

Introducción

El control judicial de las Administraciones Públicas, tanto en el sistema continental europeo, o ya sea en el norteamericano, aplicado en los Estados Unidos de América y que utiliza rasgos distintivos del *Common Law* y del modelo continental, constantemente denota un debate que busca establecer un modelo apropiado de definición. De esta forma, es la más clara representación de la lucha por definir y concretar cuáles deben de ser las atribuciones específicas de un Poder Ejecutivo central, llamado teóricamente a poner en práctica una serie de mandatos populares, y del Judicial, el cual debe de asegurar que la aplicación de políticas específicas por parte de otros Poderes, se desarrolle en el marco jurídico establecido a tal efecto.

Dicho debate es producto de los distintos matices que pueden ser observados en la práctica, como lo son las luchas por el Ejecutivo por afianzar su posición de dominancia, basada en la legitimación popular, del Legislativo, velando por definir bases adecuadas para la implementación de determinadas políticas y del Judicial, asegurando que las mismas no se alejen de los valores, principios e intereses que informan el Estado específico de Derecho en el cual se pretenden aplicar; los norteamericanos incluirían dicha aseveración dentro del esquema del *Rule of Law*.

Por lo tanto, no basta con asegurar que todos los Poderes de un Estado de Derecho se complementan entre sí, y que por ello, las atribuciones de uno se determinan con las del otro; los pesos y contrapesos son un mero destello de la definición que se ha venido indicando es la base del debate existente. Así, no es tan sencillo como asegurar que cada función y atribución constitucional tiene un contrapeso idéntico en las demás de los otros Poderes; para ciertos casos y circunstancias específicas, podrá ser así, y esto será fácilmente constatable. Sin embargo, para la mayoría de los casos no lo será de esta forma.

De igual manera, dentro del marco de estas definiciones, es necesario tomar muy en cuenta el modelo constitucional, o, por decirlo de otra manera, la información que puede proveer el documento escrito consagrado como norma suprema. Evidentemente, elementos externos al sistema jurídico influyen su aplicación, así como el modo de operar de los demás poderes. El ejemplo más evidente de estos aspectos es la existente guerra contra el terrorismo, la cual puede asimilarse, pero su precisión resulta sumamente dificultosa; precisamente, el concepto de terrorismo no se ha podido llevar satisfactoriamente a definir.

Consecuentemente, cuando un fenómeno o elemento externo al sistema jurídico se presenta, cómo debe de influenciar éste el fenómeno de información constitucional que está presente es una pregunta esencial. Indudablemente, deberá de partirse del modelo interpretativo de mayor aplicación. Por una parte, podrá ser de modo originalista¹, pretendiendo aplicar el texto constitucional con base a cómo los constituyentes lo pretendieron, o, por otra parte, buscar un marcado estilo evolutivo. O, en

¹ Los aspectos propios del método o forma de ver la Constitución de un modo originalista no es un tema pacífico en la doctrina norteamericana; el magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Antonin Scalia, es uno de sus principales promotores, seguido, entre otros, por el magistrado Clarence Thomas.

El Profesor Stanely Fish, de *Florida International University*, ha comentado de forma clara las ventajas y desventajas de dicha forma de analizar e interpretar la Constitución. En efecto, en su *blog* en el periódico *New York Times* (<http://fish.blogs.nytimes.com>), el Profesor Fish ha desarrollado los conceptos más referentes del originalismo. Por un lado, en lo que se ha referido a lo que Scalia ha acertado, Fish considera que, primordialmente, es sobre el hecho de que la Constitución no es un ser viviente; tiene una serie de contenidos y valores cuyo sentido deben de ser determinados. Por lo tanto, Fish, concurriendo con Scalia, concluye que la Constitución no evoluciona en su contenido, ni se adapta a los cambios que va experimentando un grupo social específico conforme avanza el tiempo.

