 2°, de la ley N° 8805 del 28 de abril de 2010, que lo traspasó del antiguo artículo 23 al 32 actual).

Asimismo ciertos tipos de materias, pueden tener regulaciones específicas, por ejemplo la Ley de Información no Divulgada, Ley N° 7975 dispone:

“Protección de la información no divulgada en procesos administrativos o judiciales. En todo proceso, administrativo o judicial, en que alguna de las partes deba revelar información no divulgada, la autoridad que conozca del asunto deberá adoptar todas las medidas necesarias para impedir su divulgación a terceros ajenos a la controversia. Ninguna de las partes en el proceso podrá revelar ni usar dicha información”.

Por lo anterior, se presenta una muestra que plantea las delimitaciones que implica la implementación de la publicidad dentro del procedimiento administrativo ordinario, limitación que obedece a una proyección casuística y que tiene como norte, regular de la mejor forma posible la transparencia y participación ciudadana, siendo que estos como derechos fundamentales tienen sus propios límites, aspecto que será analizado en el próximo título de la presente investigación.

**Titulo Segundo: La fuerza de los
principios constitucionales y su
aplicación dentro de los
procedimientos administrativos
ordinarios.**

En este aparte de la investigación se perfila una reflexión nacida desde el propio *texto y contexto* constitucional, se parte de la premisa elemental de la fuerza normativa de la Constitución Política, misma que si bien, está compuesta por preceptos, valores y principios, se realiza un especial hincapié en estos últimos, pues dado el carácter principalista de la LGAP, se considera que los mismos resultan fácilmente aplicables, extrapolables y por supuesto exigibles en el procedimiento administrativo ordinario; luego, se hará referencia al principio de interpretación conforme al Derecho de la Constitución y su limitante, sea cuando la regulación ordinaria resulte *incompatible* con su contenido, aspecto este, que se plantea, presenta el carácter privado de la audiencia dentro del procedimiento administrativo ordinario, sin que sea dable admitir una conservación forzada del precepto legal; asimismo, en las siguientes líneas estará implícito la confrontación del carácter privado de la audiencia oral dentro de los procedimientos administrativos con el parámetro de constitucionalidad, entendiéndose claro está, que en caso de existir una disconformidad sustancial con este, se estará en presencia de una invalidez constitucional (Jinesta Lobo, 2014:77) tesis que precisamente es la que se perfila en las siguientes líneas.

I. Capítulo Primero: Los Principios constitucionales.

Escribir sobre principios constitucionales es un verdadero reto dada la prolífica y abundante jurisprudencia constitucional que los ha desarrollado, no obstante, en las presentes páginas dado el objeto de esta investigación, no se pretende ni por asomo dar cuenta de la infinidad de principios constitucionales existentes, sino que en realidad la pretensión resulta más modesta, pues lo que se busca es *sentar su conceptualización y caracteres más básicos*, para luego extraer los principios predicables al procedimiento administrativo ordinario, y una vez singularizado los mismos, anteponerlos con el *carácter privado* de la audiencia dentro del procedimiento administrativo, lo anterior buscando rigor científico y uniformidad terminología que sienten las bases de la univocidad interpretativa y consecuente seriedad de nuestro planteamiento.

A. Invocación indiscriminada y naturaleza jurídica de los principios constitucionales.

Pues bien, sobre el *valor y naturaleza* de los principios generales del derecho y constitucionales en particular, se han escrito ríos de tinta, siendo desconcertante la

inexistencia de un acuerdo mínimo entre los distintos autores (Haba, 2004).

Ahora, ha sido frecuente la categorización indiscriminada de la voz principios constitucionales; en efecto, la falta de precisión técnica en el uso y manejo del lenguaje jurídico atenta contra la propia *cientificidad* que pretende alcanzar la denominada “ciencia” jurídica, esa falta de univocidad trasciende lo meramente *teórico* generando consecuencias negativas en la *praxis diaria*, sea esta legislativa, jurisprudencial e incluso procesal.

Así, a modo de paréntesis, se considera que el análisis del uso del lenguaje, ha pasado frecuentemente desapercibido en los estudios jurídicos, ello a pesar de la importancia que él mismo reviste, no solo para el manejo técnico de las diversas categorías teórico-dogmáticas, sino –y más importante- para poder detectar los frecuentes sofismas, y empleo reiterativo de falacias argumentativas en el discurso legalista. Pues bien, si como afirmará Wittgenstein (1922) “*los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo*”, resulta trascendental, analizar el poder de las palabras en el empleo de las categorías discursivas y por supuesto en las construcciones intelectuales, pues vale la pena intentar “*separar el grano de la paja*”, detectando en ellas, lo conexo, reiterativo, superfluo y por supuesto falaz e irracional.

Con fundamento en lo anterior, a esta altura cabe plantearse ¿Que es un principio constitucional?, ¿Cuál es su naturaleza jurídica?, no sin antes advertir, que en ocasiones, la *inocencia* en el uso del lenguaje, es antecedido por la *ingenuidad* en el planteamiento de la pregunta; por ello debe cuestionarse si la pregunta es ante todo legítima, pues la mente humana tiene arraigado que toda pregunta *puede* responderse, y ante esa obligación psicológica de raíces míticas, se acude a usos del lenguaje cargados de magia verbal, puesto que, solamente a través de una emotividad irracionalizante, es posible dar una respuesta aparente al cuestionamiento vertido. Así, Moore ha indicado:

“Tengo la impresión, de que en todos los estudios filosóficos... las dificultades y desacuerdos de los cuales la historia está repleta, se deben, fundamentalmente, a una causa, a saber, el intento de responder preguntas, sin haber descubierto previamente qué tipos de preguntas son las que se quieren responder” (Salas, 2006:10).

Por ello, el plantearse cuestionamientos, por el simple hecho, de querer engrosar la lista de quienes han escrito o de recurrir a un naturalismo lingüístico, para aparentar haber descubierto la *quintaesencia* del conocimiento jurídico, revelan una actitud sino de mala fe al menos ingenua, por ello recalcar que la ventaja del cuestionamiento deriva en la utilidad de no confundir al menos los principios generales del derecho con otras distintas especies de derivación normativa.

