

Revista de Derecho de la

Hacienda Pública



ISSN: 2215-3624

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA



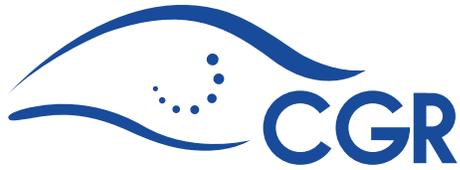
Estudios —

Crónicas —

Consultas Relevantes —

Jurisprudencia relevante —

Vol IV, 2015



Consejo Editorial

Revista de Derecho de la Hacienda Pública
Contraloría General de la República

Consejo Editorial:

Sylvia Solís Mora
Luis Diego Ramírez González
Roberto Rodríguez Araica
Marcela Aragón Sandoval

Director de la Revista:

Roberto Rodríguez Araica

Editor:

Roberto Rodríguez Araica

Revisión Filológica

Olga Patricia Arce Cascante

Correspondencia

Contraloría General de la República
San José, Costa Rica.

Teléfono:

25018585

Fax:

22965713

Correo electrónico:

revista.juridica@cgr.go.cr

Sitio Web:

<http://revista.cgr.go.cr/>

Revista de Derecho de la Hacienda Pública /
Contraloría General de la República.

–Vol. 4. (2015)–. San José Costa Rica

Semestral
ISSN-2215-3624

Índice

Editorial..... v

Estudios de Colaboradores Nacionales

Las Asesorías Legales, la defensa de los intereses públicos y la eficiencia en la
vigilancia de la Hacienda Pública 3

Zona marítimo - terrestre: coyuntura jurídica actual 15

La consulta de constitucionalidad un medio para la protección de las
competencias constitucionales de la Contraloría General de la República
en materia de Hacienda Pública 31

Estudios de Colaboradores Externos

Capítulo X: Especial Responsabilidad del Ejemplo Público, del libro
“Ejemplaridad Pública” del Doctor Javier Gomá Lanzón 49

Crónicas

Crónica sobre sentencia de acción de inconstitucionalidad 12-009578-0007-CO..... 63

Crónica de la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil
de Hacienda N° 013-2016-VI-2015..... 66

Consultas relevantes

Aplicación del artículo 20 del Código Municipal respecto al pago a los alcaldes
municipales del 50% adicional del monto de la pensión o jubilación por concepto
de gastos de representación 71

Funcionamiento hacendario de una empresa municipal creada al amparo de la
autorización legislativa dispuesta en el artículo 13 inciso q) del Código Municipal..... 71

Mecanismo de aumento salarial del alcalde, una vez que aquel se ha fijado
Pertinencia de que un órgano con desconcentración máxima del Ministerio
de Obras Públicas y Transportes, envíe su presupuesto directamente a la CGR
para su aprobación 72

Índice

Posibilidad de que la Junta de Protección Social utilice superávit libre propio de su actividad	73
Consulta sobre varios aspectos de las normas emitidas por la Contraloría General de la República en materia de Control Interno	73
Interpretación y aplicación del monto alzado como modalidad de cotización en concursos para la contratación de obra pública.....	73
Consulta formulada para conocer si Correos de Costa Rica, S. A. debe someter o no, al refrendo contralor todas las alianzas, suscritas con entes públicos y privados, para aportar conjuntamente bienes y servicios de cada una de las empresas, con el objetivo de unir esfuerzos y recursos para producir nuevos proyectos, productos o acciones.....	74
Criterio en relación a la consulta formulada sobre el marco normativo que resulta aplicable para prorrogar el alquiler de algunos locales comerciales que posee la Municipalidad de Desamparados en su edificio municipal	75
Criterio en relación a los alcances del artículo 201 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en contratos de entrega según demanda, y las interpretaciones posibles para ese artículo	75
Jurisprudencia relevante	
Reseña sobre acciones de inconstitucionalidad contra la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República en relación con alcaldes municipales	
I. Acción de inconstitucionalidad número 13-001265-0007-CO	79
II. Acción de inconstitucionalidad número 13-003585-0007-CO	80

Editorial

Estimados/as lectores/as, aprovechamos la oportunidad para agradecerles la consulta de la Revista de Derecho de la Hacienda Pública, como un instrumento de actualidad jurídica, y a su vez, nos complace presentarles el IV Volumen. A la fecha se han acumulado experiencias de trabajo editorial que nos permiten cumplir con las ediciones propuestas, sin olvidar elevar al máximo en cada edición, los estándares de calidad de los artículos publicados.

Nuestra misión como institución de fiscalización superior en materia de Hacienda Pública, es lograr a través de una revista electrónica de fácil acceso y lectura, que los profesionales en derecho, auditores y público en general, tanto a nivel nacional como internacional, tengan una herramienta de calidad en investigaciones y estudios vinculados con la sana administración de los fondos públicos. Nuestro interés es generar espacios de reflexión en cuanto a las distintas orientaciones en temas de actualidad sobre el régimen de Hacienda Pública y Derecho Público, estar actualizados en la experiencia adquirida a nivel jurisdiccional, conocer de los pronunciamientos emanados por el órgano contralor que pueden mostrar la subsistencia o modificación de alguna posición jurídica relevante, y finalmente, la novedad de orden judicial de procesos en los cuales la Contraloría General haya participado o conocido que se estimen de análisis relevante por su contenido jurídico.

En relación con estudios de investigación, les presentamos tres artículos elaborados por colaboradores nacionales. El primer artículo se denominada, "Las Asesorías Legales, la defensa de los intereses públicos y la eficiencia en la vigilancia de la Hacienda Pública" trabajado por los Licenciados. Alexander Corella Chavarría y Jesús González Hidalgo, el cual busca ponernos en perspectiva la función de las asesorías jurídicas institucionales, la relevancia de su existencia y correcto funcionamiento. Seguidamente, se elaboró un artículo titulado, "Zona marítimo - terrestre: coyuntura jurídica actual", por parte del Lic. Raúl

Alberto Castro Borbón, en el que se estudian los principales cambios que recientemente han operado en el régimen de zona marítimo terrestre (ZMT) y el principio de intangibilidad de la ZMT. El tercer ensayo, se denomina “La consulta de constitucionalidad un medio para la protección de las competencias constitucionales de la Contraloría General de la República en materia de Hacienda Pública”, realizado por la Licda. Vivian Bettel Castillo Calvo, dedicado al tema de la consulta de constitucionalidad y su utilización como un medio para la protección de las competencias constitucionales de la Contraloría General de la República en materia de Hacienda Pública.

Finalmente, como parte de los trabajos de investigación, se incorpora un texto del Doctor Javier Gomá Lanzón, ensayista y filósofo español quien ha autorizado su publicación, el cual forma parte del libro titulado “Ejemplaridad Pública”. Se trata concretamente del Capítulo X, Especial Responsabilidad del Ejemplo Político, que desarrolla primordialmente el impacto moral de las conductas provenientes de quienes ejercen como administradores de lo público, ya sea en virtud de un cargo electivo o por medio de una relación estatutaria con carácter permanente, así como quienes desempeñan una particular posición dada por la sucesión hereditaria.

Los invitamos a profundizar en el estudio de este nuevo ejemplar y sus distintas secciones, deseamos que el mismo alcance sus expectativas y los aliente a escribir para nuestra revista, con el fin enriquecer y fortalecer los conocimientos en las diferentes temáticas que involucra la materia de Hacienda Pública.



Luis Diego Ramirez Gonzalez

Gerente División Jurídica



**Estudios de
Colaboradores
Nacionales**

Las Asesorías Legales, la defensa de los intereses públicos y la eficiencia en la vigilancia de la Hacienda Pública

Sumario

I. Introducción. II. Los profesionales en Derecho. III. La función de las asesorías jurídicas institucionales, la defensa de los intereses públicos y la eficiencia en el uso de los recursos limitados. IV. La eficiencia en el manejo de los recursos públicos. V. El deber de probidad en la Función Pública. VI. El Colegio Profesional. VII. Conclusiones.

Lic. Alexander Corella
Chavarría¹

Lic. Jesús González Hidalgo¹

¹ Licenciados en Derecho por la Universidad Latina de Costa Rica y la Universidad de Costa Rica respectivamente. Fiscalizadores en la División Jurídica de la Contraloría General de la República.

I. Introducción

En este artículo se tratará la función de las asesorías legales institucionales y el rol que deben desarrollar en la protección de los fondos públicos. Los profesionales en Derecho representan un brazo importante, un filtro y apoyo fundamental dentro de la Administración Pública para efectos de garantizar la satisfacción de dos pilares: la legalidad y la eficiencia en el cumplimiento de los fines dispuestos en el ordenamiento.

De cierta manera *-mal entendido-* el rol de las asesorías jurídicas, se podría ver reducido a una función de escritorio, alejada de la realidad del habitante como su principal cliente externo. Contrario a esto, los asesores jurídicos se deben constituir como actores relevantes en el engranaje de toda la Administración Pública; son un factor esencial para el progreso, fortalecimiento y mejora de la gestión administrativa no sólo para solucionar o reconducir los problemas y conflictos que surgen, y establecer eventuales sanciones, sino además ejerciendo una función asesora, previsoras o preventiva, de manera que el ejercicio de la abogacía en la función pública, permita satisfacer de una manera ética, legal y eficiente, las necesidades del colectivo.

En las asesorías jurídicas observamos una doble función que oscila entre ser un control de legalidad pero también un filtro calificado sobre las decisiones administrativas, lo que requiere de una posición de compromiso y proactividad, por parte de quienes toman las decisiones en el plano jurídico, de manera que se faciliten y dinamicen las decisiones de la Administración y a la vez se propicie un uso adecuado y eficiente de los recursos públicos que fueron dispuestos para el logro de los objetivos. Cumpliendo con la legalidad sin sacrificar la eficiencia administrativa.

II. La profesión de la Abogacía

En términos generales, la abogacía se puede definir como un servicio prestado por un profesional o grupo de profesionales en derecho a un tercero que puede ser un sujeto privado o público. El objetivo radica en proporcionar asesoría y consejo con el fin de establecer soluciones viables desde un punto de vista técnico-jurídico respecto de cualquier conflicto que pueda surgir como resultado de la vida en sociedad y que deba ser solucionado a partir de las reglas del Derecho.

El propósito del abogado consistirá en encontrar una solución técnica y jurídicamente viable a problemas reales que se suscitan en el desarrollo de situaciones concretas (generalmente no previstas en la normal abstracción de las reglas), en las cuales, cada vez con mayor frecuencia, se torna necesario un análisis consciente y mesurado de frente a la colisión de normas de igual o distinto rango, y, por supuesto de los intereses en juego.

Es normal que el ejercicio del derecho, se desarrolle e incida dentro de la esfera privada de las personas, pero cuando el profesional ingresa al servicio de la función pública su labor se

produce en ejercicio de una función administrativa pasando a formar parte de una asesoría jurídica, desde el punto de vista orgánico.¹

En esta doble condición, los abogados se ven en la obligación de no solo actuar en observancia de lo que establece el Código de Ética del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica a título particular, sino también en apego a todo un extenso régimen de derecho funcional que como servidores públicos deben conocer y respetar.

Los abogados que ingresan a la función pública no sólo deben ser observantes del cumplimiento de todos los valores éticos, morales y profesionales que ostenta su profesión, sino que, en el ejercicio de la función pública, surge una doble connotación de deberes y alcances, toda vez que se debe cumplir tanto lo que se exige por el hecho de ser letrados en leyes –imposiciones gremiales y deontológicas originadas en el Colegio de Abogados, que les otorga la licencia para ejercer una profesión- como por ser funcionarios públicos –sea lo propio de la legislación administrativa-; con elementos que en principio son diferentes, pero que al unirse refuerzan el ámbito de acción de quienes pasan a formar parte de una asesoría legal en la gran diversidad de instituciones que conforman el sector público.

III. La función de las asesorías jurídicas institucionales, la defensa de los intereses públicos y la eficiencia en el uso de los recursos públicos

La función de los abogados institucionales, al igual que la de todo funcionario estatal, se encuentra permeada por todo un manto de interés público. En su particular caso, se trasciende de la mera legalidad –tradicionalmente conocida- para convertirse en un intérprete calificado, del ordenamiento jurídico como un todo.

Como funcionarios públicos, los abogados institucionales o asesores legales, actúan conforme a los artículos 11, 191 y 194 (entre otros) de la Constitución Política, en los cuales se establece un deber de conducirse ajustado al ordenamiento jurídico prestando el sagrado juramento de observar y defender la Constitución y las leyes en el ejercicio de sus deberes.²

De tal forma, las asesorías legales, y, por consiguiente los profesionales en Derecho que ingresan a la función pública, no pueden ser considerados como simples intermediarios de las decisiones administrativas.

Es decir, la confianza que les fue depositada, les obliga a asumir un papel preponderante en el logro de los objetivos institucionales, a efectos de cumplir de la mejor manera con las responsabilidades que atañen al cargo.

¹ Las Asesorías Jurídicas, también conocidas como asesorías legales, área legal, división jurídica, departamento jurídico, se encuentran conformadas ya sea de manera unipersonal o por varios profesionales en derecho más otros funcionarios auxiliares, con condiciones de idoneidad demostrada para el ejercicio de estos cargos.

² ARTÍCULO 194.- El Juramento que deben prestar los funcionarios públicos, según lo dispuesto en el artículo 11 de esta Constitución, es el siguiente; “¿Juráis a Dios y prometéis a la Patria, observar y defender la Constitución y las leyes de la República, y cumplir fielmente los deberes de vuestro destino? - Sí, juro.- Si así lo hicierais, Dios os ayude, y si no, El y la Patria os lo demanden.”

Todo lo cual carecería de sentido, si los letrados en derecho no asumen un rol como asesores activos en el efectivo direccionamiento de las decisiones públicas conforme a los parámetros de legalidad establecidos en el ordenamiento jurídico, con el fin de lograr un uso óptimo de los recursos públicos, que per se son limitados.

Todo lo anterior tiende a la satisfacción del interés público, razón por la cual, a los abogados institucionales se le impone el deber de cumplir con sus funciones con toda la capacidad, diligencia y dedicación, siendo por consiguiente, contrarias al derecho, todas aquellas conductas que por acción u omisión impidan cumplir con los objetivos establecidos para la Administración, cuya realización se verá reflejada en la satisfacción de la colectividad.

El tratadista Roberto Dromi nos sugiere: "Si bien el ejercicio de los atributos de la autoridad, es decir las competencias públicas, es un deber de los funcionarios, estas son también en simultáneo derechos fundamentales de la sociedad en su conjunto."³

Es así como, con ocasión de un nombramiento en la función pública, el servidor o funcionario se obliga a cumplir diligentemente con los cometidos del cargo que ostenta, para la satisfacción del interés público y el cumplimiento de los fines asignados a la institución, de donde se impone la obligación de ejecutar sus labores con toda la capacidad, dedicación y diligencia del caso; motivo por el cual, resulta irregular -y por ende, contrario a derecho- todo acto, hecho u omisión que por su dolo o culpa grave, ocasione trabas, obstáculos injustificados o arbitrarios a los administrados y a los objetivos de la Administración.

El bienestar común y la justicia social son el norte que debe guiar a quienes asumen la delicada tarea que implica la dirección legal de las instituciones públicas, quienes encontrarán en el bloque de juridicidad, los instrumentos, medios y herramientas necesarias para efectos de adecuar las conductas administrativas (en todas sus manifestaciones) a los límites de razonabilidad y proporcionalidad, y a otros elementos tanto jurídicos como técnicos que de igual manera informan el orden jurídico.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico no se podrá entender ajeno a los demás principios del conocimiento humano, como son la ciencia, la técnica y los principios elementales de la justicia, la lógica o la conveniencia.

De tal suerte, para efectos de avanzar como sociedad, será trascendental, superar las limitaciones que conducen a una interpretación literal, sesgada o parcial, tanto de las normas como de cualquier otra fuente del Derecho.

Ciertamente, en el ejercicio de las potestades públicas, se involucra el ejercicio de un poder instrumental, poder que es limitado, y que se delega en el Estado (en su acepción más amplia) como una manifestación de los más altos deseos y valores perseguidos por el pueblo soberano.

En ese sentido, Ángel Latorre nos sugeriría: *"El Derecho aparece ahora, no con su faz imperativa y sancionadora, sino bajo un aspecto instrumental, al servicio de los ciudadanos,*

³ DROMI (Roberto) Derecho Administrativo. Buenos Aires/ Madrid/ México. Ciudad Argentina. 12 edición. 2009. Pag 35.

como un conjunto de disposiciones que sirven de cauce, ayuda y límite al logro de nuestros deseos, a nuestra libre actividad, al desarrollo de nuestra personalidad”⁴

El funcionario público, y más aún el profesional en Derecho, tanto a título personal como cuando es parte de una asesoría legal, más que un servidor, *-que efectivamente lo es-* constituye un garante calificado de la juridicidad, para toda la sociedad costarricense. Así las cosas, de la asesoría que prestan las unidades jurídicas, dependerá en un alto grado, el progreso de la sociedad en condiciones de eficiencia y equidad.

Ahora bien, en lo que respecta al Derecho Administrativo, la juridicidad no se agota con la primera lectura de las normas escritas, por el contrario, el ordenamiento jurídico administrativo nos permite acceder a diferentes fuentes, pasando *-de una manera transversal-* por el Derecho de la Constitución, los convenios y tratados internacionales, la ley, los decretos y otros actos normativos que son parte del plexo normativo, al cual se incorporan una serie de fuentes no escritas como son la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho, los cuales sirven como parámetro para la interpretación, integración y delimitación del ordenamiento escrito, adoptando *-de ser el caso-* el rango de la norma que se interpreta, integra o delimita.

Más allá de las consideraciones ideológicas, el interés público se nutre de acciones propositivas y estas últimas se concretan en el desarrollo dinámico y eficiente de políticas públicas que se verán reflejadas en el bienestar de los habitantes, de lo contrario no tendrían razón de existir.

De ahí que la función de los abogados institucionales consistirá en el desarrollo proactivo de una función interpretativa que permita desarrollar los canales de acción, es decir todos aquellos instrumentos *-que contempla el ordenamiento-* y que garanticen de una mejor manera, de forma transparente y al menor costo, la realización de las propuestas de quienes son electos como gobernantes.

De singular importancia, podemos observar el numeral 10 del Código Civil en el cual se establece que: *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.”* Por su parte el artículo 10 la Ley General de la Administración Pública, nos amplía ese marco de análisis propio del derecho administrativo cuando señala: *“La norma administrativa deberá ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige, dentro del respeto debido a los derechos e intereses del particular.”*

De tal suerte, más que la llana capacidad de ser un lector titulado (condición que puede ser general a cualquier persona), hoy en día, el operador jurídico, se erige como un analista, o intérprete calificado *-no simplemente de una u otra norma-* sino del Derecho, aplicable en conjunto con lo técnico.⁵ Hoy más que nunca, el desarrollo de los pueblos exige, la integración constante de los conocimientos y, por consiguiente, los administradores, economistas,

⁴ LATORRE (Ángel) Introducción al Derecho. Barcelona, Editorial Ariel, nueva edición puesta al día, 1989, p 17.

⁵ Desde la promulgación de la Ley General de la Administración Pública, podemos entender que las decisiones en el plano jurídico no pueden estar divorciadas de otras reglas no jurídicas, condición que podemos desprender de los numerales 16, 158 inciso 4), 160, 216.

científicos, educadores, políticos, abogados, y, en general, todas las fuerzas profesionales activas, deben interactuar, en el marco de una sociedad igualitaria, pluralista, democrática y sobre la base de una efectiva rendición de cuentas.

Ahora bien, la legalidad mal entendida, mal aplicada, y/o manipulada nos puede conducir a una camisa de fuerza difícil de superar, como sociedad, y a la aplicación torcida del Derecho en el peor de los casos.

De tal suerte, a lo interno de la Administración, las asesorías legales deben estar conformadas por profesionales con características de suma importancia en el ejercicio de la función pública, tales como probidad, responsabilidad, preparación, cooperación, pero ciertamente los letrados en derecho deben ser firmes en cuanto a la rigurosidad de sus análisis, y en especial, los fundamentos o los motivos que utilizarán, al momento de asesorar a la Administración en el proceso que conduce a la toma de decisiones.

Los abogados institucionales deben ser conocedores del ordenamiento jurídico, la doctrina y jurisprudencia que lo conforman y lo integran, el actuar de esas asesorías debe tener como objetivo la consecución del fin público perseguido.

Sin pretender hacer una lista completa, podemos decir que la legalidad, la participación democrática, la buena fe, la transparencia, los principios del servicio público, la rendición de cuentas, la igualdad, la eficiencia, la proporcionalidad y razonabilidad y principalmente el respeto por la dignidad de la persona humana, *-entre muchos otros que si bien no mencionamos, se encuentran implícitos en estos-* son principios que modulan el accionar de la administración, de los funcionarios, y en especial, de las asesorías jurídicas, que serán las primeras llamadas a tener claridad sobre los alcances de los valores que informan la acción pública, siempre en procura de la obtención del fin público, y protección de los intereses del colectivo.

Como ya lo mencionamos, el ordenamiento jurídico –contiene- y por consiguiente, permite desplegar una serie de herramientas, tendientes al logro de los objetivos institucionales y al cumplimiento de los fines públicos, sin que por ello se entienda transgredida la legalidad.

Las normas no son apartamentos aislados del resto de la realidad humana, las mismas se deben apreciar y valorar en conjunto con todo el ordenamiento (tanto en los planos estrictamente jurídico como técnico) de manera tal que se facilite y permita la realización de los fines públicos en aras de lograr el bien común, en otras palabras, la satisfacción de todos como sociedad organizada, por medio de un uso económico pero efectivo de los recursos que integran la Hacienda Pública.

Ahora bien, este no es un llamado a confundir la eficiencia en el desarrollo de la función pública, con la permisividad absoluta de conductas ajenas al orden público, en cuyo caso el Derecho establece las formas por las cuales se podrá advertir a los superiores, u otras instancias de control (administrativo y/o jurisdiccional), sobre las consecuencias de la implementación de un acto, una acción o una omisión que de una u otra manera pueda incorporar una desviación, abuso o exceso de poder o incluso un delito en contra de los

deberes de la función pública, con la clara afectación a los intereses públicos (artículos 107 a 110 de la LGAP, 281 del Código Procesal Penal).

De tal suerte, las asesorías legales, mantienen una importante tarea en el desarrollo y progreso de las instituciones públicas, incidiendo directamente en la protección de los fondos públicos, asignados con el fin de lograr el cumplimiento de los objetivos.