Sin embargo, Fish, posteriormente, procede a criticar y a señalar las debilidades de las teorizaciones de Scalia. En primer término alega, algo que incluso Scalia parece comprender, según afirma, que el originalismo no es un método de interpretación, sino que la respuesta a una pregunta. La pregunta hace referencia sobre qué aspectos deben de asumirse a la hora de interpretar, y Fish, inteligentemente afirma que es, precisamente, el hecho de que hay que interpretar algo; y ese algo, es el significado del documento en cuestión. Y, por ello, no puede considerarse que una teoría de interpretación constitucional imponga un resultado concreto, pues lo importante, afirma Fish, es interpretar, y no reinventar el texto de la Constitución. Pero, en donde Fish precisa que se separa de las teorizaciones de Scalia es en su textualismo; considera que su textualismo no es la forma más adecuada de proceder a interpretar la Constitución por medio del originalismo; aspectos relacionados con la intención detrás del texto no pueden desligarse de su interpretación.

todo caso, podría partirse de que la Constitución tiene una serie de Principios y valores los cuales, sin importar las circunstancias no pueden ser alteradas, y por el otro lado, considerar que dichos valores pueden ser sacrificados en distintas circunstancias.

Como consecuencia práctica directa de estos fenómenos se vienen a presentar cuestionamientos tan relevantes hoy en día como la existencia de modelos pseudo imperialistas presidenciales, un Poder Judicial pasivo o activista, y un Poder Legislativo cuyas formas de control parlamentario pueden o no ser sumisas. En otras palabras, no es cuestión de asegurar que se da la preeminencia del Parlamento, sino que debe de demostrarse cómo deben de funcionar las relaciones entre los Poderes constitucionales. Y, precisamente, es en el Derecho Administrativo, concretamente en el control judicial de las Administraciones Públicas, donde se puede evidenciar este fenómeno; es la expresión práctica de este debate jurídico.

Cada una de estas consideraciones lleva a analizar cuál debe de ser la definición adecuada del planteamiento constitucional. Pero, lo más importante, debe de ser la posibilidad de tomar en cuenta los distintos matices existentes en la aplicación práctica del Derecho Administrativo. De esta forma, no pueden ignorarse elementos tan evidentes, pero necesarios, como lo son el hecho de que debe de permitírsele al Poder Ejecutivo poder ejercer de manera adecuada y propicia sus atribuciones constitucionales, y que, al mismo tiempo, el Judicial debe de velar porque dichas atribuciones se ejerciten dentro del marco jurídico.

Sin embargo, no es válido, tanto para el Ejecutivo, como el Judicial, que el primero ignore los preceptos jurídicos que enmarcan su función, y que el segundo, proceda a dictaminar políticas específicas para las cuales no se encuentra legitimado. Claramente, este último fenómeno, el del activismo judicial, puede presentarse en países en vías de desarrollo, los cuales muchas veces tendrán a

su frente Poderes Ejecutivos, cuestionados o no lo suficientemente afianzados para hacer frente a las distintas situaciones jurídico políticas que se hagan presentes. Y, al mismo tiempo, si el Poder Judicial resulta ser uno con cierto grado de estabilidad y reconocimiento, pues, peligrosamente, asumirá legitimidad para tomar determinado tipo de decisiones; los más anuentes a esto serán los Tribunales Constitucionales, pero los de lo Contencioso Administrativo no son necesariamente ajenos a ello. Actualmente, en Costa Rica se presentan indicios claros de un Poder Judicial que cada vez se coloca en posiciones para poder determinar supuestos políticas o ajenos a su competencia constitucional; estos serán analizados en detalle a lo largo de este trabajo.

Este fenómeno, conocido como el activismo judicial es, sin duda alguna, uno que puede denotar peligrosas aristas, haciendo, incluso posible, que el Poder Judicial se venga a sobreponer al Ejecutivo; la situación opuesta es técnicamente posible, incluso, la más común en ciertos regímenes. Pero, ello no implica que el activismo judicial no sea posible. Claramente, esta dinámica permite, generalmente, que muchas decisiones judiciales, las cuales discrepan entre sí y son fruto de distintas filosofías jurídicas, sean catalogadas como activismo judicial.