Así las cosas, nos inclinamos por otorgarles a los principios constitucionales, el ser verdaderas fuentes materiales del Derecho de la Constitución, erigiéndose como los puntos neurálgicos de un Ordenamiento Jurídico, en el próximo punto brindamos su posible conceptualización en ocasión de la diferencia con otras categorías jurídico-constitucionales.

B. Diferencia entre principios, valores y normas constitucionales.

La diferencia entre valores, normas y principios constitucionales, resulta esencial para una correcta interpretación y aplicación del Ordenamiento Jurídico, sin esa elemental comprensión, el jurista difícilmente pueda entender, las limitaciones propias de su disciplina, así como la estructura y eficacia de los distintos fenómenos jurídicos. Extraña, que en lo académico, si bien este binomio comienza a ser *diferenciado* y por ende *enseñado*, en los cursos de Introducción al Derecho y Derecho Privado, los estudiantes y nuevos profesionales no los dominan correctamente, tal vez se deba –en el caso costarricense- a una resistencia histórica hacia el dominio de la teoría de la fenomenología jurídica expuesta con extraña precisión por el jurista italiano Angelo Falzea, pues esta doctrina, suele ser desechada por muchos, obviando por ejemplo, que uno de los pilares elementales para su comprensión es la diferencia misma entre valores, principios y normas. Para esta escuela, la norma se diferencia del principio, pues esta primera, está compuesta de dos elementos: *i.* Un enunciado de una situación de hecho “*especie fáctica u hecho condicionante*” y *ii.* Un resultado ideal “*efecto jurídico u condicionado*”, de modo que su estructura sería: “si ocurre el hecho A, entonces debe ocurrir el efecto B”, por su parte los principios no presentan ese condicionamiento, sino que se presentan como un valor incondicional “*b debe ser*” (Antillón, 2001).

Ahora, otras diferencias apuntadas por la doctrina, es que los principios están caracterizados por su *generalidad*, a diferencia de las normas que presentan un carácter

de *especificidad*, al respecto se, indica:

“Una regla jurídica es general en cuanto establecida para un número indeterminado de actos o de hechos”. Empero, en cierta relación es [también] especial, en cuanto ella no rige más que tales actos o tales hechos; es dictada en atención a una situación jurídica determinada. Un principio por el contrario, es general en cuanto comporte una serie indefinida de aplicaciones (...)”
(Haba, 2004: 50).

Esta diferenciación, es compartida por el autor de las presentes líneas, por ejemplo si concretizamos esta noción teórica, vemos como un principio procesal como el *pro actione* derivado del artículo 41 constitucional tiene una *potencia múltiple y general* en las diversas ordenanzas procesales, sea civil, agraria, contenciosa administrativa etc, resultando de uso práctico en distintas situaciones, sea el traslado de una demanda, la aceptación de una contestación, el ofrecimiento de una prueba o la presentación de un recurso, sin embargo una norma procesal obtenida por el ejemplo del Código Procesal Contencioso Administrativo (art 58 y 61), presenta un grado de *especificidad*, que no resulta de aplicación en esas otras materias, y así se podrían plantear un sinnúmero de ejemplos.

Con matiz del anterior criterio de diferenciación, el gran jurista alemán Esser, considera que lo esencial que diferencia a las normas de los principios, se encuentra en su *contenido*, pues los principios no contienen la indicación de una solución obligatoria pues sus indicaciones deben ser desarrolladas por el legislador o el juez (Haba, 2004: 51), con relación a este criterio, el mismo también es compartido, pues tomando como referencia el ejemplo dado en el párrafo anterior, es cierto que muchas veces los principios, dicen mucho pero a la vez dicen nada, de modo que un principio como el *pro actione*, debe ser desarrollado por el Juez para una situación compleja -acaso de uso discrecional- que lo motive a implementar u aplicar frente a un caso concreto no regulado, por el contrario, la norma en su aplicación suele tener un efecto –solución- más directa y por ende *obligatoria* una vez acontecido el presupuesto de hecho que la antecede.

Debemos sin embargo, alejarnos de toda ingenuidad, pues tampoco es que la indicación de la solución obligatoria se obtiene de manera automática mediante el empleo de una

lógica formal deductiva, donde se suma una premisa mayor más una premisa menor y esta da por derivación un único resultado, pues lo cierto, es que los fenómenos jurídicos suelen en ocasiones ser más que complejos, y de esto la jurisprudencia constitucional es un claro ejemplo, de allí la anteposición de la técnica de la ponderación a la de subsunción que ha proclamado el movimiento neoconstitucionalista.

En último lugar, no se debe dejar de señalar brevemente, otra diferencia apuntada por la doctrina –en este caso constitucional- que incluye también a los denominados valores jurídicos, para esta corriente, la diferencia entre valores, principios y normas, estriba en una *especie de cadena de concretización*, sea que las normas derivan de los principios, y estos de los valores. (Jinesta, 2014:78), siendo esta última apreciación teórica la que observamos plenamente en aras del contenido de motivación y argumentación que respalda e informa el planteamiento que acá se sustenta.

C. Principios constitucionales aplicables a los procedimientos administrativos.

De seguido se pasa nota, por algunos principios constitucionales que irradian con toda su fuerza y primacía a los procedimientos administrativos ordinarios, se advierte que la lista a desarrollar es más *ejemplificativa* que *comprehensiva*, sea, que en realidad se erige como una descripción “*numerus apertus*” puesto que, dada la generalidad de materias, temáticas y ámbitos que se circunscriben dentro de la esfera administrativa, unos u otros principios serán más palpables, v.gr. principio *in dubio pro natura* u principio precautoria dentro de los procedimientos administrativos que celebre el Tribunal Ambiental; sin embargo a efectos didácticos presentamos *grosso modo* algunos principios constitucionales plenamente ampliables al *iter* procedimental ordinario administrativo.

i. Principio de legalidad.

Incardinado en el numeral 11 de la Constitución Política, se convierte en un principio ineludible en la marcha de los procedimientos administrativos ordinarios; se advierte que no por *conocido* es plenamente *respetado*, de allí, pues la exigencia de la revisión en apego al bloque de legalidad y/o juridicidad al que deben estar sometidos los órganos directores y decisores, pues como exige el principio en comentario, dichos órganos dentro del ámbito de su competencia solo pueden hacer lo que la ley le permita, sin que sea

posible la innovación para el caso concreto de procedimientos especiales, salvo caso muy calificados que la misma normativa contempla (Conf., art 219 LGAP).

ii. Principio del debido proceso.