IV. La eficiencia en el manejo de los recursos públicos

La eficiencia en el uso y manejo de los recursos públicos mantiene un lugar preponderante en el orden jurídico, sólo por citar algunas normas, podemos observar los artículos: 11, 139, 140, 157, 188, 191 de la Constitución Política; 4, 10, 15, 16 y 269 de la Ley General de la Administración Pública; 2, 3, 5 inciso b), 10, 17, 28 incisos b) y c), 61 inciso c), 98 inciso a) de la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos; 16 al 18 de la Ley de Planificación Nacional; 3 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública; 8 de la Ley General de Control Interno; 11 y 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; 2 bis inciso a), 4 y 42 inciso a) de la Ley de Contratación Administrativa. En ese sentido, los controles sobre la eficiencia y el uso óptimo de los recursos públicos, son una parte integral de un concepto aún más amplio de vigilancia sobre la Hacienda Pública, y constituyen una parte, integral del control de legalidad. Sobre el particular Alejandro Pérez Hualde señala:

“Esto ha llevado a Gordillo a sostener que “la ineficiencia es ilegal y genera responsabilidad” / “Se ha sostenido que la eficiencia implica prestar el servicio con “los mínimos costos económicos y sociales” o “al menor costo posible”. Es más, dentro de esta concepción exclusivamente económica de la eficiencia forma fila toda posición moderna fuertemente crítica de la empresa pública, es en esta eficiencia económicamente considerada (...) el servicio es prestado con eficiencia cuando mediante el empleo de los medios técnicos, jurídicos, sociales, políticos y económicos disponibles se obtiene la máxima calidad de servicio que ellos razonablemente posibilitan”⁶

Así las cosas la eficiencia, la legalidad aunadas al ejercicio adecuado de la técnica no son temas que se deban entender contrapuestos. Por el contrario, se complementan con el fin de obtener los resultados esperados, en un tiempo que no exceda de lo estrictamente razonable.

Hoy día, más que durante cualquier periodo de la historia humana, las personas son conscientes de sus derechos y deberes, lo que les lleva a exigir -de manera progresiva- mayores estándares de calidad del aparato público.

La Sala Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho fundamental a un buen gobierno, y el deber de eficiencia de la Administración como parte de ese postulado constitucional señalando en lo que interesa:

⁶ PEREZ HUALDE (Alejandro) Servicios Públicos y organismos de Control. Argentina, Lexis Nexis Argentina, 2006, pp 52 - 53.

“(...) la organización y función administrativas, las administraciones públicas deben prestar servicios públicos de buena calidad con altos estándares para la debida satisfacción de las necesidades de los administrados que son sus destinatarios y ejercer cumplida y normalmente sus competencias. La eficiencia y la eficacia son, entonces, obligaciones o imperativos constitucionales que necesariamente obligan a los entes públicos a actuar responsablemente en el ejercicio de la función administrativa en sus diversas manifestaciones (actuaciones materiales o técnicas y actividad formal). Como correlato de tales deberes constitucionales de las administraciones públicas, los administrados son titulares del derecho fundamental innominado al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, con elevados estándares de calidad, (...)”. (Sala Constitucional, resolución 5207-2004 de las 14:55 horas del 18 de mayo de 2004.)⁷

Así las cosas, las asesorías legales, como parte integrante de la Administración Pública están llamadas a ejercer un papel, directo e inmediato, en otras palabras protagónico en el engranaje administrativo que vela por el uso transparente, legal y eficiente de los fondos públicos. Caso contrario, la función pública se podría ver divorciada de las consideraciones de legalidad que están llamados a ejercer los profesionales en derecho que fungen como asesores en cada uno de los niveles administrativos, lo que de una u otra manera incidirá en el logro eficiente de las metas propuestas y del bien común.

V. El deber de probidad en la Función Pública

El deber de probidad ha presentado varias connotaciones. A lo largo del tiempo se le ha denominado de muy diversas maneras: honestidad, integridad, decencia, decoro, ética, rectitud, moralidad.

Sin pretender entrar en las diferencias conceptuales existentes entre esos términos, lo cierto es que “la probidad” es la incorporación formal de los principios y valores de la sociedad costarricense en el ordenamiento jurídico, es decir: llevar al plano de lo normativo, valores elementales y comunes a la sociedad costarricense, enfocados al recto cumplimiento del bien común, determinando una sanción material ante su incumplimiento.

La probidad se encuentra contemplada como un deber general en el ordenamiento costarricense (tanto en el plano del Derecho interno como el contemplado en instrumentos internacionales que refieren a la lucha contra la corrupción). Pocas normas son tan claras, pero a la vez tan amplias como la dispuesta en el numeral 3 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública que señala:

“El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la

⁷ En igual sentido se pueden revisar las resoluciones 2003-011382 de las 15:11 horas del 7 de octubre de 2003 y 2005-05600 de las 16:34 horas del 10 de mayo de 2005.

República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente."

Basta revisar lo descrito en esta norma, para comprender que la probidad, nunca fue una condición ajena a otros deberes y principios que ya se encontraban incorporados plenamente en el orden jurídico costarricense (buena fe, eficiencia, planificación, legalidad, igualdad, imparcialidad, economía, transparencia, rendición de cuentas entre muchos otros). De tal suerte, el rigor de la norma, tiene como su mérito inmediato el hecho de unir o conjuntar estos valores en aras de que la aplicación de uno de ellos no excluya la incorporación de los otros.

Así las cosas, a partir del 2004 con la promulgación de esta ley, lo que anteriormente -parecía constituir- sólo un llamado estrictamente moral (no coercitivo y por tanto sin una consecuencia cierta ante su incumplimiento), pasó a ocupar un plano normativo en el marco de la juridicidad, en otras palabras, la probidad pasó a ser una responsabilidad más de los funcionarios y de la Administración, y con esto, se le imprimió el respaldo coercitivo del Estado frente a su incumplimiento.

La entrada en vigencia de dicha normativa, ha ido permitiendo sancionar algunas transgresiones a ese deber de honestidad, dejando atrás, ciertos parámetros rígidos de la tipicidad penal, -que podrían de alguna manera provocar grados de impunidad en el plano administrativo-, lo anterior para dar paso actualmente a un esquema amplio (pleno) de responsabilidad funcional, basado en una ética pública más tangible y objetiva, que permita tomar medidas de frente a una eventual falta de idoneidad moral de los funcionarios.

Todo esto, garantizando de una forma amplia, el respeto al derecho del debido proceso que ofrece todas las oportunidades de audiencia y defensa, previo a la imposición de posibles sanciones.

VI. El Colegio Profesional

Hablar del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica resulta de vital importancia para lo que hemos venido indicando; dicho ente se encuentra facultado para el desarrollo de las funciones administrativas de los colegiados y la corrección disciplinaria de los mismos, pero además, debe indicarse, que uno de los objetivos fundamentales que motiva su creación, es la protección, resguardo y desarrollo de la ética profesional de los agremiados.

Logrando con esto coadyuvar con su propio prestigio y el de todos aquellos que la ejercen, reprochando las conductas de todos los actores, públicos o privados que puedan atentar contra la honorabilidad en el ejercicio de la abogacía.

Los abogados que conforman las asesorías jurídicas de las instituciones públicas -en su doble condición de abogados y funcionarios públicos-, de igual forma se encuentran sujetos a este régimen ético moral y disciplinario.

En ese sentido, observamos al Colegio Profesional, como un actor primordial en el desarrollo de los afiliados, tomando en consideración que la sociedad entera se verá beneficiada con una formación no sólo académica, sino además ética de los profesionales en Derecho, y en este caso en particular de aquellos funcionarios públicos que como abogados activos, han pasado a integrar las asesorías legales de las distintas instituciones que conforman el sector público.

El Código de deberes jurídicos morales y éticos del profesional en Derecho⁸ señala en su numeral 2 -entre otras cosas- que: "El abogado y la abogada, como ciudadanos y como profesionales, deberán cumplir con los preceptos institucionales del Colegio Profesional, debiendo tener la satisfacción jurídica, ética y moral del servicio prestado"

Dicho ente, tutela una serie de conductas principios deberes y obligaciones de las cuales el abogado debe ser observante para con: la sociedad y el ordenamiento jurídico⁹, con el cliente (sea persona física o jurídica, pública o privada)¹⁰; deberes con funcionarios y autoridades¹¹ (públicas y privadas, judiciales y administrativas); con otros colegas¹²; con la contraparte, los testigos y peritos¹³; y, finalmente, con el Colegio Profesional que lo habilita para el ejercicio pleno del oficio.¹⁴

Por último, será la sociedad, quien en última instancia juzgará el cumplimiento de los objetivos, premiando o censurando el desarrollo de la función pública como un todo, para lo cual se pedirá la continuidad y mejora de los modelos exitosos o se exigirá las modificaciones de aquellos que perdieron el rumbo, y por consiguiente, su legitimidad democrática.

En definitiva, los asesores jurídicos deben ser observantes del cumplimiento de todos los principios éticos, y valores morales y profesionales que ostenta su profesión, además, deben cumplir tanto con lo que les exige su profesión de abogacía, como con aquellas disposiciones legales de carácter particular que caracterizan el principio de legalidad en el ejercicio de la función pública elementos que si bien son diferentes, refuerzan los imperativos por observar.

VII. Conclusiones

Como parte de este artículo debemos indicar que la eficiente gestión pública constituye en sus diversos niveles jerárquicos y técnicos, la herramienta por excelencia mediante la cual se

⁸ Normativa que fuera aprobada en la sesión de Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica N° 47-2004 del 11 de noviembre de 2004 y ratificada su aprobación en sesión N° 50-2004 del 25 de noviembre del 2004. Publicado en La Gaceta N° 242 del 10 de diciembre del 2004.

⁹ Ver artículos 21 al 30 del Código de deberes jurídicos, morales y éticos de los Profesionales en Derecho.

¹⁰ Ver artículos 31 al 52 del Código de deberes jurídicos, morales y éticos de los Profesionales en Derecho.

¹¹ Ver artículos 53 al 64 del Código de deberes jurídicos, morales y éticos de los Profesionales en Derecho.

¹² Ver artículos 65 al 68 del Código de deberes jurídicos, morales y éticos de los Profesionales en Derecho.

¹³ Ver artículos 69 al 71 del Código de deberes jurídicos, morales y éticos de los Profesionales en Derecho.

¹⁴ Ver artículos 72 al 73 del Código de deberes jurídicos, morales y éticos de los Profesionales en Derecho.

logra la obtención del fin público, con el consecuente beneficio para la sociedad de una sana administración de los recursos públicos.

Las asesorías legales, como pieza integrante de la Administración Pública están llamadas a ejercer un papel proactivo e inmediato, en otras palabras, protagónico y directo en el engranaje administrativo que vela por el uso legal y eficiente de los recursos públicos.

Caso contrario, la función pública se podría ver divorciada de las consideraciones de legalidad que están llamados a ejercer los profesionales en derecho que fungen como asesores en cada uno de los niveles administrativos, lo que de una u otra manera incidirá en el logro eficiente de las metas propuestas.

Las asesorías legales constituyen herramientas de vital importancia dentro de la función pública, sus criterios conforman insumos de tal valor, que sin ellos la administración pública vería disminuida la posibilidad de materializar el fin público que se pretende alcanzar.

Para lograr el buen funcionamiento de las asesorías legales, se deben articular una serie de esfuerzos en donde no solo actúe la administración pública, sino de igual forma intervengan otros actores de la sociedad con el objeto de lograr una mayor eficiencia en la función pública, y así se pueda dar un aseguramiento en la obtención de los fines que son perseguidos, en aras de lograr el bienestar general.

VIII. Referencias

- Constitución Política de la República de Costa Rica (1949)
- Código de deberes jurídicos, morales y éticos de los Profesionales en Derecho. Aprobada en la sesión de Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica N° 47-2004 del 11 de noviembre de 2004 y ratificada su aprobación en sesión N° 50-2004 del 25 de noviembre del 2004. Publicado en La Gaceta N° 242 del 10 de diciembre del 2004.
- DROMI (Roberto) Derecho Administrativo. Buenos Aires / Madrid / México. Ciudad Argentina. 12 edición. 2009.
- LATORRE (Ángel) Introducción al Derecho. Barcelona, Editorial Ariel, nueva edición puesta al día, 1989.
- Ley General de la Administración Pública. Ley 6227 del 2 de mayo de 1978.
- Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Ley 8422 del 6 de octubre de 2004.
- PEREZ HUALDE (Alejandro) Servicios Públicos y organismos de Control. Argentina, Lexis Nexis Argentina, 2006.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución 5207-2004 de las 14:55 horas del 18 de mayo de 2004.

Zona marítimo - terrestre: coyuntura jurídica actual

Sumario

I. Introducción. II. Concepto de zona marítimo terrestre. III. Cambios legales recientes operados al régimen de la zona marítimo terrestre. IV. Principio de intangibilidad de la zona marítimo terrestre. V. Conclusiones.

Lic. Raúl Alberto Castro
Borbón¹

¹Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Fiscalizador en la División Jurídica de la Contraloría General de la República.

I. Introducción

Desde la época colonial, la orilla o costa al mar (litoral) fue destinada al uso público, en principio por una milla de ancho tierra adentro, de ahí el concepto aún utilizado de “milla marítima”. Asimismo, desde la conformación de Costa Rica como Estado soberano, se dio el carácter demanial a esta zona, que actualmente se denomina zona marítimo terrestre (ZMT) y cuyo régimen jurídico está establecido en la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, número 6043 del 2 de marzo de 1977.

En los últimos años, grupos sociales organizados que se sienten perjudicados por la aplicación de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre¹ han planteado sus disconformidades al respecto, lo cual ha tenido eco en las autoridades políticas, quienes se han manifestado mediante la aprobación de tres leyes que inciden en el régimen jurídico de esta zona.

El objetivo del presente artículo es describir la coyuntura jurídica actual del régimen jurídico de la ZMT. Primero se presenta un breve repaso de su regulación, se mencionan algunas de las situaciones relacionadas con su administración, para contextualizar los cambios en la legislación que se han dado en los últimos años. Al final, se hace referencia al principio de intangibilidad de la ZMT, que ha sido enunciado desde la jurisprudencia constitucional como límite del legislador para la modificación del régimen de este bien demanial. Los datos que se presentan tienen un enfoque descriptivo. No se efectúan valoraciones acerca de la conveniencia o juridicidad de las soluciones propuestas.

II. Concepto de zona marítimo terrestre (ZMT)

Según la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, la ZMT corresponde a la franja de terreno ubicada en los 200 metros medidos horizontalmente a partir de la línea de la pleamar ordinaria² a lo largo de los litorales y comprende las islas, islotes y peñascos marítimos, así como toda tierra o formación natural que sobresalga del nivel del océano dentro del mar territorial de la República.

Se distinguen dos secciones en la ZMT: a) la zona pública, que corresponde a los primeros 50 metros de ancho a partir de la pleamar ordinaria y las áreas que quedan al descubierto durante la marea baja; y b) la zona restringida, constituida por la franja de los 150 metros restantes o por los demás terrenos en caso de islas.

Tanto la Sala Constitucional como la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia han señalado que la ZMT ha sido un bien de dominio público desde la época colonial y durante

¹ Sobre los antecedentes sociales a las propuestas de proyectos de Ley tendentes a la modificación del régimen de la ZMT, puede consultarse el Oficio ST-175-2012-TS del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa (expediente 18440), incluido en informe integrado (jurídico y socioambiental) al proyecto de Ley de Protección a los Ciudadanos Ocupantes de Zonas Clasificadas como Especiales, disponible en http://www.asamblea.go.cr/sil_access/ver_serv_tec.aspx?Tipo_Estudio=2&Numero_Estudio=18440&Consecutivo=T

² El artículo 2.ch del Reglamento a la Ley de la Zona Marítimo Terrestre, Decreto Ejecutivo 7841 del 16 de diciembre de 1977, indica que la línea de pleamar ordinaria es, para el litoral Pacífico, el contorno o curva de nivel que marca la altura de 115 centímetros sobre el nivel medio del mar y para el litoral Atlántico, el contorno que marca la altura de 20 centímetros sobre el nivel medio del mar.

toda la historia de la República. En la Sentencia 2009-003113 de las 14 horas y 59 minutos del 25 de febrero de 2009, la Sala Constitucional indicó:

Sobre la demanialidad de la zona marítimo terrestre a lo largo de la historia costarricense: A lo largo de la historia de la humanidad, se ha denotado la gran importancia económica, comercial y también de seguridad –para la defensa del territorio nacional– que tiene la costa para cualquier país u organización estatal. Así, en lo que respecta a nuestro país, desde la época colonial, el litoral ha permanecido destinado al uso público. En un principio, el área reservada era de una milla de ancho, por lo que se le conocía -y aún en nuestra época- como la “milla marítima”. La normativa de mayor relevancia en la regulación de la zona litoral costarricense inicia con la Ley número 162, de veintiocho de junio de mil ochocientos veintiocho, recién declarada la independencia de la Corona Española, y en la etapa de formación del Estado costarricense. En esta ley se estableció la reserva de una milla marítima en las costas de ambos mares, con lo que se recogió un precepto anterior, de la época colonial (Real Cédula, del quince de octubre de mil setecientos cincuenta y cuatro). Esta disposición se mantuvo a lo largo de toda la legislación emitida en el siglo XIX

En Sentencia 007-93 de las 15:05 horas del 20 de enero de 1993, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia hace un recuento de esta evolución histórica, de la siguiente manera:

No es del caso hacer un exhaustivo análisis de las diversas disposiciones normativas sobre la materia; sin embargo, es necesario señalar que desde la primera disposición jurídica emanada en la época republicana –Ley No.162 de 28 de junio de 1828– se estableció la reserva de una milla marítima en las costas de ambos mares, que según lo consignado en el Ley No. 128 de 19 de agosto de 1853, era así desde la época colonial por disposición de la Real Cédula de 15 de octubre de 1754. A todo lo largo del siglo XIX, las diversas leyes emanadas reafirman este concepto disponiendo la reserva de una milla marítima a lo largo de ambos litorales. Los Reglamentos Generales de la Hacienda Pública de 1839, 1858 y 1868, mantuvieron la reserva creada en 1828; pero, para los efectos, lo importante a tomar en cuenta es la clara determinación, en la legislación promulgada en el siglo pasado, de la llamada milla marítima como un bien de dominio público, con su consiguiente carácter de inalienabilidad e indenunciabilidad. Así, por ejemplo, el Código General de 1841 consideraba el flujo y reflujo del mar y sus riberas de dominio público; la precitada Ley No. 7 de 31 de agosto de 1868, reafirmó el carácter indenunciable de los terrenos de la milla marítima; en la Ley de Aguas No. 8 de 26 de mayo de 1884 -única disposición del siglo XIX en la cual se usó el término Zona Marítimo Terrestre- se calificó a dicha zona como de dominio público; y el Código Fiscal de 1885 estableció que no podían enajenarse los terrenos comprendidos en una zona de una milla de latitud a lo largo de las costas de ambos mares.

Es claro que desde las primeras normas que regulan esta zona, se le brindó siempre el calificativo de bien demanial (dominical, demanio o de dominio público), lo cual la hace

acreedora de todas las características de la demanialidad: su inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad y la sujeción al poder de policía en lo relativo a su uso y aprovechamiento.

Por otra parte, nuestro Tribunal Constitucional ha indicado que como bien demanial, la ZMT tiene una naturaleza jurídica distinta de la propiedad privada y está afectada a un destino público especial de servicio a la comunidad, por lo que no es objeto posible del comercio, ya que no puede pertenecer individualmente a los particulares y su administración y tutela están a cargo del Estado.

Esta afectación al dominio público tiene como consecuencia que la ZMT sea inalienable; es decir, no puede ser vendida ni de ninguna forma transferida o enajenada, ni por el Estado ni por los particulares. De igual forma, es inembargable, por lo que no es posible gravarla o embargarla. En vista de que es imprescriptible, la posesión que se ejerza en esta zona no genera el derecho de adquirir su titularidad. Todas estas características devienen, como se dijo, de su afectación al régimen demanial, diverso de la propiedad privada común.

No obstante la demanialidad de la ZMT, ha sido ocupada por personas que entienden que han derivado un derecho de dicha posesión, lo cual responde en gran medida a la administración deficitaria de estas áreas por parte del Estado.

Lo anterior ha sido señalado en diversos estudios, como el de Miranda, Acuña y González (2007) y Miranda (2013).

Asimismo, la Contraloría General de la República ha señalado esta problemática y la necesidad de corregirla en los siguientes informes:

- Informe sobre el proceso de formulación de los planes reguladores de la zona marítimo terrestre del litoral pacífico (DFOE-SM-IF-13-2009 del 30 de setiembre de 2009) (Contraloría General de la República 2009a).
- Informe sobre la verificación del cumplimiento de las disposiciones emitidas a la Municipalidad de Golfito en el informe DFOE-AM-32/2004, referentes a la vigilancia y protección de la zona marítimo terrestre del cantón (DFOE-SM-2-2009) (Contraloría General de la República 2009b).
- Informe sobre la construcción de obras en Playa Guacalillo y Agujas del Cantón de Garabito, al margen de la normativa legal vigente (DFOE-SM-9-2009) (Contraloría General de la República 2009c).
- Informe sobre la ocupación y uso de terrenos en Isla Grande de Golfito al margen de la normativa legal (DFOE-SM-IF-5-2010) (Contraloría General de la República 2010).

Interesa, además, reseñar lo señalado en el "Décimo Tercer Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, en Miranda (2007):

En la ZMT no existe la figura jurídica de la propiedad privada. Sin embargo, como producto de la débil aplicación de la legislación vigente y la deficiente gestión de las diversas municipalidades, se ha permitido la ocupación de la ZMT en contra de los procedimientos de ley y en detrimento de la institucionalidad costarricense. Consecuentemente, el “mercado” de la tierra es altamente dinámico; los concesionarios (inclusive los aspirantes a concesionarios), y los ocupantes en general, “venden” territorios sin documentos legítimos. Ello, crea falsas expectativas respecto a la propiedad y permite, no solo realizar inversiones, sino también transacciones comerciales sobre la tierra. En este sentido, se ejecutan ventas y otros actos jurídicos sin sustento legal alguno.
(...)