El fenómeno del activismo judicial, en este sentido, ha sido constantemente debatido, estudiado y analizado en los Estados Unidos de América. Asimismo, en Europa ha recibido una importante atención, aunque tal vez no tan considerable como la de los Estados Unidos de América. De igual forma, países en vías de desarrollo, como Costa Rica, aunque se ha generado interés en la misma, no se han realizado profundizaciones relevantes, aunque las dudas sí han podido hacerse públicas en distintos momentos; pero su categorización como activismo judicial no ha sido tan precisa. De esta forma, se tiene como consecuencia que el Poder Ejecutivo se vea completamente afectado y reducido en sus funciones y atribuciones. Como bien se citó anteriormente, el ejemplo de Costa Rica es de particular

importancia, en razón de que políticas específicas del Ejecutivo, que cuentan con el respaldo de la legitimación democrática, se ven limitadas, cuestionadas y anuladas por el Poder Judicial; las acciones judiciales se fundamentan, en muchas ocasiones, en discrepancias de orden político o social.

Paralelamente al activismo judicial, se presentan fortalecimientos más allá de lo normal, promovidos por el Poder llamado a controlar a las Administraciones Públicas. Específicamente, en las denominadas fronteras de la ciencia, el Poder Judicial viene a prácticamente negar un control judicial de las valoraciones científicas realizadas por un órgano de las Administraciones Públicas, precisamente, porque los aspectos a analizar son de tal complejidad, que deben darse por válidos. Por lo tanto, habrá un máximo grado de deferencia por parte del Judicial a favor del órgano administrativo, en razón de que éste último posee el mayor nivel de conocimiento y entendimiento sobre el tema.

Indiscutiblemente, el razonamiento que justifica esta aplicación y forma de control de las Administraciones Públicas se establece sobre la imposibilidad del Juez de cuestionar decisiones administrativas sobre aspectos que se alejan de su conocimiento. Las fronteras de la ciencia ha sido una aplicación del concepto de deferencia que se ha desarrollado en los Estados Unidos de América y que no ha encontrado una aplicación directa en Europa. A pesar de la existencia y reconocimiento de la deferencia como un medio definitorio en el control judicial de las Administraciones Públicas, aún no se ha llegado al punto de considerar a las fronteras de la ciencia como una circunstancia en donde el máximo grado de deferencia debe imperar.

Indudablemente, dos conceptos jurídicos íntimamente relacionados con las fronteras de la ciencia son, como se ha indicado, la deferencia, y por otra parte, la discrecionalidad técnica. Las fronteras de la ciencia reflejan plenamente la aplicación de estos dos conceptos. En primer término, la discrecionalidad técnica vendría a ser definida como el proceso, elaborado por el órgano administrativo

competente, mediante el cual se procede a determinar los elementos propios de un mandato legislativo, carentes de precisión, en razón de su compleja naturaleza científica; dicho término alude a conocimientos que no puedan desprenderse de la experiencia común², o que, para establecer los mismos, haya que llevar a cabo un proceso de captación y análisis de datos empíricos.

Como puede comprobarse, su proximidad con las fronteras de la ciencia es íntima, aunque no llega al grado de tecnicidad reconocido en los supuestos donde se presentan las fronteras de la ciencia. El control judicial de la discrecionalidad técnica también ha sido objeto de una intensa controversia y de un debate apasionado, por cuanto el ámbito del mismo aún no ha podido ser definido. Y, como puede comprobarse, dichos aspectos incluyen cada uno de elementos que se han venido analizando; son los dos ejemplos más representativos del problema que existe a la hora de definir el control judicial de las Administraciones Públicas.

Precisamente, como concepto central dentro de este debate se encuentra el concepto de deferencia. Éste representa el grado de respeto y de importancia que debe de otorgar el Poder Judicial a las valorizaciones técnicas administrativas; es un concepto de suma importancia en el control judicial de las Administraciones Públicas. La deferencia, reconocida en España por juristas tan renombrados como Luciano Parejo, Tomás-Ramón Fernández, Eduardo García de Enterría, y Miguel Sánchez Morón, y aplicada jurisprudencialmente en diversas ocasiones, no tiene el desarrollo doctrinario y jurídico que existe en los Estados Unidos de América. Sin embargo, constituye un elemento con clara relevancia en el momento de lograr definir el control judicial que debe de imperar y el ámbito del mismo.