Todas las garantías constitucionales predicables e incluidas en el debido proceso (art 39, 41 de la Constitución Política) se mutan en exigencias procedimentales, que deben respetar las Administraciones Públicas en el impuso y celebración de sus procedimientos ordinarios, desde la inviolabilidad de la defensa hasta la imparcialidad de los órganos administrativos, desde la imposibilidad de sustentar la sanción en prueba ilegítima hasta el derecho a recurrir la decisión, siendo que desde hace ya cerca de veinticinco años la Sala Constitucional, en el voto 15-90 de las dieciséis horas cuarenta y cinco minutos del cinco de enero de mil novecientos noventa indicaba:

“...El derecho de defensa resguardado en el artículo 39 ibídem, no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública; y que necesariamente debe dársele al accionante si a bien lo tiene, el derecho de ser asistido por un abogado, con el fin de que ejercite su defensa.”

En suma, el debido proceso, tiene que traducirse en un debido procedimiento administrativo, en aras de salvaguardar las exigencias mínimas del mantenimiento de un Estado de Derecho, pues las garantías constitucionales son como el sol que sale para todos, y en aquella “casa de cristal” que está llamada a ser la Administración Pública debe ingresar sin mayor condicionamiento.

iii. Principio de interdicción de la arbitrariedad.

Si bien este principio parece tener su matriz directa en el numeral 9.3 de la Constitución Española de 1978, es lo cierto, que de una interpretación armoniosa y sistemática de los preceptos constitucionales 1, 11, 28, 33, 41 y 49 constitucionales es fácilmente obtenible su configuración, ahora, de cara a la arbitrariedad e injusticia que se pueda cometer en la privación de una audiencia oral dentro de un procedimiento ordinario, este principio constitucional se erige como un baluarte de primer orden, en consonancia a la salvaguarda de los derechos de los administrados.

Así, la Sala Constitucional ha sentado línea jurisprudencial de carácter erga omnes (art 13, Ley de Jurisdicción Constitucional) al darle expreso reconocimiento a este principio, sobre ellos pueden consultarse los votos N° 5455-2007, 18278-2012 y 11155-2007, indicando este último:

“...El principio de interdicción de la arbitrariedad supone la prohibición de la arbitrariedad, esto es, de toda diferencia carente de una razón suficiente y justa. El principio de interdicción de la arbitrariedad no está contenido en el de igualdad ante la ley, arbitrariedad es sinónimo de injusticia ostensible y la injusticia no se limita a la discriminación. La actuación arbitraria es la contraria a la justicia, a la razón o las leyes, que obedece al mero capricho o voluntad del agente público. La prohibición de la arbitrariedad lo que condena es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. En esencia, el principio de interdicción de la arbitrariedad ha venido operando como un poderoso correctivo frente a las actuaciones abusivas y discriminatorias de las administraciones públicas cuando ejercen potestades discrecionales (abuso o exceso de discrecionalidad). (Voto 11155-2007 de las catorce y cuarenta y nueve horas de 1° de agosto de dos mil siete)”.

En suma, este principio es un correctivo necesario frente a la arbitrariedad administrativa, sin embargo el mismo tiene un carácter más reparador que preventivo, de suerte tal, que cabe cuestionarse si no será menos dable la invocación de este principio, si se genera mayor publicidad en el seno de la Administración Pública, ello en ocasión de las audiencias dentro de los procedimientos ordinarios.

iv. Principio de Confianza legítima.

Este principio, es piedra angular en el desarrollo de los procedimientos administrativos, por ejemplo en ocasión de la intimación e imputación de cargos, fecha, hora y sede de la

celebración de la audiencia, notificación completa de las resoluciones a los medios señalados etc, de manera puntual la Sala Constitucional lo ha considerado como:

“... la certidumbre de las relaciones con los poderes públicos, saber, el administrado, a qué atenerse con éstos, quienes deben evitar las situaciones objetivamente confusas y mantener las situaciones jurídicas aunque no sean absolutamente conformes con el ordenamiento jurídico”. (Voto 2010-010171 de las nueve horas y cincuenta y ocho minutos del once de junio del dos mil diez).

De modo que este principio constitucional, se proyecta como un *condictio sine que non*, en el impulso procedimental de cualquier actuación administrativa.

v. Principio de Transparencia y Publicidad administrativa.

Este principio, que desde nuestra óptica, *el deber ser* constitucional manda sea desarrollado e implementado sin condiciones ni restricciones en lo interno de las Administraciones Públicas –v.gr. audiencia privada en procedimiento ordinario- apareja una visión horizontal, democrática y transparente en el ejercicio del poder, potenciado la democracia participativa y el control ciudadano en el administración y organización del aparato estatal.

Así, la tesis que se sustenta en estas páginas, considera que privacidad procedimental es antónimo de transparencia y publicidad administrativa, sin embargo esto será tratado con más detenimiento en el capítulo segundo próximo, por ahora, valga citar lo dispuesto en un icónico precedente constitucional sobre estos principios:

“...En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena

luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación-, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la información administrativa.” (Voto 2003-02120 de las trece horas con treinta minutos del catorce de marzo del dos mil tres).

En suma, el desarrollo pleno de este principio, afianza principios conexos como la debida motivación de la conducta administrativa, el principio de participación ciudadana o el principio al buen funcionamiento de los servicios públicos (art 1, 11, 140 inc 8 de la Constitución Política).

iv. Principio de rendición de cuentas y evaluación de desempeño de los servidores públicos.

Finalmente, es deber evidenciar la frecuente ineficiencia que se presentan en el interior de la Administración Pública, debido a funcionarios incompetentes que en su rol por

ejemplo de órganos directores de un procedimiento administrativo, cometen errores jurídicos y/o procedimentales que pueden dar al traste con los objetivos del impulso y desarrollo de un procedimiento ordinario, de suerte tal, que este principio debe ser interiorizado por todos los funcionarios públicos, en aras del recto funcionamiento de la administración pública y su vocación directa al servicio del interés público, este principio se encuentra expresamente dispuesto en el numeral 11 constitucional.

En suma, esta *muestra* de principios constitucionales resulta predicable a lo interno de la Administración Pública, y desde nuestra perspectiva resultan plenamente exigibles, en aquella manifestación formal de la conducta administrativa conocida como procedimiento administrativo.