La Ley 6043 y diversos dictámenes de la Procuraduría General de la República, prohíben la propiedad privada en la ZMT. Hasta la década de los ochenta la mayor parte de la ZMT costarricense se mantuvo ocupada principalmente por población local; el turismo era mayoritariamente nacional. A partir de los años noventa, se intensifica el proceso de ocupación de la zona costera como consecuencia de la expansión de la industria del turismo en el país. Terrenos que se encontraban abandonados fueron ocupados por terceros, quienes iniciaron procesos de solicitud de concesión o permiso de uso de suelo en las distintas municipalidades.

Pero se respetan los títulos registrales establecidos por leyes anteriores (ver apartado anterior). Rápidamente, se inicia la compra y venta de inmuebles en la zona concesionable y se dinamiza el mercado inmobiliario (Román, 2007). Dinamismo que se evidencia con la proliferación de empresas nacionales y extranjeras dedicadas a bienes raíces en las zonas costeras y al establecimiento creciente de empresas especializadas en la tramitología de concesiones. De acuerdo a las estadísticas de la Cámara de Corredores de Bienes Inmuebles, 64 de sus asociados están establecidos en la ZMT. Sin embargo, el número de corredores es mucho mayor porque la gran mayoría no están asociados a la cámara (Pastor Gómez 2006, com. per.).

El resultado del crecimiento del mercado inmobiliario en la ZMT es la especulación en el precio de la tierra, por ejemplo, en playa Tamarindo el metro cuadrado tiene un precio de aproximadamente mil quinientos dólares de Estados Unidos (Pastor Gómez 2006, com. per.). Lamentablemente, el auge de la construcción no se refleja en los impuestos pagados (La Nación, martes 12 de junio, pág. 25A). (Miranda, 2007, páginas 3, 10 y 11).

La ocupación de la ZMT por parte de algunos particulares ha generado un conflicto social que ha provocado la movilización de personas que se sienten perjudicadas con la aplicación de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre. Respecto de los antecedentes de este proceso, resultan relevantes la acotaciones realizadas por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa en el Oficio ST-175-2012-TS, “Informe integrado (jurídico y socioambiental) al Proyecto de Ley de Protección a los Ciudadanos ocupantes de zonas clasificadas como especiales (expediente 18440)” del que se recomienda su lectura integral:

“... La situación no solo socioeconómica sino también de usufructo de la propiedad de los habitantes de éstas (sic) comunidades ha conllevado la creación de diversos grupos de presión en nuestro país, que buscan el reconocimiento de los derechos de las familias que han vivido en dichas comunidades por generaciones. En el mes de diciembre del 2008 en la comunidad de Ostional, Guanacaste, empezaron una jornada nacional para reivindicar la dignidad de cerca de 50 mil familias de unas 60 comunidades, que habitan las zonas costeras e islas de nuestro país. Para el grupo Frente de las Comunidades Costeras de Guanacaste, Limón y Puntarenas: “la implementación de algunas de estas legislaciones y políticas públicas, han dejado desprotegidas a las comunidades autóctonas de estos territorios y muchas veces, la implementación de dichas políticas públicas, lejos de favorecer la preservación ambiental, por el contrario están causando serios daños al ambiente. Muchas de nuestras zonas costeras, a pesar de que el mercado nacional e internacional ha disparado el valor económico de vivir allí, concentran niveles de pobreza alarmantes, y lo más difícil de aceptar, es que se encuentren comunidades sin el acceso a derechos básicos como lo son: legalidad para habitar estos territorios, acceso al agua potable, a la vivienda digna y al sistema de electricidad. En la cultura de estas comunidades, existe una vocación y arraigo del manejo sostenible de los recursos naturales. Está probado que la pesca artesanal, el turismo rural comunitario, la extracción con vigilancia científica y técnica de recursos marinos, como los huevos de tortuga lora en la comunidad de Ostional, de moluscos en el Golfo de Nicoya, entre algunos casos, juegan un papel importante en el equilibrio de vida entre naturaleza y las comunidades. Es más, se reconoce que las culturas costeras, son modelos de desarrollo local autogestionario, que merecen ser fortalecidos y apoyados por el estado costarricense.

El movimiento social ha conllevado el involucramiento de actores sociales, políticos y de 54 comunidades de Guanacaste y Puntarenas con organizaciones afiliadas al Foro Ecuémico para el Desarrollo Alternativo de Guanacaste (FEDEAGUA) que ha culminado con la consolidación del Frente Nacional de Comunidades Amenazadas por Políticas de Extinción. Esta situación vuelve a tomar auge con la demolición de los hoteles Suerre y Las Palmas, construidos dentro del refugio Gandoca Manzanillo en el cantón de Talamanca de la provincia de Limón. De acuerdo con el Poder Ejecutivo actual estos últimos acontecimientos generados por la situación irregular de esas ocupaciones ha determinado a organismos estatales a promover el desalojo, “desencadenando una problemática social grave al dejar a estas personas sin su techo habitual y en muchos casos sin acceso a la actividad productiva que les da el sustento diario” e impulsaron a las autoridades de gobierno de la Administración Chinchilla Miranda la presentación de “un proyecto de ley en el que se propone suspender el desalojo o demolición de obras, actividades y proyectos en la zona marítimo terrestre, zona fronteriza o patrimonio natural del Estado (Asamblea Legislativa, Oficio ST-175-2012-TS, pp. 49-50)...”.

Como puede observar, en los últimos años se ha presentado una movilización social que busca la modificación de las reglas vigentes sobre la ZMT, cuyo eco³ ha tenido como consecuencia que nuestras autoridades políticas hayan aprobado tres leyes tendentes al reconocimiento de la posesión privada ejercida en la ZMT, tal y como se analiza en el apartado siguiente.

III. Cambios legales recientes que han incidido en el régimen de la zona marítimo terrestre

Sobre las modificaciones al régimen de la zona marítimo terrestre, interesa destacar un extracto del artículo "Los remedios a la zona marítimo terrestre":

Durante el periodo del "boom" en bienes raíces se incrementó en forma exponencial el desarrollo costero y la actividad turística, lo que hizo aún más evidente que la leyes que regulan la Zona Marítimo Terrestre están totalmente desfasadas con la actualidad y con las necesidades de la sociedad moderna. Aunado a esto, esta zona ha sido seriamente afectada sistemáticamente desde hace muchos años por el desorden y malos manejos en las Municipalidades encargadas, así como por la falta de claridad en las políticas generales del Gobierno a la hora de emitir nuevas leyes, lo que genera una institucionalización del desorden y a la creación de mecanismos irregulares. Las soluciones paliativas temporales o remiendos legislativos no son la verdadera solución a esta problemática. (Hutt 2014).

Como se ha señalado, existe un conflicto social respecto de la ocupación de la ZMT por parte de particulares. Esto ha generado la organización de diversos grupos, los cuales han planteado ante las autoridades políticas la necesidad de emitir regulaciones para el reconocimiento de lo que consideran sus derechos sobre dicha zona.

Como resultado, se han generado siete proyectos, tres de los cuales ya fueron aprobados como leyes de la República. Además de estos, ya se encuentran actualmente en trámite legislativo el Proyecto 18148, denominado Ley de Territorios Costeros Comunitarios; el Proyecto 17512, denominado Ley del Refugio Nacional de Vida Silvestre Ostional; y más recientemente el Proyecto 19444, denominado Ley de protección del bienestar de los habitantes en la zona marítimo terrestre (ZMT) y de garantías ambientales sobre el Patrimonio Natural del Estado.

³ Entre otros, pueden consultarse los siguientes sitios en la web sobre la cobertura que ha dado la prensa al tema de la ZMT:

http://www.redcultura.com/php/DW_articulo_detalle.php?id_noticia=921

http://www.elpais.cr/frontend/noticia_detalle/1/71540

<http://www.semanariouniversidad.ucr.cr/index.php/noticias/pais/5727-impulsan-leyes-para-comunidades-costeras-en-peligro-de-desalojo.html>

<http://www.crhoy.com/diputados-no-deciden-cual-proyecto-resolveria-situacion-de-pobladores-de-zonas-costeras-w8l7m1x/>

http://www.nacion.com/nacional/gobierno/Presidente-Caribe-quejas-Mekatelyu_0_1436256451.html

Como antecedente de esta corriente normativa, considérese la Ley 8464 del 25 de octubre del 2005 “Declaratoria de ciudad para las comunidades de Cahuita y Puerto Viejo del cantón de Talamanca” declarada inconstitucional mediante la Sentencia 3113-2009 de la Sala Constitucional.

Por otra parte, la Ley de Protección a los Ocupantes de Zonas clasificadas como Especiales, (9073), publicada en el Diario Oficial la Gaceta 206 del 25 de octubre de 2012, dispuso la suspensión del desalojo de personas, demolición de obras, suspensión de actividades y proyectos en la ZMT, zona fronteriza y patrimonio natural del Estado por el plazo de 24 meses a partir de su publicación. Esta norma fue impugnada vía acción de inconstitucionalidad que está en trámite ante la Sala Constitucional con el expediente 13-01598-0007-CO.

En adición a la Ley 9073, la cual tuvo una vigencia temporal de dos años, en el transcurso del 2014 se aprobaron dos proyectos que modificaron el régimen de la ZMT que reconocen derechos a los ocupantes de dicha zona más allá de lo establecido en la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre:

- a. **La Ley 9221.** Ley Marco para la Declaratoria de Zona Urbana litoral y su régimen de uso y aprovechamiento territorial, publicada en el Diario Oficial la Gaceta número 79 del 25 de abril de 2014, señala en el artículo 1 que no desafecta las áreas de naturaleza demanial incorporadas a las zonas urbanas litorales. No obstante, en el artículo 8 se indica que en las zonas urbanas litorales podrán otorgarse concesiones, de conformidad con lo dispuesto en ese cuerpo normativo y en el plan regulador urbano de la respectiva localidad, con exclusión de aquellos terrenos ubicados en los cincuenta metros contiguos a la pleamar ordinaria que no hayan sido objeto de ocupación antes de la entrada en vigencia de esa norma, lo que parece dejar abierta la posibilidad de concesionar parte de la zona pública, en el tanto haya sido objeto de ocupación.

Esta Ley 9221 indica también en el artículo 8 que las concesiones que se otorguen en los 50 metros contiguos a la pleamar ordinaria (que corresponden a la zona pública y no son objeto de ocupación según la Ley 6043) estarán condicionadas a que no se modifique el uso ni se amplíe la densidad de la construcción que tenía el terreno antes de la entrada en vigencia de esa disposición, siempre que tales condiciones hayan sido avaladas por el plan regulador urbano y no incumplan la normativa ambiental vigente. Esta disposición es objeto de la acción de inconstitucionalidad tramitada con expediente 14-007500-0007-CO, a la que la Sala Constitucional dio curso mediante la resolución del 27 de agosto del 2014⁴.

- b. **La Ley 9242.** Ley para la Regulación de las Construcciones existentes en la Zona Restringida de la Zona Marítimo Terrestre publicada el 9 de junio de 2014 en la Gaceta 109. Como su nombre lo indica, tiene como objeto regular las construcciones existentes en la zona restringida de la ZMT y establecer que en el tanto las construcciones existentes se ajusten al plan regulador costero vigente, sin necesidad de realizar ninguna modificación, el interesado deberá gestionar la

⁴ Como antecedente, mediante Resolución 08596-2013, la Sala Constitucional resolvió consulta facultativa de constitucionalidad sobre el Proyecto de Ley Marco para la Declaratoria de Zona Urbana Litoral y su Régimen de Uso y Aprovechamiento Territorial, expediente legislativo 18592. En relación con el interés del presente artículo, se concluyó la inconstitucionalidad por el fondo del proyecto por infracción al principio de intangibilidad de la ZMT.

concesión pertinente en un plazo máximo de seis meses, contado a partir de su entrada en vigencia.

IV. Principio de intangibilidad de la ZMT

El principio de intangibilidad de la ZMT, en palabras de la Sala Constitucional⁵ implica que la ZMT, particularmente la parte denominada zona pública, no puede ser desafectada del dominio público, con fundamento en tres razones:

- La ZMT ya fue integrada y forma parte del patrimonio natural del Estado.
- El uso de dicha zona, en especial las playas marítimas, es común y gratuito para todos los habitantes, indistintamente, de manera que ninguno de los interesados se afecte entre sí.
- La técnica demanial es el medio más eficaz para la protección de los bienes marítimo-terrestres y para que el Estado cumpla con su deber de garantizar, defender y preservar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado para todos los habitantes del país.

Por otra parte, la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

Lo que puede afirmarse, dada la extraordinaria variabilidad legislativa en la materia, es que el núcleo inamovible de la ley reguladora de la zona marítimo terrestre ha sido el relativo a la franja de cincuenta metros de ancho a partir de la pleamar ordinaria, que ha sido declarada pública y que como tal, no solamente es imposible apropiársela por ningún medio, sino que ha sido puesta al servicio de todas las personas, sin excepción. La demanialidad de esa franja, pues, ha tenido un reconocimiento jurídico sostenido y podría estimarse prima facie que, por inveterada, resulta intangible para el legislador, si bien este no es un tema que tenga relación con el principal discutido en la acción y por ello, deba ser analizado en la presente sentencia. Sin embargo, lo anterior nos sirve para entender que en lo que tiene que ver con la zona restringida, sea, los restantes 150 metros de la zona marítimo terrestre, debe reconocerse al legislador la posibilidad de dictar regulaciones que las circunstancias hagan necesarias, claro está, siempre que no se afecten derechos adquiridos u otros derechos reconocidos constitucionalmente, o que excedan el marco de la razonabilidad, esencial a cualquier norma jurídica. Fuera de allí, las disposiciones legislativas sobre la materia a que se contrae esta acción, son prácticamente intangibles para la jurisdicción constitucional. (Sala Constitucional, Sentencia 5210-1997)

⁵ Así se indicó en la sentencia 3113-2009, que declaró inconstitucional la Ley número 8464 del 25 de octubre del 2005 "Declaratoria de ciudad para las comunidades de Cahuita y Puerto Viejo del cantón de Talamanca, provincia de Limón. En similar sentido, la sentencia 10158-2013 señaló: "Esta Sala en reiterados pronunciamientos ha reconocido que la zona marítimo terrestre, y en particular, la zona pública, se encuentra protegida constitucionalmente por el principio de intangibilidad, por lo tanto, eventuales reformas que desafecten el territorio costero podrían infringir ese principio."

Esta sentencia ha sido citada en las resoluciones 08596-2013 y 10158-2013 de la misma Sala Constitucional, que como se verá más adelante, señalaron la inconstitucionalidad de dos proyectos de Ley tendentes a la modificación del régimen de la zona pública de la ZMT.

Asimismo, en la Sentencia 3113-2009, la Sala Constitucional había indicado que el principio de intangibilidad de la ZMT deriva de los artículos 6, 50 y 121, inciso 14, de la Constitución Política. Estas normas regulan la soberanía del Estado costarricense sobre el espacio aéreo, las aguas territoriales y patrimoniales, el derecho de los habitantes a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y el consecuente deber del Estado de garantizar este derecho y los bienes de dominio público, pero no se refieren expresamente a este principio, con lo que se tiene su carácter pretoriano. Así, a pesar de que el principio de intangibilidad de la ZMT no está expresamente contemplado en la normativa, al emanar de la jurisprudencia de la Sala Constitucional, este principio forma parte del Derecho de la Constitución, que ha sido conceptualizado como:

El Derecho de la Constitución, conformado por las normas, principios, valores constitucionales y la jurisprudencia de la Sala Constitucional vincula a todos los poderes públicos y a los ciudadanos. La Constitución es una norma jurídica fuente de Derecho en sentido propio, y que, por ende, integra e informa todo el ordenamiento jurídico (artículos 6, párrafo 1°, inciso a) de la Ley General de la Administración Pública y 1° Código Civil). (Jinesta, 1996, p.1)

Además, la Sala Constitucional señaló que el carácter demanial de la ZMT deviene del artículo 3.1⁶ de la Ley de Aguas, 276 del 26 de agosto de 1942, el régimen del patrimonio natural del Estado (establecido en el artículo 13 de la Ley Forestal⁷ 7575 del 13 de febrero de 1996) y lo dispuesto al respecto en la propia Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre.

El Tribunal Constitucional ha reiterado la imposibilidad del legislador ordinario de desafectar la ZMT, en particular la zona pública, criterio que ha sido retomado al conocer consultas a proyectos que pretenden modificar el régimen jurídico de esta. Al respecto, en la Sentencia 8596 del 26 de junio de 2013, que conoció en consulta el proyecto de "Ley Marco para la Declaratoria de Zona Urbana Litoral y su Régimen de Uso y Aprovechamiento Territorial", expediente legislativo 18592 y que señaló de forma unánime su inconstitucionalidad, entre otras razones, por violación del principio de intangibilidad de la ZMT, la Sala Constitucional señaló:

En efecto, la legislación invierte la lógica social de la cohesión social, toda vez que promueve la posibilidad de concesiones en áreas que son públicas por excelencia, sobre los cuales no se pueden reclamar derechos individuales, y que, en efecto, producen una consecuencia de desigualdad. En este sentido, a juicio de la Sala, no podrían albergarse una protección de los principios constitucionales ante este tipo de legislación, dado que no se regula ningún tipo de mecanismo

⁶ El Artículo 3.1 de la Ley de Aguas señala: "Son igualmente de propiedad nacional: I.- Las playas y zonas marítimas".

⁷ El artículo 13 de la Ley Forestal señala en lo que interesa: "El patrimonio natural del Estado estará constituido por los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a municipalidades, instituciones autónomas y demás organismos de la Administración Pública...".

de defensa de las áreas comunes, sino que, por el contrario, tiene efectos contraproducentes. En este sentido, en cuanto al artículo 25 del proyecto de ley, al establecer la reforma al artículo 6 de la Ley No. 6043, Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre, de 2 de marzo de 1977, y sus reformas, podría igualmente ser inconstitucional, dado que excluye la aplicación y rigor de la zona pública a las zonas urbanas litorales, con desprotección al Patrimonio Natural del Estado. (Sala Constitucional, Sentencia 8596)

De forma similar, en la Sentencia 10158-2013, que resolvió consulta legislativa facultativa con respecto al proyecto denominado: "Ley de Territorios Costeros Comunitarios", tramitado mediante el expediente 18148, la Sala señaló también la violación del principio de intangibilidad de la ZMT:

Nótese que aún y cuando la zona marítimo terrestre enfrenta una problemática por la irregularidad jurídica de sus ocupantes, lo cierto es, que tal y como lo indica el artículo 20 de la Ley Sobre la Zona Marítimo Terrestre la zona pública ... no puede ser objeto de ocupación bajo ningún título ni en ningún caso ni podrá ningún ciudadano o ciudadana... alegar derecho alguno sobre ella. Por lo tanto, esta Sala concluye que los artículos señalados por los diputados y las diputadas consultantes resultan contrarios a la Constitución, toda vez que la excepción contenida en el Capítulo V del Proyecto de Ley consultado, implica, aun y cuando sea de forma excepcional, la concesión de un 15% de la totalidad de la zona pública. (Sala Constitucional Sentencia 10158-2013)

Por otra parte, en Sentencia 8701 del 28 de junio de 2013, que conoció consulta facultativa de constitucionalidad planteada en relación con el proyecto legislativo número 18593, denominado Ley para la regularización de las construcciones existentes en la zona restringida de la ZMT, la Sala Constitucional, en votación de mayoría, no encontró infracción al Derecho de la Constitución, en el tanto:

... la legislación propuesta lo que busca es incidir de manera muy puntual en el actual marco normativo relacionado con las construcciones en la zona restringida de la zona marítimo terrestre, sin que planteen cambios relevantes en dicho ámbito jurídico, lo cual hace que la inmensa mayoría de reclamos por omisión carezcan de sustento. En primer lugar, está claro que no se pretende (ni se requiere para los fines del proyecto) derogar normas de la ley número 6043 que regula la zona marítimo terrestre, por lo que quedan intactos por ejemplo el régimen de dominio y posesión allí establecido y no se tocan los requisitos y condiciones para la adjudicación de concesiones por parte de las municipalidades o las reglas jurídicas establecidas en dicho tema... (Sala Constitucional, Sentencia 8701-2013)

De esta misma Resolución 8701-2013 resultan de interés las razones esbozadas por los Magistrados Rueda Leal, Armijo Sancho y Cruz Castro, en voto salvado redactado por el primero, en el que señalaron la inconstitucionalidad del proyecto debido a lo siguiente:

“... una reforma legal como la propuesta y en una materia tan sensible en que se consientan actos de vulnerabilidad, lesiona en mi criterio, no solo la res pública y el principio constitucional de legalidad, sino que además significaría tolerar la falta de observancia por parte del Estado de otros principios, como el de in dubio pro natura, el cual tiene como objeto que exista una vigilancia activa, previa y oportuna por parte de las autoridades que no permita afianzar construcciones ilegales...”. (Sala Constitucional, Sentencia 8701-2013)

También resulta relevante citar parcialmente las razones adicionales dadas por el Magistrado Cruz Castro para señalar la existencia de vicios de inconstitucionalidad en el proyecto sometido a consulta:

Un proyecto como el que se consulta contiene múltiples imprecisiones en su diseño normativo, comprobándose los argumentos que exponen los consultantes, referidos a: la falta de régimen transitorio, la falta de límites a la cantidad de concesiones a otorgar o al plazo de estas, la poca claridad sobre el término de estructura, la nula delimitación de las áreas que ameritan un trato especial por ser población históricamente postergada, inexistencia de un inventario claro quienes resultarán ser los eventuales beneficiarios de la ley (la identificación de los beneficiarios, y su individualización), la determinación del impacto ambiental, entre muchas otras omisiones. Esta (sic) omisiones e imprecisiones confirman que al pretender hacer regular una situación irregular, se está haciendo en detrimento frontal de nuestro demanio público, pues ello implicaría una regresión en la zona marítimo terrestre y esa regresión deviene en inconstitucional.

No se desconoce que pueda existir un problema social en la zona, pero esa particularidad no se resuelve con una ley que vacía de contenido un componente fundamental en la protección del medio ambiente, sin precisar e individualizar los sectores sociales y geográficos que requieren una solución integral y equilibrada.

Nótese que incluso, al no haber establecido que dicha ley no impide la continuación de los procesos judiciales iniciados y en trámite por violaciones a la ley vigente, podría implicar una intromisión indebida de poderes, entre el Legislativo y el Judicial, pues en esta última instancia es donde se llevan actualmente una serie de procesos iniciados por invasiones al demanio público y el proyecto consultado lo que hace, al fin y al cabo, es legalizar lo que hoy se tiene como ilegal, o en otras palabras, hacer lícito lo ilícito (posesión del demanio público obtenida por las vías de hecho), y con ello, exonerar o dispensar de responsabilidad a quienes violaron las disposiciones actuales. Sin decirlo expresamente, parece propiciar una derogatoria parcial de las normas punitivas que contiene la Ley de la zona marítimo terrestre y que tutela un bien de tanta relevancia para el medio ambiente.