² Véase en este sentido, García-Trevijano Fos, José Antonio. *Tratado de...*, p. 444-445.

A. *Importancia del tema*

La definición del control judicial de las Administraciones Públicas es, discutiblemente, el elemento más importante y relevante dentro del Derecho Administrativo contemporáneo. La esencia de dicha rama jurídica reside en entablar la sistematicidad de las relaciones ínter orgánicas y externas del Estado; en otras palabras, el funcionamiento interno de los órganos públicos y cómo funciona éste con respecto a los particulares. El control judicial vendrá a determinar si las precisiones elaboradas por el Derecho Administrativo se ajustan al esquema sistemático y lógico del Ordenamiento Jurídico vigente, y específicamente, en sus relaciones frente a los particulares. Sin duda alguna, dada la naturaleza del Estado y la amplitud y variedad de sus funciones, ésta resulta ser una rama del Derecho con considerable complejidad y tecnicismo.

Consecuentemente, la definición del control judicial de las Administraciones Públicas no debería de considerarse como unívoca y permanente. Al contrario, debería de analizarse como una serie de criterios valorativos que sirven de base para ajustar dicho control a las funciones propias que realizan las Administraciones Públicas en un determinado momento. Precisamente, de intentar encasillar un criterio de control a todas las funciones administrativas, las facultades y atribuciones del Poder Ejecutivo se verían limitadas al punto de que no podría llevarlas a cabo fehacientemente. De igual manera, un criterio, fundado en los valores democráticos definidos por la base constitucional, razonable y ajustado a cada una de las funciones administrativas, permitiría dos aspectos vitales en todo Estado de Derecho: un control judicial rígido y adecuado, y, un Poder Ejecutivo facultado para desarrollar su mandato democrático. Claramente, ahí radica la importancia del control judicial de las Administraciones Públicas.

Y, la adaptabilidad a la que se ha venido aludiendo hace referencia directamente a la definición del mismo. La definición del control judicial de las Administraciones Pública exige, puntualmente, que

se determinen los valores democráticos básicos en cualquier control de los poderes públicos y cuál será el grado de adaptabilidad permisible. En este sentido, será la deferencia uno de los instrumentos a los que se pudiera acudir para llevar a cabo tal precisión. De esta forma, será por conceptos como el citado, que se intentará impedir el activismo judicial y buscar un adecuado funcionamiento constitucional de los órganos constitucionales.

II. *Objetivos generales y específicos*

De esta forma, se tendrán como objetivos generales:

- Establecer cómo definir el balance jurídico-político que exige un Ordenamiento Jurídico concreto.
- Definir si el papel de la deferencia del Poder Judicial hacia el Ejecutivo juega un papel relevante en el Estado de Derecho.

Igualmente, cómo objetivos específicos, se busca:

- Determinar el control judicial de la discrecionalidad técnica.
- Reconocer a las fronteras de la ciencia como un supuesto especial dentro del control judicial de las Administraciones Públicas.
- Definir cómo controlar el activismo judicial.
- Reconocer un concepto de deferencia.

III. *Hipótesis*

Por lo tanto, la hipótesis de esta tesis doctoral es establecer que el control judicial de las Administraciones Públicas es la aplicación del balance jurídico-político que exige la Constitución Política de cada ordenamiento jurídico; ésta resulta ser la definición a la que se ha venido aludiendo. En otras palabras, el Juez deberá analizar cuál es el balance jurídico-político que existe en el Ordenamiento Jurídico, y que le impone el régimen constitucional vigente, para determinar si la actuación de las Administraciones Públicas se ajusta a Derecho, o no. De esta forma, se podrá garantizar un funcionamiento eficaz y adecuado del Estado de Derecho, evitando un desbalance desproporcionado entre los órganos constitucionales; sólo así, podrá cada órgano constitucional llevar a cabo, correctamente, la función que le ha atribuido la norma constitucional aplicable.

