

# TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN  
DIGITAL

**Semblanza al Dr.  
Román Solís Zelaya.**

**Sección especial  
Anecdótico**

**Videoconferencia**

## **Artículos**

*M.Sc. Luis A. Ortiz Z.  
Licda. Priscilla Sánchez  
Dr. Víctor Orozco S.  
Lic. Diego Rudín A.  
Dr. Eric Briones B.  
Dr. Alban Bonilla S.*

**Documentos  
Digitales**

**Catedrático  
Dr. Román Solís Zelaya**

**EN RECUERDO DEL MAESTRO**

Edición 12/1 Agosto 2023

# TRIBUNA LIBRE

## REVISTA TRIBUNA LIBRE

Dr. Ricardo Guerrero Portilla  
Director

MSc. María Cristina Gómez Fonseca  
Editora

### Consejo Editorial

Licda. Andrea Gómez Ulloa  
Dr. Albán Bonilla Sandí  
MSc. María Cristina Gómez Fonseca  
Dr. Ricardo Guerrero Portilla

Revista Tribuna Libre es una publicación sin fines de lucro, patrocinada por la Universidad Escuela Libre de Derecho, dedicada a la promoción y divulgación del libre pensamiento.

Revista Tribuna Libre. Vol. 12, No. 1 (01- 122). Mayo - Agosto, 2023. Quinta Edición Digital



# AVISO LEGAL

---

La Universidad Escuela Libre de Derecho no se hace responsable de las opiniones que expresa el autor y en ningún caso representan la opinión de la Universidad Escuela Libre de Derecho. El autor se hace responsable de que la obra sea inédita y original. Prohibida la reproducción total o parcial. Todos los derechos reservados. Hecho el depósito de ley.

# PRESENTACIÓN

---

La presente es una edición homenaje al Dr. Román Solís Zelaya en el primer aniversario de su muerte. Para el Consejo Editorial de la Tribuna Libre y la Escuela Libre de Derecho, la figura de don Román merecía ser recordada, como jurista, maestro, compañero y amigo. Se ha dividido esta publicación en dos secciones, una con artículos científicos que tratan o relacionan sus pasiones jurídicas el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional; y otra con los recuerdos y homenajes, que personas que compartieron con don Román quisieron relatar.

Esta edición inicia con sentidas palabras y discursos dados por el señor Rector de la UELD Dr. don Ricardo Guerrero Portilla y el Dr. Don Luis Antonio Sobrado González, expresidente del Tribunal Supremo de Elecciones, con ocasión del homenaje que se realizó al Dr. Solís Zelaya en el Congreso VIII Congreso Internacional de Derecho Uniforme y Comercio Electrónico, que se efectuó en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica en abril del presente año.

Esta edición contiene seis artículos con temática jurídica. El primero del Dr. Luis Ortiz Zamora quien presenta, en su artículo “El Derecho Administrativo Sancionador Costarricense”, un análisis sobre cómo la jurisprudencia ha regulado el tema sancionatorio en Costa Rica ante la omisión que existe sobre este poder en la Constitución Política y la inexistencia de una ley específica que lo regule (Ortiz, L., pág.38).

En segundo lugar la MSc. Priscilla Sánchez realiza una importante reflexión sobre cómo se ha tratado el levantamiento del secreto bancario por parte del Ministerio de Hacienda en Costa Rica, qué situaciones ha generado y propone cómo tutelar de mejor manera el debido proceso en estos casos, todo esto en su artículo “La tutela del debido proceso en la apertura del secreto bancario al contribuyente”. Posteriormente, en su artículo “El principio de no regresión en materia ambiental: una aproximación desde la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional de Costa Rica”, el Dr. Víctor Orozco realiza un análisis exhaustivo de jurisprudencia constitucional, que en Costa Rica es *erga omnes*, sobre el principio de no regresión en materia ambiental.

El Lic. Diego Rudín en su escrito “Alcances del artículo 2 inciso 12 del Código Procesal Agrario, a la luz del numeral 49 de la Constitución Política” mediante un estudio normativo y jurisprudencial propone que: “no es adecuado entender que el constituyente estableció una única sede, dentro del Poder Judicial, como competente para ejercer la jurisdicción en materia contencioso administrativa.” (Rudín, D., pág.77). En su artículo “Transformación del Derecho Laboral, dentro del estado social.” el Dr. Eric Briones plantea como necesaria la transformación de la regulación laboral para que esta pueda ajustarse a los cambios e innovaciones sociales y tecnológicos. Concluye la presente edición el Dr. Albán Bonilla con su artículo “¿Es funcionario público el fedatario público?”, haciendo un análisis, sobre si el notario público es o no un funcionario público y por qué, tema de recurrente discusión y con efectos importantes.

En esta ocasión y como sección especial se presenta a los lectores un anecdotario, en el que distintas personas quisieron compartir algún recuerdo especial que vivieron con don Román y que, en sus palabras, describe de distintas formas a este gran señor.

Esperamos rendir honor al gran maestro y que sus enseñanzas sigan promoviendo la discusión e investigación jurídica, indispensables para que el Derecho evolucione y sirva a la sociedad, fines fundamentales de esta publicación.