En consonancia con el principio de in dubio pro natura y de progresividad en la protección del derecho al ambiente⁸, un proyecto como el que se consulta, que adolece de tantas imprecisiones y con normas tan genéricas, lo que hacen es vaciar de contenido la protección que hasta hoy ha tenido nuestra zona marítimo terrestre y ese motivo que estimo que existen razones para considerar que además de las violaciones de forma apuntadas, también se incurre en violaciones de fondo a nuestro bloque de Constitucionalidad. (Sala Constitucional Sentencia 8701-2013)

V. Conclusiones

Como se desprende de la descripción realizada en el presente artículo, estamos viviendo una coyuntura histórica en la que está en discusión el régimen jurídico de la ZMT.

La deficiente administración de este bien de dominio público por parte del Estado costarricense provocó la ocupación de algunas áreas de la ZMT al margen de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre por parte de personas que consideran que han derivado un derecho de su posesión.

En el marco de este conflicto social, en los últimos tres años la Asamblea Legislativa ha aprobado proyectos que modifican el régimen jurídico de este bien. De frente a este ejercicio soberano del Poder Legislativo y como parte del sistema de frenos y contrapesos, la Sala Constitucional ha señalado un límite al legislador: el principio de intangibilidad de la ZMT, que con toda claridad se ha señalado implica la imposibilidad de desafectar la zona pública. En relación con la zona restringida, este Tribunal constitucional ha reconocido la facultad legislativa de dictar regulaciones siempre que no se afecten derechos adquiridos u otros derechos reconocidos constitucionalmente o que excedan el marco de la razonabilidad.

Por ser Costa Rica un Estado Social de Derecho, serán nuestros Tribunales de Justicia y particularmente la Sala Constitucional en el ámbito de su competencia, los que en última instancia deberán determinar la viabilidad jurídica de los cambios que han sido aprobados, así como aquellos que puedan darse en el futuro. El respeto por las decisiones jurisdiccionales que se tomen pondrá una vez más a prueba nuestro sistema republicano y su eficacia para procurar la paz social y la prevalencia del interés colectivo.

⁸ El principio de no regresión en materia ambiental no se analiza en el presente artículo por la naturaleza del tema. No obstante, el lector que desee profundizar este principio, se recomienda la lectura del libro "El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano", publicado por el Centro Regional de América Latina y el Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, en particular la parte desarrollada por autores costarricenses. Asimismo, el principio de no regresión ambiental fue parte de las razones dadas por la Sala Constitucional en la Sentencia número 18836-2014 del 18 de noviembre de 2014, en la que evacuó la consulta legislativa formulada sobre el Proyecto de Ley "Desafectación y titulación de la zona fronteriza entre la República de Costa Rica y la República de Panamá" que, entre otras razones, consideró inconstitucional por la falta de especificidad del proyecto en relación con cuáles terrenos son los que saldrán del patrimonio del Estado, desafectación que consideró una clara y grave desprotección del Patrimonio Natural del Estado, en especial porque no se tiene certeza de cuáles terrenos se verán afectados. Véase el comunicado de prensa en <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/comunicados/COMUNICADOS%202014/SC-CP-44-14.htm>.

VI. Referencias

- Asamblea Legislativa. Informe integrado (jurídico y socioambiental) al Proyecto de Ley de Protección a los Ciudadanos ocupantes de zonas clasificadas como especiales (expediente 18440). Oficio ST-175-2012-TS Departamento de Servicios Técnicos. Recuperado de http://www.asamblea.go.cr/sil_access/ver_serv_tec.aspx?Tipo_Estudio=2&Numero_Estudio=18440&Consecutivo=T
- Peña Chacón, M. (2013). El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano. PNUD. Recuperado de http://cmsdata.iucn.org/downloads/principio_no_regresion8.pdf
- Contraloría General de la República. (2009a). Informe sobre el proceso de formulación de los planes reguladores de la zona marítimo terrestre del litoral pacífico (DFOE-SM-IF-13-2009 del 30 de setiembre del 2009). Recuperado de http://documentos.cgr.go.cr/sad_docs/2009/DFOE-SM-IF-13-2009.doc
- Contraloría General de la República. (2009b) Informe sobre la verificación del cumplimiento de las disposiciones emitidas a la Municipalidad de Golfito en el informe DFOE-AM-32/2004, referentes a la vigilancia y protección de la zona marítimo terrestre del cantón (DFOE-SM-2-2009). Recuperado de http://documentos.cgr.go.cr/sad_docs/2009/DFOE-SM-2-2009.doc
- Contraloría General de la República. (2009c). Informe sobre la construcción de obras en Playa Guacalillo y Agujas del Cantón de Garabito, al margen de la normativa legal vigente (DFOE-SM-9-2009). Recuperado de http://documentos.cgr.go.cr/sad_docs/2009/DFOE-SM-9-2009.doc
- Contraloría General de la República. (2010). Informe sobre la ocupación y uso de terrenos en Isla Grande de Golfito al margen de la normativa legal (DFOE-SM-IF-5-2010). Recuperado de [http://documentos.cgr.go.cr/content/dav/jaguar/sad_docs/2010/DFOE-SM-0789\(06201\)-2010.pdf](http://documentos.cgr.go.cr/content/dav/jaguar/sad_docs/2010/DFOE-SM-0789(06201)-2010.pdf)
- Hutt, A. (2014) Los remedios a la zona marítimo terrestre. Revista Derecho y Negocios, 1, 6-7. Recuperado de http://issuu.com/derechoynegocios/docs/revista_cr_digital
- Jinesta Lobo, E. (1996). La interpretación y aplicación directas del Derecho de la Constitución por el Juez Ordinario. Revista Iustitia. Año 10. N. 118-119, 1. Octubre-noviembre. Recuperado de <http://www.ernestojinesta.com>
- Miranda, M. (2007). Tenencia y ocupación de la tierra en la zona marítimo terrestre de Costa Rica. Décimo tercer informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano sostenible. Programa de Estado de la Nación (Costa Rica) Recuperado de http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/013/Informe-ZMT.pdf
- Miranda, M. (2013). Ordenamiento territorial y conflictividad en zonas protegidas. Décimo noveno informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano sostenible. Programa de Estado de la Nación (Costa Rica). Recuperado de http://www.estadonacion.or.cr/files/biblioteca_virtual/019/miranda_2013.pdf

- Miranda, M., Acuña, D. y González, A. (2007). Instrumentos para la regularización de la zona marítimo terrestre en Costa Rica. San José, Costa Rica: Programa de Regularización de Catastro y Registro. Recuperado de Peña Chacón, M. (2013). El principio de no regresión ambiental en el derecho comparado latinoamericano. PNUD. Recuperado de http://cmsdata.iucn.org/downloads/principio_no_regresion8.pdf
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 3113-200, de las catorce horas y cincuenta y nueve minutos del 25 de febrero del 2009.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 8596-2013 de las catorce horas treinta minutos del 26 de junio del 2013.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 8701-2013 de las nueve horas cinco minutos del 28 de junio del 2013.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 10158-2013 de las quince horas cuarenta y seis minutos del 6 de agosto de 2013.

La consulta de constitucionalidad un medio para la protección de las competencias constitucionales de la Contraloría General de la República en materia de Hacienda Pública

Sumario

I. Introducción. II. Generalidades de la consulta de constitucionalidad. A. Concepto. B. Finalidad. C. Tipología. III. La Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad y sus competencias. A. Tipo de Comisión. B. Integración de la Comisión. C. Competencia. VI. La consulta de constitucionalidad un medio para la protección de las competencias constitucionales de la Contraloría General de la República en materia de Hacienda Pública. IV. Conclusiones. V. Referencias.

Licda. Vivian Bettel
Castillo Calvo¹

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho. Fiscalizadora de la División Jurídica de la Contraloría General de la República.

I. Introducción

La consulta de constitucionalidad constituye un mecanismo de control de constitucionalidad que tiene como finalidad depurar el ordenamiento jurídico en su etapa previa, es decir, antes de que la norma nazca a la vida jurídica y que se desplieguen todos sus efectos, para su necesaria adecuación con el Derecho de la Constitución.

En el presente ensayo se presenta una reflexión sobre la importancia de la legitimación institucional que posee la Contraloría General de la República (CGR) para la interposición de este tipo de consultas de constitucionalidad y sus beneficios para la efectiva y oportuna defensa de sus competencias constitucionales relacionadas con la protección de la Hacienda Pública. Esto no excluye la posibilidad de que el mecanismo pueda ser funcional también para la protección de la Hacienda Pública de manera directa; sin embargo, no se analiza este aspecto de manera específica, por no constituir el objeto central de este ensayo.

Primero se analizan los aspectos básicos de este proceso constitucional, tales como su concepto, finalidad y la tipología que se establece en la normativa nacional.

Luego se estudia el tipo de integración, competencia y finalidad de la Comisión Legislativa Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad, pues esta constituye el órgano de enlace entre el Parlamento y la Sala Constitucional (SC) y activa el procedimiento para aclarar o subsanar omisiones que se encuentren en la opinión consultiva que emita la segunda. Por lo tanto, resulta importante para los efectos del presente ensayo delimitar hasta dónde llegan las potestades de la citada comisión, toda vez, que en la práctica, han surgido no pocos cuestionamientos sobre ello.

Por último, se analiza la trascendencia de este proceso constitucional como un instrumento valioso en la protección de las competencias constitucionales otorgadas a la CGR por el Derecho de la Constitución para el resguardo de la Hacienda Pública.

II. Generalidades de la consulta de constitucionalidad

En esta primera sección, se analizan los aspectos generales de la consulta de constitucionalidad: definición, finalidad y tipología. Esto permitirá lograr un mayor entendimiento del proceso constitucional en comentario.

a. Concepto

El artículo 10 de la Constitución Política se erige como el marco normativo fundamental de la consulta de constitucionalidad. En el inciso b) establece, concretamente, como una de las competencias de la SC, el conocer sobre las consultas de los proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos ley, según se disponga en la ley. Esta trascendente y renovadora reforma constitucional se produjo el 18 de agosto de 1989, fue tramitada mediante el expediente legislativo n.º 7128 y significó, indudablemente, un redescubrimiento del texto constitucional al crearse la SC y su jurisdicción.

La consulta de constitucionalidad, para efectos de clasificación, es un mecanismo de control de constitucionalidad a priori, pues tiene por objeto verificar la adecuación de un proyecto de ley con la Carta Fundamental, el cual, lógicamente, no ha surgido a la vida jurídica.

Vale recordar que el origen de este instituto se encuentra en Francia, pues no fue sino hasta el 2008¹ cuando el Consejo Constitucional Francés comenzó a ejercer un control constitucional una vez que emitida la normativa, ya que antes únicamente ejercía un control previo de constitucionalidad sobre los proyectos de ley, lo cual dejaba entre ver su fuerte confianza en el Parlamento.

En este control se le consulta a la SC sobre la constitucionalidad de una norma en específico o de todo un proyecto de ley; la Sala emite una opinión consultiva de obligatorio acatamiento para la Asamblea Legislativa solo cuando encuentra vicios de procedimiento, no así en lo referente a vicios de fondo.

Piza Escalante (2004), sobre el particular, explica:

... la consulta legislativa de constitucionalidad, la cual, en sentido procesal no constituye una acción contenciosa, pero sí jurisdiccional, en el tanto que el pronunciamiento-opinión- de la Sala se produce por un órgano judicial, mediante "sentencia" y como resultado de un juicio imparcial de mera legalidad constitucional... (p.148).

Una particularidad del control previo es que no hay contención, la SC vierte una opinión consultiva sobre el proyecto o normas del proyecto consultado en un análisis abstracto (en el sentido de que no existe un conflicto concreto de la aplicación de la norma, sino que se trata de un juicio de constitucionalidad en abstracto). Si bien es cierto únicamente se vincula con los vicios de procedimiento, en la mayoría de casos donde la SC ha encontrado vicios de fondo, la Asamblea Legislativa los ha enmendado. Esto genera una consecuencia razonable. Por el contrario, habría que condenar a la ley vigente a una inconstitucionalidad segura, en el caso de que alguien con legitimación presente una acción de inconstitucionalidad.

b. Finalidad

La finalidad de la consulta de constitucionalidad, al igual que el resto de procesos constitucionales de defensa de la Constitución Política, es garantizar el principio de supremacía constitucional, los derechos fundamentales que forman parte del texto constitucional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República. Como es conocido, el principio de supremacía constitucional surge en el famoso caso *Marbury vs Madison* en los Estados Unidos de América. A partir de este precedente, se establece que la ley debe adecuarse necesariamente al Derecho de la Constitución, pues la Carta Fundamental es la norma jurídica más importante del Estado, de ahí su jerarquía y su fuerza normativa que permea todo el ordenamiento jurídico.

¹ Artículo 61-1 de la Constitución, incorporado mediante ley constitucional de 23 de julio de 2008 y capítulo II bis del Decreto Legislativo 58-1067 del 7 de noviembre de 1958, sobre el Consejo constitucional. Sobre el particular, puede consultarse <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/consejo-constitucional/-quien-puede-recurrir-al-consejo-constitucional/-quien-puede-recurrir-al-consejo-constitucional.137221.html>

La finalidad propia de la consulta de constitucionalidad es evitar y advertir que surjan a la vida jurídica normas inconstitucionales. Además, constituye un importante mecanismo que posee la oposición parlamentaria para evitar el nacimiento de normas inconstitucionales.

Al respecto, Castillo (2008) explica que: "... no se ha de olvidar de (sic) que esta figura en el sistema político francés, en la década de los setenta, fue una concesión que hizo el entonces Presidente de la República Valéry Giscard d'Estaing a favor de la oposición" (p.182).

Como recapitulación, la consulta de constitucionalidad tiene varias finalidades: la primera y principal es garantizar el principio de supremacía constitucional, evitar el nacimiento de normas jurídicas inconstitucionales y, por último, constituir un mecanismo de control de la oposición frente a la mayoría parlamentaria.

c. Tipología

El control previo de Constitucionalidad, de conformidad con el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC), posee varias modalidades, tres específicamente:

- La primera de ellas es la consulta preceptiva que necesariamente debe plantearse cuando se trata de proyectos de reformas constitucionales, de enmiendas a la LJC y de los proyectos de ley tendentes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, incluso las reservas hechas o propuestas a unos u otros.
- En segundo lugar, se encuentran las facultativas, que versan sobre la consulta de cualquier proyecto de ley, la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o las reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, pero que deben cumplir con requisitos formales. Uno de ellos se refiere a que la consulta sea firmada por al menos diez diputados y esté debidamente razonada.
- Por último, se haya la consulta facultativa especial o llamada institucional, contemplada en el artículo 96 incisos c) y ch) de la LJC. Esta procede cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la CGR, si se tratare de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional, y cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.

Con respecto a la legitimación institucional de la CGR, la SC ha indicado que:

El artículo 96 inciso c) de la Ley de Jurisdicción constitucional otorga a la Contraloría General de la República, la facultad de formular ante esta Sala consultas de constitucionalidad sobre los proyectos legislativos en cuya tramitación, contenido o efectos estimare como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva

competencia constitucional. No obstante, resulta requisito esencial que el proyecto de ley consultado hubiere sido aprobado en primer debate... (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 3919-2000).

En el Gráfico 1 se detalla la competencia de la SC en el control previo de constitucionalidad:

Gráfico 1.
Competencia de la SC en el control previo de constitucionalidad.



Fuente: Elaboración del autor

III. Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad y sus competencias

Como se indicó anteriormente, la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad y sus competencias actúa como enlace entre el Parlamento y la SC. En esta sección, se delimitan sus competencias, lo cual resulta relevante para comprender los alcances de las potestades de la Comisión de Consultas de Constitucionalidad.

a. Tipo de Comisión

Entre las distintas tipologías que se han ensayado de los órganos parlamentarios, hay quienes distinguen entre órganos preparatorios, órganos decisorios y órganos mixtos. Un ejemplo de los primeros son las comisiones permanentes ordinarias que estudian y dictaminan los proyectos de ley. Un ejemplo de los segundos es el Plenario Legislativo y un caso del tercero son las Comisiones Legislativas con Potestad Legislativa Plena. Además de las anteriores, encontramos las comisiones permanentes especiales, las que, igual a las Comisiones

Permanentes Ordinarias, se constituyen en un órgano preparatorio, son catorce, y las Comisiones Especiales, las cuales son de dos tipos: investigadoras o las que se les encarga un asunto específico.

En relación con las comisiones especiales, Ramírez (1998) reseña:

... se caracterizan por tener un cometido especial no referido al estudio de proyectos de ley, sino a asuntos diferentes, en su mayoría de investigación o control, o de carácter complementario en el proceso de formación de la ley o para el funcionamiento del Parlamento en otras áreas. Con pocas excepciones, estas comisiones tienen también atribuida la potestad dictaminadora de proyectos de ley, es decir tienen doble naturaleza (p. 98).

La Comisión de Consultas de Constitucionalidad es una Comisión Permanente Especial, surgió en 1989, como consecuencia de la entrada en funcionamiento de la Jurisdicción Constitucional, por lo que fue necesario crear un mecanismo institucional para tramitar las opiniones consultivas en el seno del Parlamento.

En el Expediente Legislativo 10278 se tramitaron una serie de reformas al Reglamento de la Asamblea Legislativa, entre ellas la creación de un órgano permanente que analizara las opiniones consultivas de la SC y, asimismo, sirviera de enlace entre el Parlamento y el Órgano Jurisdiccional.

Según el folio 3 del expediente supra citado, en relación con los motivos de la creación de esta comisión se indicó lo siguiente: "... la creación y regulación básica de una Comisión Especial encargada de funciones derivadas de todo lo anterior, y a la que, además, le confiere la atribución de servir como órgano de enlace con la Sala... (Expediente Legislativo 10278).

En consonancia con lo anterior, el entonces diputado Tovar Faja manifestó con respecto al proyecto de ley que: "... este que acabamos de presentar aquí llena una laguna fundamental en la Asamblea Legislativa y es ¿qué hacer con la Consulta Constitucional? Es pública y notoria la importancia que tiene la Sala IV y resulta que esta Asamblea Legislativa no tiene un solo artículo que regule qué hacer con esas consultas " (Expediente Legislativo 10278).

Queda acreditado que la creación de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad fue la respuesta lógica y necesaria a la entrada en vigencia de la jurisdicción constitucional, con lo que se llenó un vacío normativo, pues hasta ese momento no se sabía qué hacer con la opinión consultiva que emitía la SC y mucho menos había un órgano institucionalizado que sirviera de enlace entre el Parlamento y la SC para aclarar dudas o subsanar omisiones.

b. Integración

El artículo 88 del Reglamento de la Asamblea Legislativa regula la integración de esta comisión al establecer que estará conformada por tres a siete diputados son designados por el Presidente de la Asamblea Legislativa entre los nombres propuestos por los Jefes de Fracción. En el caso de esta comisión, no aplica la regla de que un diputado no puede formar simultáneamente parte de dos comisiones permanentes especiales.

Originalmente este artículo en el inciso 3 a) establecía una regla en la que se indicaba que las fracciones conformadas por 15 o más diputados tendrían igual número de miembros y que las fracciones con menos de 15 diputados nombrarían a un miembro que las representara a todas. Este inciso fue declarado inconstitucional en el Voto n.º 14253 del 2004 de la Sala Constitucional. Concretamente, la sentencia establece:

La norma cuestionada, sin duda persigue un fin constitucionalmente legítimo, al procurar otorgar una representación proporcional a todas las fracciones parlamentarias en la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad. El mecanismo utilizado consiste en darle a las fracciones con más de quince Diputados igual número de representantes en la comisión especial permanente y, a las de menos de quince, un solo representante para todas ellas en ese órgano. Como bien afirma la Procuraduría en su respuesta, cuando se redactó la norma impugnada (año 1991), existían dos fuerzas políticas mayoritarias con representación en el Parlamento y unas minorías tímidas para hacerles contrapeso. Desde esta perspectiva, quienes en ese momento redactaron y aprobaron la norma que se cuestiona, tenían en mente que las mayoritarias que -en ese momento- tenían entre 29 y 25 Diputados tuvieran el mismo número de Diputados en la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad, mientras que un solo Diputado representaría a todos los minoritarios, que a lo sumo eran cuatro. Sin embargo la realidad política costarricense cambió radicalmente a partir de las elecciones nacionales del año dos mil dos, y esa nueva realidad, se ve afectada por la proporción de representantes minoritarios que pueden ser designados a la comisión. En la actualidad los dos partidos mayoritarios que en conjunto tienen treinta y seis Diputados, tienen seis representantes en la comisión, mientras que todos los demás, con veintiún Diputados, sólo tienen un Diputado que los representa. La situación se agrava cuando en la actualidad un partido minoritario que tiene catorce diputados, tiene que compartir con el resto de las minorías a su representante, mientras que un partido con apenas un representante más (15) tiene derecho a nombrar a tres. Es claro que la norma fue redactada tomando en cuenta una realidad bipartidista, pero ese sistema se traduce en la actualidad en una evidente ventaja por concepto de sobrerepresentación a los partidos mayoritarios sobre los minoritarios, que no se justifica. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 14253-2004).

Como puede observarse, debido al cambio de la realidad política nacional, donde se pasó de un sistema bipartidista a uno multipartidista, la norma permitió crear desigualdad y un injustificado trato en perjuicio de las minorías parlamentarias.

c. Competencia

La competencia de esta comisión está en función de que la SC haya emitido una opinión consultiva en la que encontró vicios de inconstitucionalidad, sean de procedimiento o de fondo, los cuales, en el primer caso, es vinculante subsanar y en el segundo no vincula al parlamento. Es decir, para que esta comisión ejerza sus competencias, debe existir una consulta de constitucionalidad ante la SC, una opinión consultiva de esta y que en el dictamen se encuentren vicios de inconstitucionalidad.

Cuando se cumplen los presupuestos anteriores, el Presidente de la Asamblea remite a la citada comisión el proyecto de ley viciado y brinda un plazo razonable para que rinda su informe. Este plazo puede ser prorrogado.