II. Capítulo Segundo: Inconstitucionalidad de la audiencia privada en la celebración de los procedimientos administrativos ordinarios.

"Si algo hace que el juez constitucional no sea un constituyente ni un legislador, aunque a veces lo parezca, es prestamente su disciplina como juez, que le veda el derecho de remplazar con los suyos propios -o con los de la sociedad, da lo mismo- el sentido y la ideología permanentes, aunque no inmutables, del Derecho de la Constitución."

Rodolfo Piza Escalante.

En este aparte final de la presente investigación, se erige a modo de corolario interpretativo la fundamentación básica que sostiene el hilo conductor que se ha desarrollado en las presentes páginas, sea la incompatibilidad manifiesta que presenta el numeral 309 *in fine* de la Ley General de la Administración Pública con el Derecho de la Constitución, en particular con valores y principios tales como el democrático (art 1, Constitución Política), rendición de cuentas y evaluación de resultados (art 11, *ibídem*) transparencia administrativa (art 27 y 30, *ibídem*), igualdad (art 33, *ibídem*), acceso al buen funcionamiento de los servicios públicos (art 140 inc 8, *ibídem*), idoneidad del servidor público (art 191, *ibídem*) entre otros; asimismo se hará un pequeño esbozo, sobre el principio de interpretación conforme al Derecho de la Constitución en relación con la proyección de la publicidad en los diversas clases y materias que involucran a los procedimientos administrativos; finalmente, acudiendo a la corriente del *neo*-constitucionalismo se hará un breve ejercicio de ponderación de derechos fundamentales, para analizar las implicaciones reales que presenta la apertura pública de la audiencia dentro del procedimiento ordinario administrativo en consonancia con otros derechos

fundamentales en juego, tal y como la intimidad, protección de datos, autodeterminación informativa principalmente (art 23 y 24 Constitución Política).

A. Implicaciones inconstitucionales del carácter privado de la audiencia.

La expansión del Derecho de la Constitución conlleva a constantemente cuestionarse el *ser* normativo de cara al *deber ser* constitucional, de este modo, es consideración de las presentes líneas, realizar y desarrollar una serie de razonamientos incardinados a la luz del Derecho Constitucional que pongan en evidencia el carácter arcaico e inconstitucional que presenta la privacidad de la audiencia dentro de los procedimientos administrativos ordinarios.

Ahora, en primer término, desde el punto de vista doctrinal, se tiene que el fundamento de inconstitucionalidad que acá se plantea, presenta algunos adeptos desde el plano teórico, en tal sentido, el maestro Jinesta Lobo ha dispuesto desde la academia nacional que:

*“...La publicidad y la transparencia deben ser la regla tratándose de la función administrativa y de cualquiera de sus manifestaciones, como la actividad formal que precisa de un procedimiento administrativo previo. **De modo que la audiencia oral en los procedimientos administrativos constitutivos y en los de impugnación –recursos- debería ser, de iure condendo, abierta al público,** con lo que se logra un control ciudadano y una mayor legitimación de los actos administrativos que, finalmente, se adopten”* (Jinesta, 2011: 4).

Desde esta arista se tiene que el carácter privado de la audiencia en el *iter* procedimental, confronta de manera directa los **principios de transparencia y publicidad administrativa**; de esta manera a guisa de metáfora, podría aseverarse que en el contexto costarricense la añorada "casa de cristal" que está llamada a ser la Administración Pública, presenta unas oscuras cortinas en sus ventanas frontales, que son extendidas cuando en cada audiencia dentro de un procedimiento administrativo se evoca el carácter privado de la misma, ello como pretexto legalista para cerrar de manera directa, el control y acceso ciudadano, situación que desde todo punto de vista, marca y separa al discurso de la

realidad, lo cual, desde el planteamiento de estas líneas merece ser reflexionado.

Así mismo, es tesis derivada de esta investigación, que la misma privacidad genérica de la audiencia, puede inclusive comprometer el derecho de defensa de las partes involucradas en un procedimiento ordinario; así, comentando sobre el derecho de audiencia y defensa, el prestigioso profesor costarricense Dr. Álvaro Mora Espinoza, ilustra que:

*“...el administrado deberá tener la oportunidad de ser uno de los actores principales, en cuanto a ello esté determinado por el otorgamiento de las audiencias necesarias y expresas que le permita su plena actuación en el procedimiento y este en capacidad y **posibilidad real de ejercer su defensa como lo crea pertinente**”* (Mora, 2008: 405).

De suerte tal, que si una persona denunciada injustamente por ejemplo en un procedimiento ordinario, considera que para su defensa lo ideal sería contar con público que examine la audiencia como tal, esa privacidad pueda afectar su propia defensa, y es que si en ocasiones "el pueblo es el juez de los jueces" nada obsta, para que ese mismo pueblo controle a los órganos directores dentro de los procedimientos administrativos, puesto que, si bien bajo las sombras de la privacidad se extienden campos estériles para el control ciudadano, si se erigen rocas idóneas para sustentar la arbitrariedad de los inquisidores, de aquellos que se constituyen en jueces de su propia causa, o peor aún, de los órganos directores carentes de objetividad e imparcialidad, y que no en pocas ocasiones, tienen predestinado por imposición superior –jerárquica o no- , las resueltas de un determinado procedimiento administrativo.

Finalmente no puede perderse de vista, que el citado artículo 309 de la LGAP, cobija a los procedimientos sancionadores, siendo archisabido que en estos se aplica *mutatis mutandis* los principios propios del *ius puniendi*. Para nadie es un secreto las atrocidades que se cometieron en aquella parcela del conocimiento precisamente bajo el cobijo de la privacidad, del oscurantismo y del impulso cabal del derecho penal subterráneo, que ahora ni siquiera disimula, el falaz discurso del derecho penal –acaso también sancionatorio- del enemigo.

Muy por el contrario, la publicidad es tierra fértil para garantizar la rendición de cuentas y evaluación de resultados, sea para el control público de la idoneidad, capacidad, rendimiento, imparcialidad, que presentan o no, las personas funcionarias públicas que componen la constitución de los distintos órganos de instrucción y/o directores, dentro de un procedimiento administrativo, por ende, reafirmamos nuestra postura del roce constitucionalidad que presenta la privacidad con los preceptos 1, 11, 30, 140 inc 8, y 191 de la Constitución Política, siendo necesario una apertura para el impulso del control ciudadano en todas las facetas en las cuales se manifiesta la conducta administrativa, y de este, la audiencia oral en el ámbito procedimental no debe ser la excepción.