IV. *Metodología y estructura*

Para realizar dicha determinación, se procederá a utilizar un método de naturaleza inductiva, preparándose el análisis en dos partes concordantes; una introducirá los problemas técnicos existentes, como consecuencia de un fortalecimiento excesivo del Poder Ejecutivo para luego, en la segunda, unir los elementos comunes de un Poder Judicial con atribuciones indefinidas, para, de los mismos elaborar un criterio de balance jurídico-político. Por lo tanto, en primer lugar, se estudiará la naturaleza jurídica de los problemas que conlleva el control judicial de la discrecionalidad técnica y su relación con el concepto norteamericano de la deferencia; aspectos importantes dentro de dicha área de la discrecionalidad administrativa, como las oposiciones, los aspectos técnicos y el papel de la deferencia judicial, serán estudiados.

Consecuentemente, se procederá a estudiar el concepto de deferencia, y en qué consiste el mismo, así como el papel que ha tenido en los Estados Unidos de América, Costa Rica y en España. Asimismo, se indicarán cuáles son los diferentes tipos de deferencia reconocidos y cómo se pone en práctica su aplicación en el control judicial de las Administraciones Públicas. La deferencia es otro elemento que viene a enlazar, como elemento común, a la discrecionalidad técnica y a las fronteras de la ciencia. Posteriormente, se procederá a estudiar las fronteras de la ciencia, en qué consisten, su existencia en Estados Unidos de América y en Europa, y qué influencia podrían tener en el presente estudio.

Adicionalmente, en la segunda parte, se desarrollará el tema de la discrecionalidad, su relación con el control judicial y cómo influencia el problema del activismo judicial. Este es un aspecto de suma relevancia dentro del análisis que se realiza dentro de esta tesis doctoral, ya que se busca complementar un tema que ha sido analizado considerablemente, como lo es, la limitación del poder y la definición al ámbito de actuación del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, debe de brindársele la misma equivalencia en importancia al otro lado de la cuestión, el cual resulta ser el activismo judicial. Precisamente, se pretende demostrar que el activismo judicial es el elemento principal que une el control judicial de las Administraciones Públicas, la discrecionalidad técnica y las fronteras de la ciencia. Por ende, se hará un estudio comparado del papel que juega el activismo judicial en tres ámbitos tan distintos como lo son España, Estados Unidos de América y Costa Rica; la visión comparada demostrará el ámbito que tiene el problema del activismo judicial. Además, se entablarán los problemas de índole jurídico y político que podría traer consigo. De igual manera, se procederá a determinar los conceptos que definen al activismo judicial y cómo puede conceptualizarse el mismo.

Por último, una vez que se hayan definido y estudiado cada uno de estos aspectos, se procederá a sintetizar los mismos, en ánimo de determinar cuál es el balance jurídico-político en un Ordenamiento Jurídico y cómo puede determinarse el mismo. Consecuentemente, se tomará cada uno de los elementos comunes que informan las similitudes de la discrecionalidad técnica y las fronteras de la ciencia, para proceder a su sintetización; ésta permitirá extraer cuál es el balance jurídico-político en un Ordenamiento Jurídico, y cómo llevar a cabo el control judicial de las Administraciones Públicas. Para dicha determinación, se tomará como base el Principio de Legalidad y su papel informativo y definitorio en cualquier ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, se establecerá cómo el Juez, analizando cada una de esos extractos comunes vendrá a elaborar los elementos necesarios para aplicarlos al caso concreto y así, determinar su conclusión adecuada; se proveerá el método de análisis para un juicio contencioso administrativo. Para concluir, se procederá a establecer el papel que jugará la deferencia en la aplicación del método jurídico de control. Finalmente, es necesario destacar que la elaboración del presente análisis incluirá doctrina jurídica española, europea, norteamericana y costarricense, así como resoluciones judiciales de cada uno de dichos Ordenamientos Jurídicos.