La comisión tiene por misión analizar los vicios de inconstitucionalidad encontrados por la SC. Recomienda al Plenario que actúe en consecuencia, para lo cual también cuenta con la potestad de solicitar aclaración y adición ante la SC, facultad que puede ejercer el Presidente de la comisión sin previo acuerdo, pero con la condición de informar a sus miembros con la mayor brevedad, de conformidad con lo que establece el artículo 146 punto 2 del Reglamento de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. La comisión puede rendir el informe al Plenario a pesar de que la SC no se haya pronunciado sobre la aclaración y adición.

Esta comisión no ha estado exenta de problemas en torno a sus competencias, específicamente, para determinar cuál es el alcance del derecho de enmienda de sus miembros. Por ello se plantea la siguiente interrogante: ¿es posible modificar el proyecto de ley en extremos no abordados por la SC en su opinión consultiva? La respuesta ha sido negativa, pues la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que la competencia de la comisión lo es únicamente en relación con los aspectos señalados en la opinión consultiva y, por ende, el resto de las normas del proyecto de ley deben permanecer incólumes.

La SC en el voto n.º 1800-2005 sostiene lo siguiente:

Como este Tribunal hizo objeciones de constitucionalidad referentes al contenido del proyecto, el expediente se devolvió a la Comisión sobre Consultas de Constitucionalidad, a la cual únicamente le compete revisar los aspectos declarados inconstitucionales por la Sala, debiendo en todo respetar el resto del proyecto que ya había sido aprobado por la mayoría de los legisladores, es decir, sobre el cual ya se había pronunciado el Órgano mediante una manifestación inequívoca de voluntad, precedida de todas las garantías reconocidas por la Constitución Política y el Reglamento de la Asamblea Legislativa. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (Voto n.º 1800-2005).

Queda claro, entonces, que la competencia de esta comisión se limita únicamente a subsanar los vicios de inconstitucionalidad encontrados por la SC.

Sobre esta misma línea jurisprudencial, la SC, en el voto n.º 5298 del 2006 estableció:

De la lectura de los artículos 88, 146 y 165 del Reglamento de la Asamblea Legislativa se deduce que la Comisión de Consultas únicamente tiene competencia para revisar los aspectos declarados inconstitucionales por la Sala, motivo por el cual se debe mantener incólumes las demás disposiciones del proyecto, sobre las cuales se verificó la votación en primer debate. En este sentido, la Comisión de Consultas de Constitucionalidad, en vez de limitarse a conocer sobre el vicio advertido por la Sala Constitucional en la sentencia aludida, reformó completamente esta disposición al incluir la expresión "prácticas sadomasoquistas", en lugar de la frase "actos que le causen dolor o humillación, a realizar o ver actos de exhibicionismo, a ver o escuchar material pornográfico o a ver o escuchar actos con contenido sexual" (ver folios 5237, 5257 y 5258 del expediente legislativo N.º13.874), soslayándose el procedimiento contemplado en el Reglamento de la Asamblea Legislativa para hacer ejercicio del derecho de

enmienda mediante las mociones de fondo y reiteración, todo lo cual constituye un vicio esencial en la sustanciación del procedimiento legislativo que lesiona el principio democrático y el Derecho de la Constitución. Queda de manifiesto que la Comisión de Consultas de Constitucionalidad, si pretende modificar una norma en extremos sobre los cuales no se produjo un juicio de constitucionalidad, únicamente puede proponer al Plenario que envíe el proyecto a una Comisión para que lo redictamine, pero nunca realizar por sí misma esa reforma. Consecuentemente, se debe evacuar la consulta formulada en el sentido que es inconstitucional la inclusión del artículo 30 del proyecto por parte de la Comisión de Consultas de Constitucionalidad, quien excedió las facultades que el Reglamento de la Asamblea Legislativa le atribuye y modificó esa norma en aspectos sobre los cuales no se dio ninguna valoración de constitucionalidad, en detrimento del derecho de enmienda...De manera que, permitirle a la Comisión sobre Consultas de Constitucionalidad modificar el texto de ley en aspectos no advertidos por este Tribunal, sí lesiona el derecho de enmienda, pues además les estaba impedido a los legisladores, formular mociones de fondo relativas a esos aspectos, sobre el cual, no habían tenido oportunidad de hacer cuestionamientos en el trámite de primer debate. Así las cosas y por haber excedido dicha Comisión sus potestades en relación con el artículo 31 del Proyecto que actualmente es el 30, se ha producido un vicio esencial en el procedimiento de aprobación de esta ley, que debe ser declarado. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 05298-2006).

Así también, en otra sentencia del 2008 la SC se reitera lo siguiente:

Este Tribunal ha señalado que la Comisión de Consultas de Constitucionalidad únicamente tiene competencia para revisar los aspectos declarados inconstitucionales por la Sala, motivo por el cual se deben mantener incólumes las demás disposiciones del proyecto, sobre las cuales se verificó la votación en primer debate. En este caso, la Comisión no alteró el texto legal, sino que ante los vicios señalados por la Sala respecto a la reforma producida al artículo 78 de la Ley de Biodiversidad, optó por recomendar al Plenario la eliminación del inciso 6), que por mayoría de este Tribunal se consideró que ameritaba la consulta a los sectores indígenas. Aunado a lo anterior, el dictamen de la Comisión versó sobre el artículo que había sido analizado por la Sala, no por uno ajeno al pronunciamiento constitucional. No estima este Tribunal que dicha Comisión haya excedido sus potestades o hubiese alterado el texto como se indica, ya que si se optó por eliminar el texto introducido al inciso 6) del artículo 78, fue por decisión del Plenario y no de la Comisión. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 16221-2008).

IV. La consulta de constitucionalidad un medio para la protección de las competencias constitucionales de la Contraloría General de la República en materia de Hacienda Pública

La consulta de constitucionalidad es un instrumento que resguarda las competencias constitucionales de la CGR para la protección de la Hacienda Pública, pues permitiría controlar aquellas competencias que afecten un proyecto de ley antes de su nacimiento a la vida

jurídica, sobre todo con el surgimiento de corrientes de pensamiento que abogan por disminuir las potestades de la CGR otorgadas por el Constituyente Originario.

En el caso de la CGR, el artículo 96 inciso c) de la LJC puntualiza que:

... Por vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos de legislativos, en los siguientes supuestos: () c) Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratare de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados lo principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional (Ley de la Jurisdicción Constitucional, artículo 96, inciso c)

De la lectura de la norma, se infiere que la finalidad de la legitimación institucional que poseen varios órganos constitucionales, entre ellos la CGR, es la protección de sus competencias constitucionales.

En consonancia con el texto constitucional, la SC ha reconocido, que la CGR posee un conjunto de competencias constitucionales, las que no pueden ser ignoradas por el legislador, pues: "...se trata de una competencia que el legislador no puede desconocer, rebajar, disminuir, suprimir o atribuírsela a otros órganos públicos, sino que está en la obligación de reconocer a fin de no quebrantar las normas y principios constitucionales que rigen en esta materia..." (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto n.º 06611-2007).

En otra sentencia, se indica:

...la Sala enfatiza que por voluntad del constituyente se creó la Contraloría General de la República como órgano -constitucional- auxiliar de la Asamblea Legislativa con una función específica y determinada: la vigilancia de la Hacienda Pública, de manera que por mandato constitucional -artículos 183 y 184- tareas como la fiscalización de los procedimientos de contratación administrativa y el funcionamiento del sistema financiero, sobre todo en lo que se refiere a la movilización de capitales a fin de que se mantenga la confianza en la correcta administración de los entes bancarios, el manejo del presupuesto de todas y cada una de las dependencias públicas (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 09397-2011).

Como estas dos resoluciones, hay vasta jurisprudencia constitucional que respalda las potestades constitucionales de la CGR en materia de protección de la Hacienda Pública. Del estudio efectuado se logró verificar que la CGR ha recurrido a la consulta previa de constitucionalidad solo en tres ocasiones durante los 25 años de que ha gozado de legitimación institucional.

La primera de ellas se presentó en el 2000, por el entonces Contralor General de la República, quien consultó el Proyecto de Ley de Mejoramiento de los Servicios Públicos de Electricidad, Telecomunicaciones y Participación del Estado, expediente legislativo n.º 13873, ya que se consideraba que las normas establecidas en este afectaban las competencias constitucionales

de la CGR en su función de órgano fiscalizador. Sin embargo, en esa ocasión, luego de anularse el primer debate que se le había dado al citado proyecto de ley, mediante la opinión consultiva n.º 3220-2000 de la SC, por cuanto se detectaron vicios de procedimiento, la consulta de constitucionalidad institucional incumplió de manera sobreviniente uno de los requisitos esenciales para su formulación, sea su aprobación en primer debate, por lo que la SC declaró que no había lugar a evacuar la consulta presentada.

En el 2008, por segunda ocasión se recurrió a este proceso constitucional de defensa de la Constitución, cuando la Contralora General de la República interpuso la consulta de constitucionalidad sobre el proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Seguros, expediente legislativo n.º 16305. Mediante opinión consultiva n.º 10450-2008, la SC evacuó la consulta en el sentido de que el proyecto de ley no presentaba vicios de inconstitucionalidad (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 10450-2008).

En el 2012, la Subcontralora General de la República presentó consulta facultativa sobre el proyecto de ley "Transformación del Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER)", expediente legislativo n.º 17218, pues se consideró que:

... el proyecto de ley consultado producía un menoscabo al dominio público, en especial, al Patrimonio Natural del Estado, que son bienes que forman parte de los fondos públicos, los cuales a su vez, integran el concepto de Hacienda Pública, que constituye el eje central de las competencias constitucionales y legales encomendadas a esta Contraloría ... (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 1963-2012).

En esa ocasión, la SC en el análisis de admisibilidad indicó que:

... la consulta legislativa (...) fue planteada por la Subcontralora General de la República, bajo el supuesto del inciso c) del artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, según el cual, resulta admisible la consulta de constitucionalidad planteada por dicho órgano cuando "se tratare de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional". Siendo que, en el caso concreto, se alega que el proyecto de ley sometido a consulta, eventualmente, estaría provocando un menoscabo a los bienes inmuebles de dominio público del Patrimonio Natural del Estado que integran el concepto de Hacienda Pública. De ahí que a la luz de lo dispuesto en la normativa supra citada, así como, el artículo 183 de la Constitución Política, la consulta planteada es admisible y procede esta Sala a evacuarla... (El subrayado no corresponde al original). (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 1963-2012).

Así pues, la SC ha reconocido que la consulta de constitucionalidad es un instrumento no solo para la protección de las competencias constitucionales de la CGR en materia de Hacienda Pública, sino también como mecanismo efectivo para la protección directa de la Hacienda Pública. Incluso la CGR cuestionó los artículos 85, los artículos 16 inciso e) y h) y el artículo 34 del citado proyecto de ley porque consideró que lesionaban el derecho fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, la tutela y resguardo de los bienes demaniales propios de la nación, el principio constitucional de adecuada distribución de funciones entre

los distintos poderes del Estado, el principio de inaplicabilidad del silencio positivo en material ambiental, el principio de intangibilidad de los actos propios y exceso de la potestad normativa reglamentaria a cargo de la institución autónoma que se transformaría el IDA.

El Tribunal Constitucional en ese caso en particular resolvió que:

... a) No es inconstitucional el artículo 85, párrafo 1º, del proyecto de ley consultado siempre y cuando se interprete que la desafectación no comprende los bienes que integran el dominio público constitucional. b) No son inconstitucionales los incisos c) y f) del artículo 85. c) Sí es inconstitucional el inciso e) del artículo 85. d) Sí son inconstitucionales las frases del artículo 16, inciso h), que indican "(...) en nombre del Estado, las reservas nacionales que no sean parte del patrimonio natural (...)" e "(...) Igualmente, el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (Minaet), mediante las figuras legales correspondientes, podrá autorizar al Inder el uso de las áreas aptas para el desarrollo de proyectos ecoturísticos, de turismo rural comunitario o agroecológicos, dentro de áreas protegidas, previo estudio técnico correspondiente, excepto en parques nacionales o en reservas biológicas absolutas". e) Sí es inconstitucional el inciso a) del artículo 34. (...)" (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 1963-2012).

Por lo anterior y dadas las delicadas funciones que competen al Órgano Contralor, cuyo ejercicio, en no pocos casos, afecta intereses económicos y políticos en aras de la defensa de un valor constitucional como es el correcto y transparente uso de los fondos públicos, han surgido corrientes que buscan debilitar este órgano fundamental del Estado costarricense. En este contexto, el mecanismo de la consulta de constitucionalidad es una importante herramienta para la defensa efectiva de las competencias constitucionales que le otorgó el Constituyente Originario a la CGR y, como vimos, también en un instrumento de protección directa de la Hacienda Pública.

V. Conclusiones

La consulta de constitucionalidad es un proceso constitucional que se ubica en el control a priori y tiene por finalidad que la norma legal se ajuste en un todo a la Carta Fundamental. Asimismo, también se constituye en un mecanismo de control por parte de las minorías parlamentarias en resguardo del cumplimiento del Derecho de la Constitución y así evitar que surjan a la vida jurídica normas viciadas de inconstitucionalidad.

El nacimiento de la Comisión Permanente Especial de Consultas de Constitucionalidad fue la respuesta orgánica del Parlamento ante la entrada en vigencia de la jurisdicción constitucional y, por ende, le corresponde subsanar los vicios de inconstitucionalidad, sean estos de procedimiento o fondo, además de ser el enlace entre el Parlamento y la SC.

La competencia de esta comisión se limita única y exclusivamente a subsanar los vicios de inconstitucionalidad que ha encontrado la SC en el proyecto de ley, por lo que no puede modificarlo en otras áreas, pues para tal propósito tendría que reenviarlo a la comisión dictaminadora.

La legitimación institucional que posee la CGR para la interposición de consultas de constitucionalidad constituye una valiosa herramienta para la protección de las competencias constitucionales de este Órgano en materia de Hacienda Pública y para la protección de la Hacienda Pública en general, el cual si bien es cierto ha sido poco usado durante los 25 años de funcionamiento de la jurisdicción constitucional, no cabe duda de que es un mecanismo efectivo, sobre todo en este momento en el que han surgido grupos que buscan reducir las competencias de la CGR a su mínima expresión.

Nadie discute que las sociedades se transforman conforme pasa el tiempo, lo que implica, ni más ni menos, que las instituciones deben renovar, innovar y rehacer sus funciones y su esquema organizativo, realidad de la que no es ajena a CGR, por lo que la consulta de constitucionalidad se erige como un instrumento importante para depurar aquellos proyectos de ley que pretenden lesionar las competencias constitucionales de la CGR y, de conformidad con la jurisprudencia supra mencionada, también los que pretendan afectar la Hacienda Pública.

VI. Referencias

Normativa

- Constitución Política de Costa Rica, 1949.
- Ley de la Jurisdicción Constitucional, 1989.

Libros

- Castillo Víquez, F. (2008). La protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción constitucional y sus vicisitudes. San José: Juritexto,
- Piza Escalante, R. (2004). La justicia constitucional en Costa Rica. San José: Investigaciones Jurídicas S.A.
- Ramírez Altamirano, M. (1998). Manual de procedimiento legislativo. San José: Investigaciones Jurídicas SA.

Jurisprudencia

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 3919-2000 de las 14 horas con 20 minutos del 10 de mayo del 2000.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 14253-2004 de las 14 horas con 16 minutos del 15 de diciembre del 2004.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 1800-2005 de las 16 horas con 20 minutos del 23 de febrero del 2005.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 05298-2006 de las 8 horas con 30 minutos del 21 de abril de 2006.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 06611-2007 de las 14 horas con 30 minutos del 16 de mayo del 2007.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 16221-2008 de las 16 horas del 30 de octubre del 2008.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 10450-2008 de las 9 horas del 23 de junio del 2008.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 09397-2011 de las 14 horas con 31 minutos del 20 de julio de 2011.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto n.º 01963-2012 de las 13 horas con 50 minutos del 15 de febrero de 2012.

Expediente legislativo

- Asamblea Legislativa de Costa Rica, Expediente Legislativo n.º 10278.



**Estudios de
Colaboradores
Externos**

Ejemplaridad Pública



Doctor Javier Gomá Lanzón¹

Con la autorización del Doctor Javier Gomá Lanzón y la empresa editorial respectiva, incluimos en esta ocasión dentro de la Revista un texto que forma parte del libro titulado "Ejemplaridad Pública"². Se trata específicamente del Capítulo X. Especial Responsabilidad del Ejemplo Político, que desarrolla primordialmente el impacto moral de las conductas provenientes de quienes ejercen como administradores de lo público, ya sea en virtud de un cargo electivo o por medio de una relación estatutaria con carácter permanente, así como quienes desempeñan una particular posición dada por la sucesión hereditaria, como sucede en las monarquías. Bajo esa perspectiva, el texto propone un imperativo universal basado en el ejemplo, de forma tal que el comportamiento imitable y generalizado de toda vida humana produzca un impacto civilizatorio en su círculo de influencia, acentuando dicha responsabilidad sobre quienes gozan de la confianza que les ha sido depositada por los ciudadanos para cumplir cabalmente una serie de mandatos y tareas en beneficio de la colectividad, sea mediante el ejercicio de atribuciones y potestades que resultan típicas de los poderes públicos³.

¹ JAVIER GOMÁ LANZÓN, ensayista y filósofo español, es Doctor en Filosofía, Licenciado en Filología Clásica y en Derecho. Número 1 de la promoción en las oposiciones al cuerpo de Letrados del Consejo de Estado de 1993 (en excedencia desde 2007). Actualmente es Director de la Fundación Juan March, con sede en Madrid. Es autor de la tetralogía sobre la ejemplaridad (2014), conformada por cuatro títulos de su autoría: 1) Imitación y experiencia, Pre-Textos, 2003 (tres ediciones); edición de bolsillo en Crítica, 2005. Premio Nacional de Ensayo de 2004. 2) Aquiles en el gineceo, o aprender a ser mortal, Pre-Textos, 2007 (dos ediciones). 3) Ejemplaridad pública, Taurus, 2009 (cuatro ediciones). Traducido al italiano por Armando Editore, Roma, 2011. 4) Necesario pero imposible, Taurus, 2013 (dos ediciones). Cuenta además con una serie de ensayos y artículos publicados (entre los que destacan: Ingenuidad aprendida, Todo a mil y Razón: portería). Colabora con periódicos y revistas de España, y ha dictado conferencias en un gran número de instituciones españolas y también en Italia, EE.UU., Chile y Argentina. Ha sido profesor visitante en ESADE y Distinguished Visiting Professor de IE Universidad. En 2012 y en 2014, fue elegido como uno de los cincuenta intelectuales iberoamericanos más influyentes (por la revista Foreign Policy -en español- y por la organización Esglobal).

² GOMÁ LANZÓN (Javier), Ejemplaridad Pública., forma parte de "Tetralogía de la Ejemplaridad", publicado por la Editorial Taurus, Madrid, 2014, pág. 339-358.

³ Reseña y presentación elaborada por el Lic. Hansel Arias Ramírez, Gerente Asociado de la División Jurídica, CGR.

“Todos somos ejemplos para todos, todo hombre es ejemplo para los demás y los demás lo son para él”

-Frase del autor-

X. ESPECIAL RESPONSABILIDAD DEL EJEMPLO POLÍTICO

No desmiente el postulado de una ejemplaridad igualitaria -ya se dijo antes- la constatación, comprobable en la cotidiana experiencia, de una gran diversidad de reacciones personales a la responsabilidad del ejemplo: a nuestro alrededor y en nosotros mismos, observamos unas respuestas enderezadas a producir en el círculo de influencia el efecto que se estima mejor, mientras que otras rehúsan la reforma insinuada a la conciencia afirmándose en un estilo de vida vulgar. Lo más frecuente es una combinación de ambas, contaminada cada una de su opuesta, en lugar de la hipótesis improbable de unos tipos «químicamente puros». No existen pruebas de una «aristocracia natural» destinada *ab initio* a una peculiar excelencia ni de una masa prellamada a una vulgaridad inexorable. La responsabilidad por las consecuencias morales en la vida de los otros dimanadas del propio ejemplo es universal. Siendo esto cierto, este igualitarismo del deber –aún más básico que el de oportunidades y derechos– no se extiende, sin embargo, como es obvio, al uso que después cada uno haga de su libertad, siendo la regla en este segundo momento no la igualdad sino, por el contrario, la multiplicidad, la variedad y la diferencia.

El igualitarismo de la ejemplaridad es asimismo compatible con la responsabilidad reduplicada de determinados ejemplos morales, atendiendo a la posición singular que ocupan en la sociedad. El imperativo de ejemplaridad pública es general y alcanza a todo sujeto, por lo mismo que todo yo especializado –en el oficio y en el corazón– es ya una persona pública, como se ha argumentado en repetidas ocasiones. Ahora bien, la especialización ha conducido a ciertas personas a un oficio en la organización de los poderes del Estado –el legislativo, el administrativo o el judicial– y para ellas las «instituciones de la eticidad», que son un deber *general* para todo yo, se han concretado, en lo que al trabajo profesional se refiere, en un empleo dentro de las «instituciones de la política». Como administradores de lo público, resultan investidos de un poder coactivo sobre sus conciudadanos y su ejemplo despliega un superior impacto moral en su círculo de influencia, el cual, por razón de su oficio, se amplía extraordinariamente en comparación con el resto de las personas públicas. Un mayor poder y una mayor influencia determinan una *especial* responsabilidad concurrente en ellos, si bien hay que insistir en que no es una responsabilidad de una naturaleza nueva sino la misma que incumbe a todo yo al cuidado de su ejemplo aunque en grado eminente.

A su vez, dentro de estos profesionales de lo público, conviene distinguir entre aquellos cuya posición en las instituciones políticas de autogobierno proviene de la confianza depositada en ellos por los ciudadanos, expresada y renovada periódicamente por medio de elecciones libres, y aquellos otros que ocupan en dichas instituciones una posición de carácter permanente y, en el caso típico, vitalicia, a la que acceden sin el concurso directo de los ciudadanos, bien por contrato, bien por herencia. Estas diferentes situaciones dentro de la responsabilidad especial recomiendan un estudio separado de la ejemplaridad electiva de los primeros y de la estatutaria de los segundos.