En suma, y sin ánimo de reiteración se considera que la norma del art 309 de la Ley General de la Administración Pública en concreto su inciso primero y en particular la palabra "privada" resulta inconstitucional, pues dispone de manera grosera las siguientes violaciones constitucionales.

- **Resulta contraria al principio constitucional de transparencia y publicidad administrativa.** En cuanto a ello la Sala Constitucional ha establecido que: “...*la transparencia y publicidad de la actuación administrativa se erigen como principios constitucionales implícitos, que como tales, deben regir plena y formalmente todas las actividades del sector público...*” (V.S.C 13658-20008).
- **Resulta contraria al principio de acceso a la información administrativa y limita el control ciudadano sobre el ejercicio de la potestad u función administrativa.** La Sala Constitucional ha dispuesto que:

“Es menester indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y

escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. (...)” (V.S.C 04637-2004).

- **No tiene sentido que sea privado en sede administrativa lo que es público en sede jurisdiccional**, sea el acceso a la justicia pronta y *cumplida* se debe extender en toda su dimensión a dicha sede. (Conf. art 41, 49, Constitución Política, art 85 y 99 Código Procesal Contencioso Administrativo).
- **Impide u limita el control de la legalidad de la función administrativa**, no solo en relación con los sujetos del procedimiento administrativo sino también en cuanto a la eficacia y eficiencia procedimental del propio Órgano Director *¿Quién guarda a los guardianes?* (Art 11, Constitución Política).
- **Atenta contra la eficiencia administrativa**, la publicidad debe ir de la mano de la oralidad y celeridad de los procedimientos administrativos.
- **Hace de la excepción la regla.**

En síntesis, se sostiene la inconstitucionalidad de la privacidad de la audiencia dentro del contexto de los procedimientos administrativos, siendo que incluso –como se indicará líneas arriba-, ya la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el voto **005593- 2012 de las dieciséis horas y cuatro minutos del dos de mayo del dos mil doce** dispuso:

*“...Dado que la privacidad de la audiencia establecida dentro del procedimiento ordinario administrativo del Tribunal Ambiental Administrativo resulta incompatible con el **derecho de participación ciudadana, especialmente en asuntos ambientales, procede la declaratoria de inconstitucionalidad de la palabra “privada” contenida en el artículo 24 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo.** Por lo tanto esta acción se declara con lugar, se anula la palabra “privada”, debiendo interpretarse que la audiencia allí establecida y llevada a cabo por ese Tribunal, una vez concluida la etapa de investigación, **es pública, salvo resolución razonada en contrario.** Sin embargo, de conformidad con lo*

dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, a efectos de no afectar los procedimientos administrativos ya llevados a cabo, se dimensionan los efectos de tal declaratoria en el sentido de que surte efectos generales a partir de la fecha de esta resolución. Por tanto: Se declara CON lugar la acción, en consecuencia se elimina la palabra “privada” del artículo 24 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo, debiendo interpretarse que la audiencia allí mencionada es pública, salvo resolución razonada que establezca lo contrario (...).”

En el precedente anterior, la Sala Constitucional declara la inconstitucionalidad de la frase “privada” dentro de la audiencia del procedimiento administrativo seguido ante el Tribunal Ambiental Administrativo, sin embargo se sostiene que las razones ahí expuestas resultan aplicables y extrapolables a gran parte de la generalidad de los procedimientos administrativos donde esté de por medio intereses públicos, que por supuesto, son la gran mayoría.

Se mantiene que resulta contrario al Derecho de la Constitución (art 9, 11, 27, 30, 41, 140 inc 8, 191) que un procedimiento administrativo ordinario de corte sancionador sea privado por regla normativa, cuando por ejemplo en él se discuten aspectos tan importantes como la eficiencia administrativa o la buena prestación de los servicios públicos, este tipo de procedimientos deberían tener apertura para el control ciudadano, y aunque en algunas regulaciones procedimentales especiales se contemple la publicidad de la audiencia, resulta inconcebible desde la perspectiva constitucional que la *norma general* opte por la privacidad.

Además resulta una verdadera contradicción -*contradictio in terminis*- que estos procedimientos administrativos estén exentos de control público en vía administrativa pero en la sede jurisdiccional sean públicos, por lo cual el planteamiento se presenta como una propuesta de consolidación de la constitucionalización de la vía administrativa, acercando el control y acceso de los procedimientos administrativos al ciudadano.

Finalmente se puntualiza, que toda regla en el ámbito público: *publicidad*, debe tener su excepción: *privacidad*, pero no a la inversa como dispone el numeral en cuestión, ahora la privacidad de la audiencia debe quedar reservada solo en aquellos casos en que las

condiciones especiales así lo requieran v.gr. procedimientos sancionadores por hostigamiento sexual, sin embargo ello debe ser motivado por el Órgano Director del procedimiento a efecto de valer el principio en comentario.

B. Interpretación conforme al Derecho de la Constitución y limitaciones constitucionales a la publicidad en los procedimientos administrativos. Reflexiones en cuanto al choque y primacía de principios constitucionales.

En el ámbito final de estas reflexiones, cerramos con dos interrogantes que vienen a comprometer -eventualmente- la hipótesis sustentada, y que por objetividad y honestidad investigativa, es necesario desarrollar de seguido.

La primera, tiene relación con la posibilidad de conservar el numeral 309 de la Ley General de la Administración Pública, sea declarando su constitucionalidad, siempre y cuando se desarrolle e interprete en un determinado sentido, sobre el principio de interpretación conforme, recuerda el magistrado Jinesta Lobo (2014:447), que:

“...En ese supuesto, la norma impugnada no resulta per se inconstitucional, sino su interpretación y aplicación, de allí que sea dable afirmar la existencia de dos modalidades de sentencias estimatorias interpretativas claramente diferenciadas, aquellas cuya inconstitucionalidad deriva de una interpretación errónea o una aplicación indebida y aquellas, cuya inconstitucionalidad proviene de los efectos de la norma.”