29. EJEMPLARIDAD ELECTIVA: LOS POLÍTICOS

Toda vida humana es un ejemplo y, por eso mismo, recae sobre ella un imperativo de ejemplaridad que dice: obra de tal manera que tu comportamiento sea imitable y generalizable en tu círculo de influencia, produciendo en él un impacto civilizatorio. Este imperativo universal ha sido ciertamente desconocido por la filosofía moral, pero en ningún caso por la polis que, desde la primera hora, comprendió intuitivamente el inmenso poder político del ejemplo –del positivo para cohesionar la comunidad, del negativo para disgregarla y atomizarla– y a lo largo de su historia ha sabido administrarlo y ponerlo al servicio de su misión cívica. El espacio público está cimentado sobre la ejemplaridad, es su escenario más genuino y propio. Podría decirse que la política es el arte de ejemplificar.¹

En efecto, las instituciones públicas siempre han sido conscientes del efecto multiplicador que la espontánea generalización de determinados modelos públicos tiene para la convivencia pacífica. De ahí su empeño constante por llevar a la consideración de los ciudadanos ejemplos de virtud y excelencia que, por un efecto de emulación, animan a éstos a aceptar su mortalidad política -su destino individual socializado- y despiertan en su pecho el deseo de integrarse, de no vivir para sí mismos y de ser socialmente productivos. Y así, con esa mira, la ciudad erige estatuas a sus personalidades ilustres; presta sus nombres a calles, plazas, teatros, establecimientos; concede entre los vivos y a veces a título póstumo medallas, premios, honores y distinciones, etcétera. El paseante que contemplase la ciudad desde esta perspectiva descubriría en ella un cosmos de ejemplos que le rodea por todas partes y le exhorta sin cesar a la buena ciudadanía.

No es sólo que los gobernantes, políticos y administradores de lo público propongan ejemplos de civilidad por una variedad de procedimientos. Ellos, sus mismas personas y vidas, son, de hecho, lo quieran o no, ejemplos de una extraordinaria influencia social. La facticidad general de los ejemplos adquiere en los políticos un especial relieve. Como autores de las fuentes escritas de Derecho –leyes, decretos, resoluciones ejecutivas, sentencias–, controlan el monopolio estatal de la violencia legítima y ejercen un dominio muy amplio sobre nuestras libertades, derechos y patrimonio. Y al ser importantes para nuestras vidas, atraen sobre ellos la atención expectante de los gobernados y se hacen notoriedades públicas. El alcance de sus actos no se restringe al ámbito limitado y parcial de sus relaciones personales sino que irradian un efecto general. El desarrollo de los medios de comunicación de masas, que alimenta la demanda de una curiosidad vulgar hacia la intimidad de las celebridades, favorece la divulgación de sus estilos de vida y, en consecuencia, el impacto de su ejemplo aumenta exponencialmente. La manera en que ellos viven, actúan, se organizan, hablan, razonan o expresan preferencias, conforma paradigmas morales que pueblan la conciencia de los ciudadanos, dictando el recto comportamiento. Estos hombres poderosos dan el tono a la sociedad, crean pautas y expectativas de comportamiento, definen en la práctica el dominio de lo permitido y no permitido y, suscitando hábitos colectivos, son fuentes de moralidad social. «La vida del príncipe es ley y maestra de los pueblos –dice Baltasar de Castiglione– y necesario es que de las costumbres de él procedan las de todos los otros».²

¹ «Example, the only argument of effect in civil life», sentenció Edmund Burke en *Thoughts on the Cause of the Present Discontents* (1770), quejándose de los malos ejemplos que la facción de los «amigos del rey» estaba ofreciendo en el Parlamento de su época, con perversas consecuencias políticas y morales.

² B. Castiglione, *El cortesano*, Libro IV, Espasa-Calpe, Madrid, 1984, trad. de Juan Boscán, p. 315.

Una cosa es lo que los políticos *hacen* (coacción) y otra lo que ellos *son* (ejemplos). Consecuentemente, gobiernan también de dos maneras: produciendo leyes y produciendo costumbres. Y, en cierto sentido, la segunda forma de gobernación es más profunda y duradera que la primera, porque las leyes coactivas sólo ejercen compulsión sobre la libertad externa de los ciudadanos, en tanto que las costumbres entran en su corazón y lo reforman.³ En cuanto titulares del aparato coactivo estatal y en cuanto notoriedades que disfrutaban de una extensa popularidad, pesa sobre las vidas de los políticos –en las que no es posible distinguir entre una esfera pública y otra privada– un *plus* de responsabilidad. A diferencia de los demás ciudadanos, que pueden hacer lícitamente todo lo que no esté prohibido por las leyes, a ellos se les exige que observen, respeten o al menos no contradigan el plexo de valores y bienes estimados por la sociedad a la que dicen servir y que son fundamento de un «vivir y envejecer juntos» en paz. No basta con que cumplan la ley, han de ser ejemplares. Si los políticos realmente lo fueran, sólo sería necesario un número muy reducido de leyes básicas, porque las costumbres cívicas que emanarían de su ejemplo excusarían de imponer por fuerza lo que una mayoría de ciudadanos ya estaría haciendo de buen grado.

«Se promulgan demasiadas leyes, se dan pocos ejemplos», denunció Saint-Just, parcial de Robespierre, ante la Convención revolucionaria. Desde entonces, los ejemplos escasean en política y las leyes menudean cada vez más. La proliferación de leyes y la hiperregulación que caracterizan el mundo moderno obedecen sin duda a la creciente complejidad de las sociedades contemporáneas y a la burocratización general del mundo de la vida. Pero son hechos que también admiten ser interpretados como una señal de la preocupante ausencia actual en las instituciones de la política de hombres ejemplares también ellos subjetividades libres y autónomas. La inmoralidad de los gobernantes difunde un ejemplo negativo que luego ellos mismos se ocupan de reprimir mediante leyes más severas y restrictivas de las libertades.

La extensión en los países occidentales del Estado de Derecho, la creación de una opinión pública libre, la garantía de los derechos fundamentales, la independencia de los jueces, las elecciones generales periódicas y la alternancia en el poder de los partidos gobernantes, entre otros factores derivados del advenimiento de las democracias liberales, acrece todavía más el imperativo de ejemplaridad dirigido al profesional de la política. Al residir la soberanía en el pueblo, el político es ahora un representante que gestiona vicariamente negocios ajenos, su posición es fiduciaria y su responsabilidad mucho más amplia y profunda. Además de responder jurídicamente ante la ley en el orden civil, administrativo y penal, es responsable también *políticamente*, esto es, ante el superior que lo nombró y, en todo caso, ante el pueblo que lo eligió. Con frecuencia, vemos que un político que no ha cometido ningún ilícito se hace reprochable ante la ciudadanía, debe dimitir de su cargo o se hace inelegible para ocupar uno nuevo porque, aunque inimputable desde un ángulo jurídico, alguna actuación suya –no hay diferencia en este punto si en el ámbito público o privado de su vida– desdice de la confianza que motivó su apoderamiento. En los regímenes democráticos, la confianza está, pues, en la raíz del contrato de agencia político, pues los representantes del pueblo ostentan el poder sólo porque los ciudadanos se lo han *confiado* provisionalmente.

¿En quién confiamos? La confianza no se compra, no se impone, no se fabrica: la confianza se *inspira*. Sucede que algunas personas infunden en el ánimo de otras la expectativa de que

³ Cfr. supra §18, «Coacción vs. persuasión, o sobre la articulación ley/ costumbre».

las primeras no harán nada que perjudique a las segundas, obrarán en su beneficio y serán leales a la palabra dada. Pues bien, ¿quién nos infunde esta expectativa?

La confianza despierta en uno tras un juicio global sobre la persona que la recibe y en quien la depositamos. Nos preguntamos sobre ella: ¿es, en conjunto, una persona *fiable*? Que lo sea o no dependerá no tanto de ese o aquel hecho particular, de la invocación de un mérito, de un título académico, de una experiencia aislada, como de una interpretación genérica sobre la fiabilidad de su persona. Y sólo la virtud general es capaz de proyectar sobre el hombre así juzgado ese hábito inasible, irreductible a técnica, pero diariamente verificable y realísimo, que hace de él alguien «digno de nuestra confianza», con palabra y con honor. En suma, la inspiración de confianza brota del aura carismática de una ejemplaridad personal.⁴

Cada día se nos hace más evidente que la ciceroniana «uniformidad de vida», incluyendo – aunque repugne a nuestra sensibilidad moderna– la rectitud en la llamada «vida privada», funciona como un principio práctico y estructurador de la esfera pública porque, de hecho, es determinante en la generación de confianza ciudadana hacia los políticos. Demagogias aparte, que no faltan, normalmente el político cuidará de mostrarse con el debido «*decorum*» ante el electorado. Y para convencernos de que es honesto, los votantes no nos fijamos sólo en si es buen gestor, buen parlamentario, buen orador buen comunicador, sino que, más allá de lo ceñidamente político, tomaremos en consideración qué clase de persona es – responsable, emancipada, fiable– y si se aproxima más o menos a esa imagen de ejemplaridad que tenemos en mente, la del buen padre de familia, buen vecino o buen ciudadano. Cuando queremos emplear a alguien para una empresa o para el cuidado de un hijo en casa, todos los datos sobre su honestidad son importantes, y la mayoría de las veces no nos conformamos con una información formal o esquemática de su currículum profesional. ¡Cuánto más con un gobernante, dotado de poderes exorbitantes sobre nuestra libertad y nuestros derechos! El político se esforzará por crearse una imagen atractiva, pero a la postre lo que cuenta en él es que «predique con el ejemplo»,⁵ puesto que, en el ámbito moral, sólo el ejemplo «predica» de modo convincente, no las promesas ni los discursos, los cuales, sin el ejemplo, carecen de convicción y aun de un mínimo de verdad.

⁴ Aunque no faltaron del todo alusiones a ella, no fue la confianza una de las preocupaciones teóricas principales de la sociología clásica, porque cuando esta disciplina se desarrolló existía aún en las sociedades decimonónicas una ideología fuerte que las cohesionaba eficazmente sin necesidad de una expresión individual de confianza. Pero, tras los movimientos de liberación subjetiva que han dejado el espacio público expuesto al mismo tiempo a la anomia y a la burocratización, las subjetividades resultantes ya no encuentran tan obvia como antaño la necesidad de confiar en los demás o en las instituciones, y en ese momento la confianza se convierte en un problema y también en un tema de gran interés, al que los teóricos del capital social han prestado últimamente particular atención. Suele distinguirse entre confianza social (*trust*) y confianza política (*confidence*): la primera se describe como privada, particularizada, fuerte (*thick*), mientras que la segunda, por contraste, sería institucional, generalizada, tenue (*thin*). En la literatura del capital social se ha estudiado ampliamente la primera (D. Gambetta, R. Hardin, R. D. Putnam, entre otros), pero mucho menos la segunda. E. M. Uslaner, en *The Moral Foundations of Trust*, Cambridge University Press, 2002, contrapone una «confianza estratégica», basada en la experiencia y el cálculo, posible sólo en el seno de relaciones interpersonales, y una «confianza moralista», entendida como fe genérica y abstracta en la gente, en las instituciones, en la humanidad y en su futuro. Lo interesante de su perspectiva estriba en que, al centrarse en esta segunda clase, desplaza el estudio de la confianza desde el mundo privado al público, pero comparte con los demás la asunción, típicamente moderna, que reserva el elemento personal en exclusiva a la esfera privada y no imagina siquiera que ese elemento pueda tener papel alguno en la pública, donde rige por principio la más absoluta despersonalización. La teoría de la ejemplaridad pública, en cambio, recupera la dimensión personal de la esfera pública y destaca el hecho de que toda confianza, también la política, proviene de las personas que, mediante sus acciones, se hacen acreedoras y dignas de ella.

⁵ Para una interpretación filosófica del dictum «predicar con el ejemplo», cfr. *Imitación y experiencia*, pp. 573-574.

Hubo un tiempo, no hace mucho, en el que la sociedad estaba organizada conforme a un orden jerárquico y en ella los situados más altos en la escala social –propietarios, poderosos, educados, respetables, conscientes de su propia importancia– sentaban un ejemplo vinculante para la mayoría, que se limitaba a asentir a la ejemplaridad natural que se les dictaba. La quiebra definitiva del principio de autoridad, paralela a la crítica a las creencias y costumbres colectivas en el contexto de una cultura postideológica, conlleva el declinar de la tradicional «ejemplaridad por asentimiento» en coincidencia con el despuntar de una muy distinta «ejemplaridad por elección». El padre, por ejemplo, concentraba antes toda la autoridad en la familia y se imponía entre sus hijos como modelo único y forzoso, incuestionado e incuestionable. El escenario ha cambiado por completo en pocas décadas: la patria potestad que entonces se poseía por naturaleza, por herencia o por destino, ahora hay que merecerla. En un mundo de legitimaciones fragmentarias y precarias, los hijos no reconocen una autoridad innata a la paternidad, ya no más un hecho biológico sino moral, que el padre habrá de ganarse con la persuasión constante del propio ejemplo. Le ayuda el natural ascendiente que ejerce sobre quienes dependen de él para vivir y valerse, pero si la infancia percibe que la conducta del progenitor no está a la altura del sentimiento de admiración y respeto que produce en ella, muy pronto aprende a retirarle la autoridad que estaba deseosa de concederle al principio, por mucho que durante algún tiempo se mantenga bajo su desprestigiada tutela, en una situación de permanente conflicto potencial.

Esta misma «ejemplaridad por elección» rige en la organización y funcionamiento de los sistemas democráticos. Para la teoría democrática clásica –desde Aristóteles a Harrington, Montesquieu, Rousseau y Madison durante el debate constitucional norteamericano de 1787–, las elecciones democráticas conservan siempre un elemento aristocrático porque en ellas se eligen a los mejores, a los más virtuosos y sabios, para velar por los intereses colectivos. Los políticos más votados son, en consecuencia, personas electas, es decir, «selectas», «elites», componentes de una «aristocracia natural» adornada con cualidades que la distinguen por encima del común de los ciudadanos.⁶ Al lado de esta perspectiva aristocrática cabe situar otra igualitaria que pone el acento, en cambio, en el hecho de que, en principio, todos los ciudadanos sin distinción pueden ser elegidos; caso de que algunos, de hecho, obtengan la confianza mayoritaria de los electores, incurren en una altísima responsabilidad política, como legisladores y como fuente de moralidad social. Por consiguiente, para esta segunda perspectiva, que es también normativa y no sólo analítica, lo interesante no reside en que los políticos resultan elegidos porque son los mejores, sino en que, precisamente por el dato de que resultan elegidos, *deben* ser en conciencia los mejores. Dada su situación especialmente preeminente, recae sobre ellos un imperativo también especial de mantener la vulgaridad de sus vidas en permanente reforma, el mismo en su naturaleza que el que interpela a todos los hombres en su red de influencias mutuas, pero con una intensidad superior proporcional al alcance ampliado de su ejemplo. Si esos individuos electos no están después, en el ejercicio efectivo de su responsabilidad, a la altura de su deber moral y político, porque el realismo del poder ha acabado venciendo con el tiempo al idealismo de la ejemplaridad, los ciudadanos en las elecciones siguientes castigan a los que han defraudado sus expectativas apartándolos del poder y forzando la alternancia, y buscan en otros renovadas fuentes de ilusión y de confianza.

⁶ Cfr. B. Manin, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, caps. 3 y 4: «El principio de distinción» y «Una aristocracia democrática».

La democracia crece en sociedades postideológicas, multiculturales y poliétnicas que toleran y protegen todas las creencias pero no sustentan ninguna. Las «teologías políticas», resultado de la alianza entre el Estado y los relatos míticos, religiosos y metafísicos han decaído como fundamento del espacio público y como agente de cohesión social. En ausencia de las antiguas cosmovisiones, el motor efectivo de integración ciudadana reside hoy en el ejemplo político cuando éste se abre al universalismo de su ejemplaridad. Los valores éticos no son definibles, sólo se hacen intuitivos en las personas que los encarnan. Los profesionales de la política son personificaciones de la ética implícita vigente en una sociedad al mismo tiempo que configuradores privilegiados de ella. La corrupción de sus costumbres individuales explícita, de una forma concreta y tangible, el espectáculo colectivo de una deshonestidad latente en el grupo lo que a su vez tiene consecuencias desmoralizadoras porque de su ejemplo la ciudadanía sólo puede extraer modelos de vulgaridad. En cambio, la ejemplaridad pública es comunitaria de suyo por cuanto la regla universal de la que es portadora, como ocurre con la verdadera obra de arte, encierra la pretensión de ser aceptada por todos los hombres dotados de buen gusto (*sensus communis*) que saben reconocer la excelencia cuando se les muestra con una tal evidencia personal.

En un mundo desencantado lo que atrae la confianza de los conciudadanos no es tanto la oportunidad y el acierto del programa electoral que presenta un partido político cuanto la personalidad misma de su líder, lo que éste «es» más que lo que «hace». En las democracias occidentales todos los políticos –los de derecha y los de izquierda, los progresistas y los conservadores– *hacen* o prometen hacer más o menos lo mismo y comprobamos con gran frecuencia que sus agendas políticas son casi enteramente intercambiables entre sí. La verdadera diferencia, la *summa divisio rerum* en política, la encontramos, pues, en lo que ellos *son* y en la línea que separa dos estilos contrapuestos de vida, el vulgar y el ejemplar, a no confundir el último con la gazmoñería, lo píos deseos o alguna forma mineralizada de moral tradicionalista pues, sin negar que en el concepto de ejemplaridad hay un núcleo fijo inderogable (inherente a su vocación universalista), su contenido se nutre mayoritariamente de los bienes y valores históricos más estimados en una cultura dada. Con estos materiales idiosincrásicos de cada época y geografía, el político de hoy debe ser capaz de inventarse un relato paradigmático sobre el ejemplo de su vida y forjar con su biografía la imagen de un «ser» y «vivir» fiables. Inspirará mayor confianza aquel que proponga a la opinión pública una narración autobiográfica más esperanzadora y convincente. La *política narrativa* de nuestros días parece menos cuestión de cosas –planes, programas, proyectos– y más de personas actuando en el teatro finito de la polis: menos *res pública* y más *dramatis personae*.

30. EJEMPLARIDAD ESTATUTARIA: FUNCIONARIOS Y CORONA

los políticos profesionales electos ocupan los cargos superiores y directivos en el aparato coactivo del Estado pero sólo un número limitado de años y, en la ejecución de sus programas, se han de apoyar en un cuerpo estable de funcionarios. Éstos se sitúan, pues, en un segundo escalón de la escala jerárquica pero, a cambio, su relación con los poderes del Estado tiene un carácter contractual, temporalmente indefinido y, en la mayoría de los casos, vitalicio, hasta la edad reglamentaria de jubilación. Acceden a su empleo no por elección de los ciudadanos sino, en la mayoría de los casos, presentándose a concursos y oposiciones

dirimidos conforme a principios de mérito y capacidad y, si superan las pruebas, entran en una situación objetiva de derechos y obligaciones definida por la ley que los regula.

El imperativo de ejemplaridad que gravita sobre los funcionarios es de una naturaleza distinta del que rige para los profesionales de la política. Ellos no deben responder, como éstos, a la confianza específica que la ciudadanía, expresada en votos, les ha otorgado a la vista precisamente de unas cualidades personales que hacen de ellos personas fiables y creíbles y que pueden revocar en las elecciones siguientes. La responsabilidad en la que incurren como administradores de negocios ajenos es principalmente de orden legal. No obstante, incluso la ley en nuestros días no puede por menos de reconocer el deber de ejemplaridad del funcionario y, si bien el legislador moderno ha abandonado ese lenguaje de la ejemplaridad pública que permeaba la legislación decimonónica, permanece, con todo, su aroma en las leyes actuales a través de una diversidad de fórmulas que permiten extender el ámbito de lo jurídico, más allá de lo regulado expresamente, a comportamientos de honestidad y decoro que son también exigibles al funcionario aun no siendo tipificables *a priori* en una disposición normativa.

Así, cada uno de los sectores del funcionariado tiene su particular deontología contenida en su norma estatutaria, unas veces codificada explícitamente en un capítulo dedicado a los deberes profesionales del personal de ese sector, otras inferible a *contrario* del capítulo de infracciones graves y muy graves. De una y otra fuente se deduce que del funcionario se espera no sólo que observe estrictamente la ley positiva sino también que practique valores como la imparcialidad, la independencia, la equidad, la lealtad, la anteposición del interés general al propio o la probidad en el servicio público. A los candidatos a ocupar empleos públicos ya no se les requiere, como antes, «ser de buenas costumbres».⁷ Pero sí les es aplicable todavía hoy, por analogía, la regla atinente al gestor de negocios ajenos, el cual, dice la ley, «debe desempeñar su encargo *con toda la diligencia de un buen padre de familia*».⁸ Es interesante advertir que en Derecho una de las instituciones de la eticidad (la familia) sirve de pauta para enjuiciar la responsabilidad de la otra de las instituciones (el trabajo). El padre de familia «diligente y bueno», dechado de hombre ejemplar presente en la conciencia social, es la medida de la responsabilidad del funcionario, administrador de negocios ajenos. La ley reclama ejemplaridad a los servidores públicos a fin de que los administrados conserven su confianza en el Estado de Derecho y mantengan su creencia en que los funcionarios «funcionan y hacen funcionar» la máquina del Estado, pese a las conocidas trabas burocráticas, muchas de ellas establecidas en garantía de los ciudadanos.

⁷ Reclamaba buenas costumbres, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley española del Notariado de 1862. En «Ejemplaridad y fe pública», apartado IV, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLVII, curso 2006/2007, Colegio Notarial de Madrid, 2009, pp. 163-190, se examinan fórmulas atañaderas a la ejemplaridad de la figura del notario, como «ser de buenas costumbres», observar una conducta que no «afecte al decoro de la profesión» o «dé lugar al desmerecimiento en el concepto público». El concepto jurídico indeterminado «buenas costumbres» sigue vigente en el Código Civil español en materia de herencia y obligaciones (artículos 792, 1116 Y 1271.3°).

⁸ Cfr. artículo 1889 del Código Civil español. Esa locución, «buen padre de familia», procede de la literatura romana (Cicerón) y en particular agrícola (Columella), que usan la expresión diligens (y también bonus, prudens) pater familias. Estos autores tomaban al padre de familia romano, poseedor y administrador de una finca agrícola, como modelo de responsabilidad. De esta clase de hombre se espera un comportamiento cuidadoso, económico, moderado, puntual, cumplidor escrupuloso de sus obligaciones (officia). De ahí pasó a los juristas romanos clásicos y postclásicos y, a través del Derecho intermedio, a los códigos contemporáneos. Véase P. Beltrán de Heredia de Onís, «El buen padre de familia», Estudio de Derecho Civil en Homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño, Universidad de Salamanca, 1984, pp. 69 y ss., quien sostiene que la diligencia del buen padre de familia no es la que se le supone al hombre medio o mayoritario sino una mucho más exigente que se corresponde con lo que los glossadores medievales llamaban «diligentia exactissima».