Ahora, desde nuestra perspectiva esta posibilidad es inviable, puesto que la palabra “privada” del citado numeral 309 in fine de la LGAP, no puede ser variada ni atenuada vía interpretación, el choque es frontal y directo, de modo que no tendría mayor justificación, salvaguardar una norma que violenta palmariamente el derecho de la Constitución. Aquí la presunción de constitucionalidad que cobija a las leyes debe ser quebrada, dada la existencia de prueba en contrario, que es la misma restricción odiosa, expresa e insalvable que dispone el citado numeral.

Finalmente, en cuanto a la alegada colisión de derechos fundamentales, sea que en aras de la *sensibilidad* del contenido de ciertas materias la privacidad debe privar sobre la publicidad, se estaría en la anuencia de reconocer dicha posibilidad, siempre y cuando la

privacidad sea *la excepción y no la regla*, y de esto, esta investigación dio cuenta líneas pretéritas cuando advertía que vía resolución motivada en sede judicial, se disponía por ejemplo la privacidad de una audiencia o de un juicio, en ciertos supuestos taxativos, pudiendo en consecuencia ser extrapolable a la sede administrativa bajo los mismos cánones de implementación.

Sin embargo, la ponderación de derechos fundamentales debe *ser ante todo casuística*, sin operar en un plano abstracto; así, publicidad *vrs* privacidad, o mejor aún *transparencia administrativa vrs* intimidad de la persona, deben ser analizados en cada caso en concreto, sin que sea dable admitir que en todos los casos en que exista intereses públicos se admita la privacidad –caso de la actual redacción del numeral 309 LGAP- sino que deberá ser a la inversa, cuando las situaciones especiales y motivadas lo ameriten, y aras de salvaguardar derechos fundamentales de orden superior, teniendo siempre como norte a la persona humana, es que podrá ponderar la declaración de la privacidad -de parte o partes- de la audiencia oral en sede administrativa –v.gr. caso de interés superior del menor, temas de hostigamiento sexual, secreto bancario etc- , lo que sin duda, vendría a crear un verdadero equilibrio entre las potestades públicas y los derechos fundamentales de las personas.-

Conclusiones

I. La hipótesis de la presente investigación ha sido confirmada: el numeral 309 *in fine* de la Ley General de la Administración Pública, en particular la palabra “privada” resulta inconstitucional por quebranto directo del parámetro de constitucionalidad.

II. Desde la vertiente del Derecho de la Constitución, el carácter *privado* de la audiencia oral dentro de los procedimientos administrativos ordinarios, vulnera principios constitucionales elementales del Estado de Derecho, tal y como, la transparencia administrativa, interdicción de la arbitrariedad, evaluación de resultados, buen funcionamiento de los servicios públicos e idoneidad de los funcionarios públicos

III. Resulta incompatible con los postulados de un Estado Constitucional de Derecho, el pretender garantizar el control ciudadano mediante una Administración Pública constituida como una casa de cristal por un lado, y por otro, mantener la *privacidad general* de ciertas parcelas de manifestación de la conducta administrativa, sea de la audiencia oral dentro de los procedimientos administrativos ordinarios.

IV. Las sentencias constitucionales interpretativas conforme al Derecho de la Constitución, postuladas como herramienta para salvaguardar la vigencia de una regulación ordinaria, siempre y cuando esta se interprete en un determinado sentido, tiene su franco límite cuando la discrepancia entre el *ser* normativo y el *deber ser* constitucional es de carácter expreso, manifiesto e insalvable vía interpretación, debido al carácter de auto-contención que deben observar los Tribunales Constitucionales.

V. El carácter privado de la audiencia que se enmarca dentro del numeral 309 de la Ley General de la Administración Pública sometido al estrés constitucional, no soporta una interpretación de conformidad, sino que por el contrario, dada la disconformidad sustancial con el bloque de constitucionalidad, su consecuencia debe ser la sanción de ilegitimidad mayor que se prevé dentro de la Jurisdicción Constitucional, esto es: la invalidez constitucional.

VI. El derecho administrativo, es el derecho de la igualdad por excelencia. El equilibrio entre las potestades públicas y los derechos fundamentales es la quinta sinfonía del Estado Constitucional de Derecho, de allí pues la imperiosa necesidad de reflexionar acerca de los medios e instrumentos que se instauran en el seno de las Administraciones Públicas –

caso del procedimiento administrativo- de cara a los nuevos postulados que se generan en el marco del constitucionalismo moderno.

VII. La actual regulación privada, que dispone el numeral 309 de la Ley General de la Administración Pública, produce efectos amplios debido no solamente al carácter general de la Ley donde se ubica, sino también en virtud de la remisión normativa que realizan múltiples cuerpos legales –v.gr Código Municipal, Código Electoral, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor- ello, en cuanto a procedimiento ordinario administrativo se refiere.

VIII. El carácter público de la audiencia oral dentro de los procedimientos administrativos ordinarios no vulnera la intimidad, secretos de estados, autodeterminación efectiva u otros derechos fundamentales que puedan verse eventualmente comprometidos con la publicidad de la audiencia, puesto que en estos casos, es dable admitir excepciones que confirman la regla –tal y como acontece en sede judicial- generando en consecuencia la posibilidad, para que en supuestos calificados, se disponga mediante resolución motivada la privacidad de aquellas audiencias que por el contenido de las mismas –v.gr. hostigamiento sexual, intereses superior del menor, entre otros- así lo requieran.

Recomendaciones.

I. Desde la vertiente, práctica, se sugiere plantear una reforma legal, en la cual se derogue la palabra “privada” dispuesta el numeral 309 inc 1 de la Ley General de la Administración Pública.

II. Como planteamiento secundario, se invita –con base en los argumentos desarrollados- en esta investigación, a cuestionar ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, vía consulta judicial o mediante acción de inconstitucionalidad, el carácter privado de la audiencia oral dentro de los procedimientos administrativos ordinarios dispuesta en el numeral 309 de la Ley General de la Administración Pública.

Fuentes Consultadas.

Precedentes judiciales.