El Estado se organiza como una pirámide jerárquica de fuerza coactiva progresiva en la que cada escalón superior concentra más poder que el inferior sobre el monopolio de la violencia estatal. Así, en la base, se encuentran los funcionarios, unidos al Estado por una relación estatutaria; en un estrato superior, los políticos, elegidos por sufragio libre y poseedores de las fuentes escritas de Derecho; y el vértice de esa jerarquía lo ocupa, en las monarquías parlamentarias, la Corona, un cargo al que el titular accede *por herencia*. ¿Cómo es esto posible en nuestras modernas democracias? ¿Qué legitimación asiste a la Corona?

La ya aludida hibridación en nuestro mundo contemporáneo de las tres legitimaciones tipificadas por Weber se verifica en especial en aquellos sistemas políticos en los que la jefatura del Estado recae en una dinastía. Las modernas constituciones escritas son expresión exacta de la legitimación racional-legal por su condición de normas supremas, abstractas y generales, de organización y distribución del poder, aprobadas válidamente por el órgano competente conforme al procedimiento debido. La transmisión de la jefatura del Estado por vía hereditaria, siguiendo reglas genealógicas, supone sin duda la integración de un *momento* tradicional-histórico, muy *Ancien Régime*, en el racionalismo originariamente formal de la constitución. La entrega de la máxima magistratura del Estado a una familia y a sus descendientes sólo cabe considerarla democrática, aun siendo voluntad del pueblo, a condición de que éste retenga la integridad de su soberanía y que, en consecuencia, la posición estatutaria del rey no lleve aparejada ninguna cuota de poder coactivo, ni legislativo ni ejecutivo ni judicial, y sólo ostente un valor simbólico. De manera que en la cúspide del Estado, esa escala de poder coactivo creciente, en el lugar que uno esperaría una apoteosis de fuerza y decisión, luce un símbolo desnudo.

La Corona carece de competencias coercitivas, ¿quiere esto decir que carece de mando? ¿Es un adorno superfluo y meramente decorativo, o por el contrario ejerce un poder tan real y efectivo como el de los otros Poderes constitucionales del Estado, si bien de otra índole? Aunque la Constitución declare que un Estado es una monarquía parlamentaria y la misma dinastía haya regido los destinos de un país durante largos siglos, ni siquiera estos dos tipos de legitimación –racional y tradicional– son suficientes para mantener una familia en el trono si ésta no adquiere adicionalmente un suplemento de legitimidad carismática. Sólo los monárquicos, dogmáticos de la Corona, son partidarios de ésta abstrayendo de toda circunstancia y condición histórica, moral o política, y pronunciarían sin vacilar el grito *«fiat monarchia, pereat mundus»*. La mayoría de los ciudadanos de una monarquía se calificarían solamente, como mucho, de pragmáticos de la Corona, al medir el valor del trono por los efectos prácticos, positivos o negativos, que proyecta sobre su comunidad política. Excluida de las fuentes de Derecho, privada de potestad para remover una situación de hecho o transformar los elementos materiales de la realidad, la Corona despliega el poder puramente moral de su simbolismo cuando su titular, exhibiendo un estilo de vida carismático, infunde en la ciudadanía respeto hacia la institución y gana para ésta una adicional *legitimidad de ejercicio*.

Un símbolo es un ejemplo cuyo cuerpo sensible remite a un orden inteligible. El lado corporal del símbolo, con su materialidad empírica y visible, hace perceptible la profundidad trascendente de lo simbolizado. Ahora bien, el símbolo político, a diferencia del lógico, no se limita a señalar simplemente un sentido, sino que, en torno a éste, trata de producir en los

destinatarios un movimiento de unión y mutualidad.⁹ En el proceso de integración política y de concentración de una pluralidad dispersa en una unidad de poder, intervienen elementos racionales, como el concepto, y otros míticos, como el símbolo político; la mitología política no pertenecería, a juicio de García-Pelayo, a una época superada de la historia humana en beneficio de otra fundada en un concepto racional, sino que ambos, concepto y mito, son, por igual, dos formas de estar en el mundo, dos modos de instalación humana.¹⁰ Incluso en nuestra edad hiperracionalizada y técnica el mito político cumple una triple función: *integradora*, pues el mito es conocido sólo por quien vive y se instala existencialmente en él y da lugar entre los que así lo actualizan a una comunidad de vivencias; *movilizadora*, al proporcionar fe y fuerza en los desfallecimientos, potenciar el heroísmo y dar esperanza aun en la derrota, si no es radical; y *esclarecedora*, porque el mito explica, a través de sus imágenes y símbolos, lo que las gentes sienten y desean de forma vaga, inconcreta y difusa, y procura un esquema interpretativo que suministra un universo de sentido a todo fenómeno posible.¹¹

Hay muchos símbolos políticos –bandera, himno, escudo– pero el principal de ellos es la Corona, que es un símbolo personal.¹² En ella, lo simbolizado presenta la mayor seriedad: la unidad y permanencia de un Estado. Pero esa carga de sentido político se materializa en lo más doméstico y cotidiano que pueda imaginarse: una familia. Si el símbolo reclama como parte de su esencia el sustrato sensible y concreto que le da soporte, la Corona radicaliza esta característica hasta el extremo de la personalización. Nadie siente adhesión sentimental a la máquina jerárquica y burocrática del Estado, pero sí quizá a un símbolo que ofrece, en la persona del rey constitucional, la estampa de una amabilidad no coercitiva. Hay sentimientos que son exclusivos de las relaciones interpersonales –Scheler los reduce a tres: la unificación afectiva, la simpatía y el amor– y que se hurtan al concepto puro y a las instituciones despersonalizadas.

El papel de la reina, como poder imponente (*dignified capacity*), es de una utilidad incalculable. Sin la reina el gobierno actual de Inglaterra se vendría abajo y no podría existir. A menudo, cuando se lee que la reina ha paseado por la pradera de Windsor o que el príncipe de Gales ha asistido a un *derby*, se imagina que eso es dar una atención excesiva y demasiada importancia a minucias. Pero no hay tal, y conviene explicar cómo los actos de una viuda aislada y de un joven desocupado pueden ofrecer tanto interés.¹³

⁹ Véase M. García-Pelayo, «Ensayo de una teoría de los símbolos políticos» en *Mitos y símbolos políticos*, Taurus Madrid, 1964, pp. 139-140, donde se afirma: «La concentración en una unidad de energías dispersas en cuanto que es capaz de generar un proceso de co-incidencia entre individuos pertenecientes a un grupo que, a través del símbolo, se sienten unificados por su participación en lo simbolizado e impulsados y sostenidos en el proceso de actualización de la vida del grupo. En resumen: la función del símbolo político no se agota en comunicar algo como el mero símbolo discursivo o lógico, sino que tal comunicación no es más que el supuesto para promover y sustentar el proceso integrador; su función no es sólo dar a conocer unas significaciones, sino transformarlas en acción».

¹⁰ *Ibid.*, «Símbolos y conciencia mítica», pp. 162 y ss.

¹¹ M. García-Pelayo, «La funcionalidad del mito», apartado 3.2 de «Mito y actitud mítica en el campo político», *Los mitos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1981.

¹² Como dice M. García-Pelayo, «la Corona no es solamente un símbolo del poder en el sentido que generalmente se le da hoy esta palabra, es decir, no es meramente una realidad material portadora de significaciones inmatriciales o algo que desde un fenómeno remite a una idea, sino que, además de ello, es símbolo en el profundo sentido de una realidad material que hace visible y operante una realidad inmaterial, que condensa o cosifica una realidad o fuerza invisible y sobrenatural y que, por tanto, cancela la separación entre ser y significación, pues es lo que significa», en «La Corona. Estudio sobre un símbolo y un concepto político», *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, p. 21.

¹³ W. Bagehot, *La constitución inglesa*, La España Moderna, Madrid, s.f., trad. A. Posada, p. 58.

Así comienza el célebre capítulo que Bagehot dedica a la monarquía en su *The English Constitution* (1865). Antes ha distinguido entre dos clases de normas dentro de la Constitución inglesa: las «eminentes» (*dignified parts*) y las «eficientes» (*efficient parts*). Las primeras excitan y preservan la lealtad de la población, las segundas gobiernan y mandan: «Una constitución debe primero *adquirir* autoridad y luego *emplear* esta autoridad: sólo cuando ha asegurado la fidelidad y confianza de los hombres es cuando debe sacar partido de ella para la obra gubernamental». ¹⁴ Si el paseo de la reina Victoria o los actos sociales de su ocioso hijo son algo políticamente significativo se debe a que la familia real es el centro y la raíz de la parte eminente de la Constitución inglesa.

La monarquía cumple las expresadas tres funciones del mito político porque, como dice Bagehot, es una «idea simple» al alcance de todos los entendimientos en la que se hace fácilmente inteligible el Estado en su complejidad. Ha de ser una idea digna y elevada, por la seriedad de lo que representa, pero, encarnada en una familia, puede al mismo tiempo, sin perder su *maiestas*, suscitar calor y empatía. Lo doméstico y lo majestuoso se combinan en la familia real para impresionar la imaginación del pueblo y atraer teatralmente su respeto y confianza. Para que la majestad del símbolo sea creíble y lo doméstico de la familia señale, sin cortocircuitos, el sentido trascendente del que es portador –la totalidad del Estado–, sus miembros deben llenar su vida de esta trascendencia: no es sólo que sean fuentes de moralidad pública, como los políticos, sino que son su misma personificación y el espejo de la ciudadanía. Han sido educados para dar ante la sociedad el espectáculo de una mortalidad que ha nacido emancipada, plenamente reformada y sin concesiones a la vulgaridad. Ellos viven y envejecen a la vista de todos. Su oficio constitucional consiste en el cuidado de sus vidas privadas para ponerlas al servicio de una misión política. Si adoptan efectivamente un estilo de vida acorde con esa «idea simple», ésta, además de esclarecer la unidad abstracta del Estado, realiza también en ellos las otras funciones integradoras y movilizadoras de los mitos políticos.

Pero, si el símbolo no encarna esta «idea simple», ¿qué ocurre? Porque quien no es sólo símbolo, el político o funcionario, aun el más vulgar moralmente, seguirá quizá siendo útil a la sociedad a través de la gestión material de su cargo. Pero un símbolo que no simboliza, ¿para qué sirve? En las constituciones modernas, la persona del rey no está sujeta a responsabilidad jurídica. Sin embargo, nadie podrá exonerarle nunca del deber de fidelidad a su significado simbólico. Esta fidelidad al significado es otro nombre para la ejemplaridad. Se razonó en capítulos anteriores que todos los ejemplos se abren a la ejemplaridad, donde son significativos. El oficio del rey se agota en simbolizar esa apertura: un ejemplo que ejemplifica la ejemplaridad misma. Si, encerrándose en su propia anécdota, es desleal a su simbolismo, pierde al punto su anterior gravedad y encanto, y se torna ejemplo ininteresante, caprichoso cosmético, bagatela desechable. El antiguo mito político sólo vale entonces como cuento para niños. La vulgaridad de vida banaliza la Corona y vacía el trono.

“La ley reclama ejemplaridad a los servidores públicos a fin de que los administrados conserven su confianza en el Estado de Derecho y mantengan su creencia en que los funcionarios «funcionan y hacen funcionar» la máquina del Estado, pese a las conocidas trabas burocráticas, muchas de ellas establecidas en garantía de los ciudadanos.”

-Frase del autor-

¹⁴ Ibid., p. 5.



Crónicas

Crónica sobre sentencia de acción de inconstitucionalidad 12-009578-0007-CO

Mediante la resolución N° 015693-2013 de las 16:20 horas del 27 de noviembre de 2013, dada a conocer recientemente, se declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad planteada por el Sindicato de Trabajadores de JAPDEVA (SINTRAJAP), cuyo objeto de impugnación fue la supuesta inconstitucionalidad por omisión de los artículos 2 incisos 2 y 3, y 5 inciso 4 de la Ley N° 7762, Ley General de Concesión de Obra Pública con Servicio Público, y por conexidad se pidió la anulación del *“Contrato de concesión de obra pública con servicio público para el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento de la terminal de Contenedores de Moín”*, alegando la necesaria aprobación por parte de la Asamblea Legislativa en ese supuesto, con fundamento en los artículos 121.14 y 140. 19 de la Constitución Política.

Como primera consideración, aclara la Sala Constitucional que el objeto de la acción no es determinar si el artículo 121.14 de la Constitución Política prohíbe que por concesión un particular pueda explotar negocios jurídicos referidos a ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales, toda vez que la misma accionante admite esa posibilidad y solo objeta que la eficacia jurídica de tal tipo de concesión no esté condicionada a la aprobación legislativa.

En el desarrollo de la sentencia, la Sala hace un recuento sobre el tratamiento del tema en votos anteriores. Así, indica que en la sentencia 3789-92 de las 12 horas del 27 de noviembre de 1992, consideró que la concesión para ferrocarriles, muelles y aeropuertos se somete a un procedimiento calificado, que supone finalmente la aprobación de la Asamblea Legislativa. No obstante, indica que en la sentencia 6240-93 de las 14 horas del 26 de noviembre de 1993, se varía ese criterio. Señala la resolución que sea que se trate de contratos otorgados por la Asamblea Legislativa directamente o de concesiones, se presupone la competencia de la Asamblea Legislativa para fijar en el caso concreto, o bien, regular en un ley general *“condiciones y estipulaciones”* imperativas en la ejecución del contrato.

Asimismo, previendo lo difícil y complicado de acudir a la Asamblea Legislativa para aprobar cada contrato de concesión individual, considera el Tribunal Constitucional que una de las formas de aprobación es la emisión de una ley general regulatoria del proceso de contratación, comúnmente conocida como *“Ley Marco”*. En las sentencias 2319-98 de las 17:51 horas del 31 de marzo de 1998 y 5651-2005 de las 14:41 horas del 11 de mayo de 2005 se reitera este criterio.

En síntesis, la línea jurisprudencial ha sido considerar constitucional que mediante una Ley General de Concesiones, la Asamblea Legislativa delega en el Poder Ejecutivo la suscripción y aprobación definitiva de contratos administrativos, incluso aquellos que tuvieran por objeto bienes públicos de especial importancia como los muelles.

Establecido lo anterior, la Sala entra al análisis del artículo 121.14 de la Constitución Política y dice que en el primer párrafo indica el artículo que compete a la Asamblea Legislativa trasladar el dominio de los bienes de la Nación a un tercero o afectarlos a usos públicos, comunes o especiales, mientras continúen en su patrimonio. La Administración Pública solo

tiene competencia a partir de una ley previa que la habilite. En el segundo párrafo está la excepción a la regla general que faculta al legislador para enajenar los bienes propios de la nación. Y en el tercer párrafo se establece que los ferrocarriles, muelles y aeropuertos, no podrán salir del dominio del Estado, enajenarse o gravar directa o indirectamente, es decir, se prohíbe el uso privado de tales bienes.

Analizando el tercer párrafo que textualmente indica “Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales -éstos últimos mientras se encuentren en servicio- no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma (sic) del dominio y control del Estado.”, considera la Sala que la Constitución establece una prohibición de enajenación absoluta, pero no es una prohibición total para otro tipo de disposición del bien que no sea enajenación, a reserva de que no salgan del dominio y control del Estado en el caso de ferrocarriles, muelles y aeropuertos.

En este sentido, ya que la concesión no implica una enajenación, en razón de que la titularidad del bien continúa en poder del Estado o de la Administración competente, tampoco supone una excepción a la aplicación de dichos bienes a uso público en la medida en que el concesionario satisfaga con su gestión los fines públicos que correspondería cumplir a la Administración, si esta asumiera tal servicio público con sus propios recursos, sí es posible otorgar concesiones y no existe inconstitucionalidad ya que la titularidad se mantiene en el Estado por lo que no hay una transgresión a la prohibición de enajenar contenida en el inciso 14 del artículo 121 constitucional.

Destaca la sentencia que en el contrato de concesión el Estado continúa satisfaciendo la necesidad social y atendiendo el fin público solo que en lugar de hacerlo con sus propios recursos, lo hace a través de un tercero, el concesionario.

En relación con el otro artículo referido como violado, el 140 inciso 19), que dispone como deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno, suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de la Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado, indica la Sala que no todos los contratos de explotación de servicios públicos requieren de aprobación de la Asamblea Legislativa, sino que, de acuerdo con el constituyente, serán aquellos referidos a proyectos de gran envergadura y trascendencia nacional, dentro de los que se excluye los del artículo 121.14 de la Constitución Política, ya que estos están sujetos a una normativa constitucional particular en este artículo.

Sobre el particular, señala la sentencia: “...*existe una referencia histórica muy clara y concreta de que la voluntad del constituyente del 49, siguiendo la misma línea que en 1936 reformó la anterior Constitución de 1871, consistió en regular todo lo concerniente a ferrocarriles, muelles y aeropuertos en el artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política. Así, el inciso 19 del artículo 140 constitucional no se aplica a los contratos contemplados en el inciso 14 del ordinal 121 de la Constitución Política vigente.*”

Asimismo, estima la Sala Constitucional que de la disposición del artículo 121.14 constitucional, se deduce que el legislador sí puede regular la concesión de muelles al amparo de lo dispuesto en la regla general contenida en el párrafo primero del inciso 14) que dice: *“Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación”*. Esta última parte autoriza, ante ausencia de prohibición expresa, la concesión, incluso al amparo de una ley general, a reserva de que tales bienes no salgan del dominio y control del Estado.

Concluye dicho cuerpo deliberativo diciendo que: *“...no es posible deducir de una relación entre el ordinal 121 inciso 14 y el artículo 140 inciso 19, que en materia de concesiones de ferrocarriles, puertos y aeropuertos, por tratarse de cuestiones de gran envergadura, cada contrato de concesión respecto de esos bienes en específico deba ser aprobado por la Asamblea Legislativa, toda vez que dichos bienes cuentan con una regulación constitucional específica (el ordinal 121 inciso 14), de contenido diverso al estatuido en el numeral 140 inciso 19 de la Carta Magna. Es decir, mientras este último artículo sí prevee la aprobación parlamentaria de manera inexorable en contratos de gran envergadura, el 121 inciso 14 no lo hace.”*

Finalmente, cabe indicar que la resolución cuenta con el voto salvado de dos Magistrados, quienes consideran que los artículos 2.2 y 3 y 5.4 de la Ley de Concesiones violan el último párrafo del inciso 14) del artículo 121 de la Constitución Política, ya que la norma no puede ser interpretada en forma distinta a su sentido literal; indican que si bien es cierto concesionar no es enajenar, arrendar o gravar, no está permitido expresamente en la propia Constitución dar en concesión. Consecuentemente, estiman que según el principio de legalidad del texto constitucional, en materia de bienes públicos, lo que no está expresamente permitido entonces estaría prohibido.

Elaborada por: Licda. María Calderón Ferrey

Crónica de la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda N° 013-2016-VI-2015

En la resolución N° 013-2016-VI de las 14:00 horas del 28 de enero de 2015, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda (en lo sucesivo, el Tribunal) conoció y resolvió un asunto de “puro derecho” interpuesto por un funcionario público del sector municipal que, al enterarse que la Contraloría General de la República le abrió un procedimiento administrativo disciplinario, cuestionó la validez de los artículos 7, 8, 9, 10, 11 y 40 del Reglamento de Organización y Servicio de las Potestades Disciplinaria y Anulatoria de la Contraloría General de la República (en adelante el Reglamento), estimando que dichos numerales contrarían -presuntamente- lo dispuesto en los ordinales 11, 183 y 184 de la Constitución Política; 6, 11, 59 y 60, 103, 215 y 282 inciso 4 de la Ley General de la Administración Pública y 3, 23 y 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (Ley N°7428 del 4 de noviembre de 1994).

Así las cosas, el objeto del proceso consistió en determinar si, a través de los artículos reglamentarios cuestionados, se delegan competencias y se otorgan potestades de imperio a un órgano interno de la Contraloría General mediante un instrumento normativo inferior a la ley y, si tal accionar, implica -o no- un ejercicio ilegítimo de las potestades públicas, por presumir el actor que el poder disciplinario y sancionador está reservado al Contralor (a) y/o Subcontralor (a) General de la República únicamente y no a ninguno de los órganos que conforman la Contraloría General.

Por su parte, la Contraloría General alegó -en lo medular- que al ser ella un órgano de rango constitucional que tiene asignado el control superior de la Hacienda Pública, cuenta con las potestades necesarias y suficientes tanto para la instrucción de procedimientos administrativos, como para dictar las sanciones correspondientes contra los funcionarios que lesionen el ordenamiento de control y fiscalización. Además, se argumentó que la sumisión del reglamento cuestionado a la Ley N° 7428 es absoluta, de ahí que no se han otorgado potestades que exceden las contenidas en la ley. Finalmente, se aclaró que las normas reprochadas de ilegales no disponen una supuesta delegación de funciones sino una distribución de funciones, toda vez que las competencias son institucionales y por tal motivo, la Contraloría General bien puede distribuir el ejercicio de sus funciones en los órganos internos que estime adecuados para tal efecto.

Cabe mencionar, que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo declaró sin lugar la demanda incoada por el funcionario público. A modo de síntesis, el fundamento esgrimido por ese órgano jurisdiccional giró en torno a dos ejes temáticos: la tipología de reglamentos en el régimen nacional y, además, las potestades y competencias de la Contraloría General con especial énfasis en la potestad de reglamentación interna.

En ese sentido el Tribunal inició refiriéndose a los distintos tipos de reglamentos que han sido reconocidos en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante las resoluciones N° 749-F-04 de las 9:30 horas del 10 de setiembre de 2004 y No. 100-F-S1-2010 de las 09:35 horas del 26 de agosto de 2010, así como en los precedentes de la Sala Constitucional N° 14286 de las 14:45 horas del 19 de octubre de 2005, N° 17599 de las

15:06 horas del 06 de diciembre de 2006 y N° 2063 de las 14:45 horas del 14 de febrero de 2007. A partir de lo anterior, el Tribunal distingue entre los reglamentos ejecutivos, los reglamentos autónomos y los reglamentos delegados.

Respecto de los reglamentos ejecutivos, el órgano judicial indica que son aquellos cuyo objeto es desarrollar (precisar o aclarar), complementar y ejecutar la ley dentro de los parámetros fijados por ella. Añade, que este tipo de reglamento regula las relaciones entre los administrados y la Administración Pública para posibilitar la ejecución de la ley dentro de los presupuestos y condiciones que ella ha fijado previamente.