- Voto N° **1739-92** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.
- Voto N° **013658-2008** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las once horas y cincuenta y ocho minutos del cinco de septiembre del dos mil ocho.
- Voto N° **04637-2004** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las doce horas con quince minutos del treinta de abril del dos mil cuatro.
- Voto N° **2012-5593** de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las dieciséis horas y cuatro minutos del dos de mayo del dos mil doce.
- **Voto N° 4182-2014** Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de las catorce horas treinta minutos del veintiséis de marzo del dos mil catorce.
- **Voto N° 115-F-98** Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las catorce horas y treinta minutos del once de noviembre de mil novecientos noventa y ocho.
- **Voto N° 44-2014** Tribunal de lo Contencioso Administrativo Sección Sexta, de las dieciséis horas del veintiocho de marzo de dos mil catorce.
- **Voto N° 5-2014** Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Sección Sexta, de las dieciséis horas de dieciséis de enero de dos mil catorce
- **Voto No. 18-2014** Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima de las catorce horas del trece de marzo del dos mil catorce.
- El resto de votos citados, fueron tomados de la Constitución Política de la República de Costa Rica con Jurisprudencia existente en el sitio web oficial de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Normativa.

- Código Procesal Contencioso Administrativo.
- Constitución Política de la República de Costa Rica.
- Ley General de la Administración Pública.
- Código Municipal.
- Ley de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor.
- Código Procesal Penal.

- Ley de la Jurisdicción Constitucional.
- Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia.
- Ley de Información no Divulgada.

Doctrina.

- ALVARADO VELLOSO (Adolfo). **Lecciones de Derecho Procesal Civil. Compendio del Libro Sistema Procesal: Garantía de Libertad. Adoptado a la Legislación Procesal de Costa Rica.** San José Editorial Investigaciones Jurídicas, primera edición, 2010
- ANTILLÓN MONTEALEGRE (Walter). **Teoría del Proceso Jurisdiccional,** San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, primera edición, 2001, 476 p. B.P.
- BREWER CARIAS (Alán). **El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos,** Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1982
- DROMI (Roberto). **El procedimiento administrativo,** Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, cuarta edición, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRIA (Eduardo) y FERNÁNDEZ (Tomas- Ramón). **Curso de Derecho Administrativo,** Tomo I, Madrid, Editorial Civitas S.A., cuarta edición, reimpresión 1988, 766 p. B.P.
- GONZÁLEZ CAMACHO (Oscar Eduardo). **La Justicia Administrativa, Tomo I: Control Judicial Pleno de la Administración Pública,** San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, primera edición, 2001, 284 p. B.P.
- HABA (Enrique Pedro) y BARTH (José Francisco). **Los Principios Generales del Derecho,** San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, 2004, 362 p. B.P.
- JINESTA LOBO (Ernesto). **Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III (Procedimiento administrativo),** San José, Iusconsultec S.A, 2007. B.P.
- JINESTA LOBO (Ernesto). **Debido proceso en la Sede Administrativa.** Derecho Administrativo en el Siglo XXI, Lima, Adrus Editores, Vol. I, 2013, pp. 581-611.
- JINESTA LOBO. (Ernesto). **Derecho Procesal Constitucional.** San José, Editorial Guayacán, 2014, 495 p. B.P.
- JINESTA LOBO (Ernesto). **Motivación de la actuación administrativa y principio de interdicción de la arbitrariedad: Legitimación democrática de**

las Administraciones Públicas. Visión actual del acto administrativo (Actas del XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo), Santo Domingo, Finjus-Adda, 2012.

- JINESTA LOBO (Ernesto). **Simplificación, Desregulación y Aceleración de los Procedimientos Administrativos.** Derecho Administrativo Iberoamericano. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, Buenos Aires, Ediciones Rap S.A., 2011.
- JINESTA LOBO (Ernesto). **Oralidad en los Procedimientos Administrativos: Perspectivas, problemas y ventajas.** Visión actual de los procedimientos administrativos". - III Congreso Venezolano de Derecho Administrativo -, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2011.¹
- MORA ESPINOZA (Álvaro) **El procedimiento administrativo. Apuntes de Derecho Administrativo,** San José, primera edición, Editorial Jurídica Continental, 2008.
- MORA MORA (Luis Paulino). **Garantías derivadas del debido proceso. Derecho Procesal Penal Costarricense,** San José, Asociación de Ciencias Penales, primera edición, 2007.
- NAVARRO FALLAS (Román). **Los principios Jurídicos y la Interpretación a partir de principios en el Derecho público.** Principios Constitucionales, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 514. B.P.
- NIETO (Alejandro) y FERNANDEZ (Tomas-Ramón). **El Derecho y Revés: Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces,** Barcelona, Editorial Ariel, primera edición, 1998, 264 p. B.P.
- OROZCO SOLANO (Víctor). **La fuerza Normativa de la Constitución,** San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, 2008, 339 p. B.P.
- PEREZ ROYO (Javier). **Curso de Derecho Constitucional,** Madrid, décima edición, Editorial Marcial Pons, 2005. B.P.
- PIZA ESCALANTE (Rodolfo). **Los Principios en la Interpretación Constitucional, Principios Constitucionales,** San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., primera edición, 2008, 441 p. B.P.

¹ Los artículos de revista, son localizables en la dirección electrónica <http://www.ernestojinesta.com/>.

- PIZA ESCALANTE (Rodolfo). Los valores en la interpretación constitucional. **La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho**. San José, Editorial EUNED, primera edición, 1996, 506 p. B.P.
- RIVERO (Jean). **Páginas de Derecho Administrativo**, Bogotá, Editorial Temis, primera edición, 2002, 248 p. B.P.
- SAGUÉS (Néstor Pedro). **La interpretación Constitucional, Instrumento y Límite del Juez Constitucional**. La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho. San José, Editorial EUNED, 1996, pp. 1-17. B.P.
- SALAS, Minor E. **Vade retro, Fortuna: o de la expulsión de "Satanás"-el Azar-del mundo de las Ciencias Sociales (con especial énfasis en la "ciencia" jurídica)**. 2004
- VON IHERING (Rudolf). **La lucha por el Derecho** (traducción directa del alemán por Adolfo González Posada), Buenos Aires, Editorial Heliasta, primera edición, 1974, 84 p. B.F.D.

Anexos.

Entrevistador: Luis Mariano Argüello Rojas.
Entrevistada. Marianella Álvarez Molina.

Día: 12/mayo/2015.

Lugar: Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Calle Blancos, San José.

Hora: 16:40 horas.