En cuanto a los reglamentos autónomos, se hace la precisión que pueden ser de dos tipos: de organización o de servicio. Los primeros, son los que tienen por objeto regular aspectos de organización interna de las dependencias institucionales, así como la distribución de competencias entre los diversos órganos que conforman el ente respectivo. Amén de lo anterior, se advierte que son el instrumento jurídico que permite la creación de órganos internos sin potestades de imperio y que por regla tienen como destinatario, a un órgano interno sin relación directa con los administrados en general, de ahí que se afirma que este tipo de normas tienen un carácter interno, esto es, sin incidencia fuera del ámbito en que fueron dictadas.

Por otra parte, el Tribunal señala que se denominan reglamentos de servicios, aquellos que se encargan de precisar todos los elementos del funcionamiento de los servicios que le son propios a su régimen competencial. Valga mencionar que, según lo que se señala en la sentencia de interés, este tipo de reglamentos también precisan la relación de servicio estatutaria entre la Administración Pública respectiva y sus funcionarios o servidores, regulando también todo lo relativo al régimen disciplinario, permisos, vacaciones, licencias, becas y capacitación, entre otros.

Finalmente, en lo concerniente a los reglamentos delegados son aquellos que, por autorización expresa de ley, se refieren a la materia reservada a la ley formal o la derogan o modifican. En ese sentido, se identifican dos tipos: los que cubren o tratan materias reservadas a la ley y, segundo, los que dejan sin efecto y sustituyen una ley. Sobre el particular, el Tribunal destaca que en nuestro ordenamiento jurídico no están permitidos reglamentos que derogan la ley, no así aquellos que pueden desarrollar materias reservadas a la ley, con la condición de que solamente regulan y amplían lo que de forma expresa y específica le facultó el legislador, característica que le diferencia, claramente, de aquellos denominados "ejecutivos".

Con base en las consideraciones formuladas en la sentencia, el Tribunal determinó que el reglamento impugnado, a saber, el Reglamento de Organización y Servicio de las Potestades Disciplinaria y Anulatória de la Contraloría General de la República, constituye un reglamento autónomo.

Ahora bien, en cuanto a las potestades y competencias de la Contraloría General, el Tribunal reconoce que en los ordinales 23 y 77 de su Ley Orgánica, se establece la potestad reglamentaria del órgano contralor para dictar reglamentos autónomos de servicio y de organización, así como la potestad reglamentaria en lo referido a los procedimientos administrativos sancionatorios respectivamente. Potestades que, vale señalar, también han

sido reconocidas en la jurisprudencia de la Sala Constitucional (resoluciones N° 3027-2000 de las 9:00 horas del 14 de abril del 2000 y N° 11454-2013 de las 15:05 horas del 28 de agosto de 2013).

A partir del análisis de las normas antes indicadas, el Tribunal reconoce que la Contraloría General cuenta con una potestad reglamentaria para precisar su organización y los servicios que brinda. Adicionalmente, advierte que tiene la facultad de reglamentar los procedimientos propios de las competencias que le son inherentes.

En ese sentido, el Tribunal no detectó la existencia de una norma jurídica que respaldara la posición del actor, en cuanto a que la potestad sancionadora es propia del jerarca de la Contraloría General. En su lugar, el Tribunal manifestó que tal postura antagoniza con la eficiencia administrativa, toda vez que pretende monopolizar en el órgano superior la totalidad de las manifestaciones administrativas externas.

Con base en estas consideraciones, los jueces acogieron la defensa de falta de derecho interpuesta por la Contraloría General, declaró sin lugar la demanda planteada por el accionante y condenó al vencido al pago de las costas procesales.

A modo de conclusión, la sentencia de interés, respecto de la cual a la fecha no se tiene noticia que haya sido recurrida a través de un recurso de casación lo que hace suponer su firmeza, viene a potenciar el ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales de la Contraloría General en lo que hace a la responsabilidad de los funcionarios públicos en tanto componente objeto de la Hacienda Pública, ratificando que la normativa reglamentaria dictada por el órgano contralor en el ejercicio de su ámbito funcional de competencias, resulta acorde plenamente con el bloque de legalidad.

Lo anterior viene a descartar además, un presunto exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del órgano contralor, habida cuenta que el Tribunal validó las amplias opciones con las que cuenta la institución para distribuir sus funciones entre los diferentes órganos que la conforman, esto en miras a incrementar la eficacia y la eficiencia en su quehacer como órgano encargado de la vigilancia de la Hacienda Pública.

Elaborada por: Lic. Juan Pablo Vargas Quirós



Consultas Relevantes



Consulta sobre aplicación del artículo 20 del Código Municipal respecto al pago a los alcaldes municipales del 50% adicional del monto de la pensión o jubilación por concepto de gastos de representación. Naturaleza gastos de representación.

Oficio n.º 2115-2015

Emitido por la División Jurídica de la Contraloría General de la República

Si el Alcalde elige continuar recibiendo pensión, más un 50% adicional por gastos de representación, estos no estarían sujetos a las cotizaciones del Seguro Social, al no tratarse de salario. Asimismo, cualquier erogación que se realice con base en este 50% (como aguinaldo, salario escolar, entre otros), iría en contra de la legislación y lesionaría la Hacienda Pública.

Se atienden interrogantes sobre el funcionamiento hacendario de una empresa municipal creada al amparo de la autorización legislativa dispuesta en el artículo 13 inciso q) del Código Municipal.

Oficio n.º 2324-2015

Emitido por la División Jurídica de la Contraloría General de la República

La potestad de fiscalización de la CGR respecto a las Sociedades Públicas de Economía Mixta (en adelante SPEM), incluye la aprobación de presupuestos, y los bienes que la misma empresa produzca mientras sean de su propiedad.

A este tipo de organizaciones le aplica la Ley de Contratación Administrativa, pues según las normas que las regulan, siempre tendrán una mayoría de capital social en manos de entes públicos.

Respecto a la participación de las SPEM en la bolsa de valores, la posibilidad de incursionar en este tipo de mercados, no escapa o exonera a la SPEM del acatamiento del bloque de legalidad con respecto a los controles de los recursos que le pertenecen a dicha empresa, la cual está sujeta a las potestades de fiscalización superior constitucionalmente atribuidas a la Contraloría General de la República.

Consulta sobre el mecanismo de aumento salarial del alcalde, una vez que aquel se ha fijado.

Oficio n.º 5395-2015

Emitido por la División Jurídica de la Contraloría General de la República

El aumento del salario dependerá de la forma de cálculo que se escoja según el artículo 20 del Código Municipal. En el caso de que se utilice la tabla de presupuesto, corresponderá usar el artículo 30 de la misma norma.

Si lo que se sigue es la fórmula de cálculo del salario del alcalde que consiste en un 10% más del mejor pagado, un incremento salarial en este último equivaldría en un aumento proporcional en el salario del jerarca.

Se recalca que el salario del vicealcalde nunca podrá ser considerado el mejor pagado.

Consulta sobre la pertinencia de que este órgano con desconcentración máxima del MOPT, envíe su presupuesto directamente a la CGR para su aprobación.

Oficio n.º 2790-2015

Emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República

La ejecución correcta de cada etapa del proceso presupuestario es responsabilidad exclusiva tanto del Jerarca como de los titulares subordinados, siendo en específico la etapa de aprobación dividida en condiciones explícitas en la Ley en aprobación interna, que siempre corresponde efectuar el Jerarca Institucional y la externa a la Contraloría General de la República. Así, el presupuesto inicial y sus variaciones de los entes y órganos expuestos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República deberán contar con dicha aprobación externa para otorgar la eficacia a dichos actos administrativos.

Tratándose de órganos desconcentrados, por su especial naturaleza, aquellos que se someten a la aprobación presupuestaria, son los que ostentan personalidad jurídica instrumental otorgada por ley, personalidad que es limitada –de ahí su carácter instrumental– no solamente respecto a los recursos que le sean asignados para el cumplimiento del fin sino, además, es limitada en cuanto a los actos y contratos que pueda celebrar utilizando dichos recursos.

La característica particular de los órganos a los que se les ha otorgado la personalidad jurídica instrumental es la asignación de un presupuesto propio, siendo el objetivo de esa atribución separar determinados fondos de la organización principal, afectarlos a ciertos fines y atribuir su gestión al nuevo órgano que se crea.

Consulta sobre la posibilidad de utilizar superávit libre propio de su actividad.

Oficio n.º 6133-2015

Emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República

Las utilidades que genere la Junta de Protección Social con las loterías, juegos y otros productos de azar, tienen un destino específico para los diversos programas sociales que señala la Ley N.º 8718; no obstante, en virtud de que dicha ley, en su artículo 8, inciso a) confiere, de dichas utilidades, recursos a la entidad para financiar indistintamente gastos de capital y de desarrollo institucional y gastos que no tengan relación directa con la venta y operación de los juegos, al final del ejercicio económico el remanente de estos fondos constituye superávit libre, y en consecuencia sobre esos dineros, y cualesquiera otros que no cuenten con un destino específico, deberá calcularse el tributo del 3% para la Comisión Nacional de Prevención de Riesgos y Atención de Emergencias.

Consulta sobre varios aspectos de las normas emitidas por la CGR en materia de Control Interno.

Oficio n.º 3171-2015

Emitido por la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa de la Contraloría General de la República

En el tema de "Viabilidad de la Auditoría", se indica que durante la planificación de la actividad de fiscalización debe valorarse la viabilidad o no de realizar la auditoría. La finalidad del "Resumen Ejecutivo" en el informe es facilitar al lector la comprensión de aspectos esenciales del contenido del mismo. Estas normas no son solamente para auditorías internas, cubren también a la Contraloría General y a los profesionales autorizados que participen en este tipo de fiscalizaciones.

Se atiende consulta formulada para conocer sobre la interpretación y la aplicación del monto alzado como modalidad de cotización en concursos para la contratación de obra pública.

Oficio n.º 0285-2015

Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República

Es obligación de cada administración delimitar cuáles son las necesidades específicas que la llevan a realizar el procedimiento de contratación, así como la modalidad en que quiere contratar, como el caso del monto alzado, así como el precio que podría derivar de un contrato en esas condiciones.

Por esto, en caso de una discrepancia surgida al momento de la ejecución, y bajo la intención de realizar alguna acción unilateral sobre el precio, debe considerarse la jurisprudencia constitucional al respecto, que obliga a resguardar el debido proceso para los contratistas, así como sus obligaciones como parte contratante.

Consulta formulada para conocer si Correos de Costa Rica, S. A. debe someter o no, al refrendo contralor todas las alianzas, suscritas con entes públicos y privados, para aportar conjuntamente bienes y servicios de cada una de las empresas, con el objetivo de unir esfuerzos y recursos para producir nuevos proyectos, productos o acciones.

Oficio n.º 0364-2015

Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República

El inciso 5) del artículo 3 del Reglamento sobre Refrendo de las Contrataciones de las Administraciones Públicas indica que requerirá refrendo el contrato o convenio celebrado entre dos o más entes, empresas u órganos públicos, que tengan por objeto la realización de proyectos bajo el tipo contractual de alianza estratégica.

De no ser ese el objeto contractual, ni el de la constitución de un fideicomiso, los contratos interadministrativos no requieren ser refrendados por la Contraloría General para que pueda ser ejecutado.

Es preciso encontrarse dentro de una relación de negocios que cumpla con los requisitos necesarios para estar en presencia de una alianza estratégica y no que se trate de una contratación de bienes y servicios pura y simple.

Este órgano contralor ha profundizado sobre las principales situaciones que se pueden presentar en las relaciones público privadas que procuren implementar alianzas estratégicas, de frente a si se están en los supuestos de excepción definidos en el ámbito legal sobre la materia. Al efecto puede consultarse oficio 11095-2014 del 22 de octubre del 2012.

Criterio con relación a la consulta formulada sobre el marco normativo que resulta aplicable para prorrogar el alquiler de algunos locales comerciales que posee la Municipalidad de Desamparados en su edificio municipal.

Oficio n.º 4378-2015

Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la legislación aplicable a los locales comerciales que están fuera de mercados municipales y que pertenecen a los edificios donde se ubican las instalaciones de los gobiernos locales, se rigen por la Ley sobre arrendamientos de locales municipales No. 2428.

Se emite criterio con relación a los alcances del artículo 201 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa en contratos de entrega según demanda, y las interpretaciones posibles para ese artículo.

Oficio n.º 5380-2015

Emitido por la División de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República

Estima el órgano contralor que atendiendo a la naturaleza propia de los contratos de entrega según demanda, el parámetro que mejor se ajusta a sus características y cuya aplicación permite mantener la filosofía de ese particular tipo de contratos, se encuentra en aplicar el 50% sobre el plazo y no sobre el monto efectivamente ejecutado en el contrato original.

Lo anterior por cuanto, en el caso específico del contrato de entrega según demanda, nos encontramos ante un contrato de suministro que bien podría catalogarse como un contrato de objeto continuado, en el sentido, de que se trata de un solo objeto contractual pero conformado por una diversidad de prestaciones. Así, se trata de una pluralidad de entregas sucesivas en el tiempo que pretenden satisfacer una necesidad estable y duradera de la Administración de abastecerse del suministro respectivo, y cuyas cantidades pueden variar de un pedido a otro, pero sin que ello implique que se rompa el carácter estable y duradero del vínculo contractual.



Jurisprudencia
Relevante



Reseña sobre acciones de inconstitucionalidad contra la potestad sancionatoria de la Contraloría General de la República en relación con alcaldes municipales

I. Acción de inconstitucionalidad número 13-001265-0007-CO

CONTRA: ARTÍCULO 68, PÁRRAFO 2, DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y ARTÍCULO 41, INCISO C), DE LA LEY GENERAL DE CONTROL INTERNO

Objeto de la acción:

El accionante pretende la declaratoria de inconstitucionalidad, de los artículos 68, párrafo segundo, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley No. 7428 del 07 de setiembre de 1994 (LOCGR) y 41, inciso c), de la Ley General de Control Interno, Ley No. 8292 del 31 de julio de 2002 (LGCI), al estimar que violentan los artículos 7, 11, 33, 39, 41 y 48 de la Constitución Política y 23 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente la vertida en el caso de Leopoldo López Mendoza contra la República Bolivariana de Venezuela.

En ese sentido, considera que de conformidad con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, los alcaldes sólo pueden ser sancionados por una autoridad judicial penal, por lo que no obstante la Contraloría General de la República instruye el proceso mediante el que recomienda una sanción de carácter vinculante contra un alcalde municipal electo popularmente, aquélla no cuenta con competencia alguna para efectuar tal recomendación. Desde esa perspectiva, el actor considera que las normas impugnadas lesionan sus derechos políticos, que sólo pueden verse limitados mediante una sentencia judicial previa.

Informe rendido por la Contraloría General de la República

En el informe rendido a la Sala Constitucional con ocasión de la acción referida, la Contraloría General señaló la relevancia del sistema constitucional y legal de rendición de cuentas y responsabilidad de los funcionarios públicos, sistema del que forma parte fundamental el órgano contralor en el ejercicio de su superior fiscalización de la Hacienda Pública, y del que no pueden estimarse excluidos los servidores de elección popular. Como parte de sus labores de vigilancia, la Contraloría tramita procedimientos sancionatorios relacionados con aquellos servidores que perciben, administran, custodian, conservan, manejan, gastan e invierten fondos públicos, de modo que a partir del resultado de dicho procedimiento y previo debido proceso, puede recomendar en forma vinculante una determinada sanción -que además puede ser plenamente revisada en la sede judicial- lo cual se sustenta en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política y 1, 4, 5, 7, 16, 22, 68 y 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, y demás normativa que compone el ordenamiento jurídico de control y de fiscalización superiores de la Hacienda Pública, así como en abundante jurisprudencia constitucional sobre el punto. Se desarrolló también, en estrecha relación con

este punto, que en el ordenamiento jurídico se contemplan diversos tipos de responsabilidad contra los servidores públicos, de modo que pueden ser investigados no sólo por infracciones de índole penal, sino también por infracciones que derivan consecuencias administrativas y civiles.

Igualmente, se destacó la inexistencia de infracciones al sistema interamericano de Derechos Humanos, por cuanto no se presentó violación alguna de los derechos políticos del alcalde municipal, ya que éste fue sancionado con la suspensión de su cargo y no se vio afectado en los derechos cuya lesión alegó, a saber, el derecho a ser elegido -sufragio pasivo- o a postularse a un cargo de elección popular. Se hace énfasis adicionalmente, en que el antecedente invocado por el recurrente -López Mendoza contra Venezuela- tiene su origen en la inhabilitación para el ejercicio del cargo dispuesta sobre López Mendoza, situación fáctica diversa a los hechos que sustentan el caso concreto. Aspecto este último que también se desarrolla al analizar la aplicación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Derecho Interno y el denominado margen de apreciación nacional. Concluyéndose por último, que la postura de que sólo por sentencia penal pueda limitarse el acceso a cargos públicos, no es un tema pacífico.

Como aspecto de admisibilidad se informó a la Sala Constitucional que el artículo 41, inciso c) de la Ley General de Control Interno recurrido, no había sido aplicado al recurrente como parte del sustento normativo de la sanción dispuesta, por lo que en esos términos no procede su impugnación en la vía constitucional, al no constituirse la acción como medio razonable para la tutela de los intereses del actor.

Sentencia de la Sala Constitucional. Por Tanto:

Esta acción fue declarada SIN LUGAR, mediante el voto número 2015-1780 de las 11:34 horas del 06 de febrero de 2015. El Magistrado Castillo dio razones adicionales, el Magistrado Rueda dio razones particulares y el Magistrado Jinesta puso nota.

Elaborada por: Licda. Paula Serra Brenes.

II. Acción de inconstitucionalidad número 13-003585-0007-CO

CONTRA: ARTÍCULO 18, INCISO D), DEL CÓDIGO MUNICIPAL; ARTÍCULOS 68 Y 73 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y ARTÍCULO 103 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Objeto de la acción:

El accionante pretende la declaratoria de inconstitucionalidad, de los artículos 18, inciso d) del Código Municipal, Ley No. 7794 del 30 de abril 1998; 68 y 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley No. 7428 del 07 de setiembre de 1994 (LOCGR) y 103 de la Constitución Política, al estimar que violentan los artículos 7, 48 y 183 de la Constitución Política; 1, 8, 23 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el

25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el principio constitucional de separación de poderes.

Reclama que la Contraloría General ha actuado irregularmente como un órgano jurisdiccional, al instruir un procedimiento por el cual recomendó la cancelación de sus credenciales de alcalde de elección popular, decisión que está reservada al Poder Judicial, por lo que estima se violentó el principio de división de poderes. Sostiene que con dicha cancelación de credenciales, se lesionó adicionalmente sus derechos políticos, sin que exista sentencia judicial previa, para lo cual invoca como antecedente la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitida en el caso de Leopoldo López Mendoza contra la República Bolivariana de Venezuela. Cuestiona el que el Estado Costarricense no haya adaptado su Derecho Interno a la Convención Americana de Derechos Humanos, y finalmente, alega que la inexistencia de recursos contra lo resuelto por el Tribunal Supremo de Elecciones infringe la normativa convencional referida y las sentencias emitidas por aquella Corte Interamericana en los casos Tribunal Constitucional contra Perú, Ivcher Bronstein contra Perú, Baena Ricardo contra Panamá y Yatama contra Nicaragua.

Informe rendido por la Contraloría General de la República

En el informe respectivo, la Contraloría General se refirió únicamente a los artículos impugnados del Código Municipal y su Ley Orgánica, en virtud de su relación directa con la materia de Hacienda Pública. Destacó en primer término la necesaria aplicación del régimen de responsabilidades y rendición de cuentas previstos en la Constitución y las leyes, a los funcionarios de elección popular, como básico fundamento de un sistema democrático y responsable. Como parte esencial de dicho régimen, se desarrolla a su vez ampliamente el sustento constitucional y legal de la potestad sancionatoria del órgano contralor, derivada de su condición de superior vigilante de la Hacienda Pública, que abarca la investigación de eventuales irregularidades en el desempeño de aquellos servidores que administran bienes o valores públicos, de tal forma que al acreditarse una infracción, previo debido proceso, la Contraloría General tiene la potestad de recomendar de forma vinculante la sanción correspondiente, al órgano competente para la imposición de tal sanción -en este caso, el Tribunal Supremo de Elecciones-. Se destaca la abundante jurisprudencia constitucional que sostiene el apego de dicha potestad contralora a las disposiciones de la Carta Magna, principalmente a sus artículos 9, 11, 183 y 184. Asimismo, y en complemento de lo anterior, se comenta sobre la efectiva existencia de los diversos tipos de responsabilidad que caben contra los servidores públicos, de modo que pueden ser investigados no sólo por infracciones de índole penal, sino también por infracciones administrativas y civiles, y que, en todo caso, resultan plenamente revisables por la sede judicial.

En ese sentido, el régimen de responsabilidades referido procura evitar esferas de inmunidad e impunidad en razón del cargo. Al respecto, se cita la jurisprudencia constitucional donde el Alto Tribunal ya ha dictaminado el efectivo apego a la Carta Magna del artículo 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General -directamente relacionado con el artículo 18, d) del Código Municipal- en razón de que la autonomía política y administrativa que caracteriza a los gobiernos municipales, no exime a sus jefes del deber de probidad y de acatamiento de la normativa de Hacienda Pública.

Asimismo, se concluye que tampoco ha operado infracción alguna a la normativa convencional de Derechos Humanos, toda vez que el recurrente de hecho puede postularse y ser eventualmente electo en el cargo de Alcalde Municipal. No fue sino por infracciones cometidas en el efectivo ejercicio de su cargo -debidamente acreditadas previo debido proceso- que resultó aplicable la sanción de cancelación de credenciales. De ahí que a su vez no resulta aplicable a su situación fáctica y jurídica, el antecedente de López Mendoza contra Venezuela -inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos- en virtud de las evidentes diferencias entre ambos casos. Finalmente se destaca que limitar la postulación y posterior ejercicio de cargos de elección popular, sólo por sentencia penal, no resulta un tema pacífico, en virtud de los requerimientos de probidad de todo servidor público.

Sentencia de la Sala Constitucional. Por Tanto:

En cuanto a los artículos 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 103 de la Constitución Política, esta acción fue RECHAZADA DE PLANO. En cuanto a los artículos 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y 18, inciso d), del Código Municipal, esta acción fue declarada SIN LUGAR. Se emitió un voto salvado por parte de los magistrados Hernández López y Estrada Navas. El Magistrado Castillo dio razones adicionales.



Contraloría General de la República