A. Apertura y explicación del Objetivo.

Se pretende conocer de una Jueza Contencioso Administrativa que cuenta con experiencia en el campo del Derecho Constitucional- acerca de algunas interrogantes que han surgido en el proceso de desarrollo de la investigación realizada en ocasión del Trabajo Final de Graduación de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Estatal a Distancia.

B. Interrogatorio.

Se formulan las siguientes preguntas.

1. Mediante voto N°5593-2012 de las dieciséis horas y cuatro minutos del dos de mayo del dos mil doce, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dispuso: "*...Dado que la privacidad de la audiencia establecida dentro del procedimiento ordinario administrativo del Tribunal Ambiental Administrativo resulta incompatible con el derecho de participación ciudadana, especialmente en asuntos ambientales, procede la declaratoria de inconstitucionalidad de la palabra "privada" contenida en el artículo 24 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Ambiental Administrativo.*" De conformidad con el anterior extracto, considera usted que el razonamiento utilizado por la Sala Constitucional podría ser llevado a otras tipologías de procedimientos administrativos ordinarios?

R/ En primera instancia, considero que no hay que confundir la acción popular en materia ambiental, con el derecho de participación ciudadana, a pesar de que ambos responden al interés público en defender, garantizar y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Son extremos independientes, que per se no justifican que las audiencias sobre asuntos ambientales sean públicas en todos los casos.

No se puede desconocer que en ocasiones se tratarán o expondrán aspectos relacionados

con datos sensibles de personas físicas o jurídicas, que pueden incidir en su privacidad o en aspectos relacionados con su giro comercial, que al ser expuestos de manera pública, las colocarían en una situación de vulnerabilidad o de desventaja. En razón de lo anterior, considero que no todas las audiencias realizadas en procedimientos declarativos, constitutivos o recursivos, deban ser públicas. Por ejemplo: aquellas en que alguna de las partes sea un menor de edad, una víctima de acoso sexual o laboral, contrataciones en que esté de por medio la seguridad del Estado (empresas a las que se les confía la elaboración de pasaportes o de monedas), secretos bancarios o empresariales, entre otros

2. En un ejercicio de ponderación de derechos fundamentales, cuáles deberían ser los parámetros interpretativos para delimitar la interacción entre la transparencia administrativa y la protección del derecho a la intimidad -si lo hubiere- de los funcionarios públicos denunciados en un procedimiento administrativo ordinario sancionador?

R/ La condición de funcionario público y el deber de transparencia, no implica que se carezca de un ámbito de intimidad. En un procedimiento sancionador no deben hacerse públicos, datos sensibles de un funcionario público que no guarden relación con el procedimiento, y aún cuando algunos de estos datos sensibles tuvieran relación directa con las conductas investigadas, no es de interés público conocer en detalle cuáles fueron -por ejemplo- las maneras en que la víctima fue presuntamente acosada sexualmente o laboralmente por el denunciado.

3. Considera usted, que existe algún grado de jerarquía entre la parte dogmática y la orgánica del Constitución Política?

R/ Estimo que no hay jerarquía entre la parte dogmática y la orgánica de la Constitución Política, aunque la primera sí condiciona la interpretación de la orgánica.

4. Qué opinión le merece, la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional que encasilla a ciertos derechos, como derechos fundamentales innominados u atípicos v.gr- derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos, art 140. inc 8 de la Constitución Política?

R/ En términos generales, considero que dicha línea jurisprudencial responde al desarrollo expansivo y progresivo de los derechos fundamentales, que impone la necesidad de garantizar y defender nuevas manifestaciones de esos derechos, que a pesar de que no haberse definido previamente en el texto constitucional, surgen a partir de las exigencias de tutela que se vayan dando en la realidad. Ahora bien, en el supuesto del buen funcionamiento de los servicios y dependencias públicas, si bien es cierto, que el inciso 8) del artículo 140 de la Constitución Política, lo define como un deber del Poder Ejecutivo, estimo que de manera correlativa ello se traduce en un derecho que le permite al administrado exigir el cumplimiento efectivo y oportuno de ese deber, a fin de garantizar -en última instancia- el ejercicio otros derechos (petición y pronta respuesta, salud, educación, entre otros), que en buena medida dependen del funcionamiento efectivo y eficiente de los servicios públicos y dependencias públicas, tanto a nivel de administración central como descentralizada.

5. Considera usted, que puede ser desaplicada o declarada inconvencional por la Sala Constitucional un precepto constitucional. ?

Estimo que sí es posible en aplicación de lo dispuesto en el artículo 29 inciso a) de la Convención Americana de Derechos Humanos, dado que *-en principio-* no es posible suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en en mayor medida que la prevista en ella. A contrario sensu, si la norma constitucional es más favorable a la contenida en la Convención, se aplicará la que mejor ampare al ser humano y a la libertad. Tómese en consideración que *-sin entrar a valorar la sentencia en otros aspectos-* la Sala Constitucional ya lo hizo en el caso de la reelección presidencial. Ahora bien, dependiendo del caso concreto también existiría la posibilidad de que se interprete una norma de la Constitución Política, a fin de salvar su "eventual" contradicción con otras disposiciones de la Convención Americana

6. Cual limite *debe o puede* tener el principio de interpretación conforme al Derecho de la Constitución, cuando la Sala Constitucional en aras de no declarar inconstitucional una norma, establece que la misma resulta constitucional siempre y cuando se interprete en un determinado sentido. Considera usted, que existe alguna implicación para la seguridad jurídica en aras del carácter de la vinculación *erga omnes* de los precedentes de la Sala Constitucional?

El "Self Restraint" o Auto Contención del Tribunal Constitucional. Ahora bien, no estimo que esa técnica resulte contraria al principio de seguridad jurídica, toda vez que la interpretación conforme al Derecho de la Constitución que haga la Sala especializada de la Corte, se incorporará como parte del texto de la norma interpretada; aspecto que necesariamente deberá consignarse en los diversos medios de reproducción de la misma, a efecto de que el administrado en general y el operador jurídico en particular, tenga claridad sobre cómo debe entenderse y aplicarse la norma en cuestión, sin perjuicio de la publicación íntegra de la sentencia que así lo disponga, en el Boletín Judicial de La Gacet

C. Cierre.

Se agradece por la participación de la persona entrevistada y se le deja en libertad de agregar algún dato y/o información que pueda complementar.