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca  
Editora

# CONTENIDOS

1

Semblanza al DR. ROMÁN SOLÍS  
ZELAYA.

---

2

Artículos.

---

3

Sección especial Anecdótico.

---

4

Documentos Digitales.

---

5

Videoconferencia.



# Semblanza al DR. ROMÁN SOLÍS ZELAYA

A continuación, se presentan los discursos del homenaje póstumo al Dr. D. Román Solís Zelaya, que ofrecieron el Dr. Ricardo Guerrero Portilla y el Dr. Luis Antonio Sobrado González con ocasión del VIII Congreso Internacional de Derecho Uniforme y Comercio Electrónico, en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica (2023, 27 de abril).



# Discurso: Homenaje póstumo al Catedrático Dr. D. Román Solís Zelaya “El Gigante Bueno”

*Dr. Ricardo Guerrero Portilla  
Doctor en Derecho  
Rector de la Universidad Escuela Libre de  
Derecho*

---

Dicen que es de nobles ser agradecidos, por lo que en primer término debemos darle gracias a los organizadores de este emotivo acto de reconocimiento a uno de los grandes juristas costarricenses, el catedrático Dr. D. Román Solís Zelaya y en segundo término, por habernos honrado, al permitirnos participar de este merecido y justo evento.

Con particular emoción nos reunimos hoy aquí en la Casa del Foro Nacional para rendirle tributo a uno de los más insignes juristas costarricenses, el profesor y catedrático Dr. D Román Solís Zelaya, quien desafortunadamente se adelantó a la Casa del Señor, en nuestro criterio, todavía a muy temprana edad, cuando su madurez personal, intelectual y académica potenciaban, dadas todas sus condiciones y aptitudes intelectuales y profesionales, pero fundamentalmente las humanas, una mayor contribución al desarrollo de la función jurisdiccional y la actividad docente y académica en general.

Hoy nos embargan sentimientos encontrados, porque, por una parte nos alegra y nos honra participar de esta actividad, más que justa de reconocimiento, a un “gigante” de las ciencias jurídicas, propio de esos grandes maestros que transmitieron su sapiencia esencialmente a través de la vía oral y de sus sentencias, pero, por otra parte, la emoción nos hace sentir pena y hasta enojo, porque el “gigante bueno”, como sucede generalmente con todo lo bueno, nos ha abandonado, cuando tal vez el país le necesitaba más.

En 1981 le conocimos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, cuando todavía éramos estudiantes y asistentes de cátedra, siendo él uno de los profesores más jóvenes que venían con su posgrado de la Universidad de Bolonia, Italia. Formó parte de un grupo destacado de jóvenes juristas costarricenses que fueron enviados en la década de 1970 a realizar sus estudios de posgrado. Entre ellos podemos mencionar a don Alfonso Gutiérrez, D. Francisco Morera, Dña María Antonieta Sáenz, Dña. Ligia Roxana Sánchez, D. Carlos Gómez Rodas y D. Ricardo Zeledón Zeledón, maestro ilustre, entre muchos otros que vinieron a elevar el nivel, no solo de la enseñanza del derecho costarricense, sino también el nivel de todo el Foro Nacional. Román era de los más jóvenes y quien siempre se caracterizó por tener gran cercanía con los funcionarios más humildes de la época y lo podíamos encontrar en la Oficina donde nuestro querido Chico Brenes era el encargado del polígrafo de la época para preparar las antologías y los exámenes, o bien, en la fotocopidora con el siempre recorda-

do “Pin”.

## **¡Grandes tardes o mañanas de alegre y profunda tertulia!**

En 1982, circunstancialmente llegamos como profesores a la Escuela Libre de Derecho, entonces un colegio universitario de la Universidad Autónoma de Centro América (UACA). Y, desde entonces nos acompañó hasta prácticamente sus últimos días de vida, pues a pesar de su larga incapacidad, en esos últimos días formó parte del último tribunal de tesis que integró. Su pasión por la enseñanza del Derecho, incluso, lo hizo impartir lecciones a pesar de que se había contagiado de COVID.

Describir la figura insigne de don Román no es tarea fácil, pues fue un ser humano polifacético, de gran sensibilidad social y humana. Sin embargo, queremos mencionar algunos hechos anecdóticos que nos parecen relevantes y describen su figura humilde.

En 1988, y mencionamos este hecho, porque probablemente no se conozca y aunque no tenga relación directa con nuestra Universidad, pero, por justicia, debemos señalarlo, este servidor era coordinador del “tramo” de la carrera de Derecho en la Sede de Occidente, San Ramón, donde un grupo importante de profesores jóvenes de la Facultad habíamos llegado a impartir lecciones. El “tramo” constaba de los dos primeros años de carrera, pero, para esa fecha habíamos llegado a la conclusión, liderados inicialmente por la Dra. Liliana Morera, de que se había alcanzado un nivel de excelencia académica que demandaba ampliar el “tramo” por lo menos al tercer año. La profesora Morera partió a realizar sus estudios de posgrado en Alemania y nos correspondió asumir la coordinación. Preparamos el proyecto de ampliación del “tramo”, que había que presentar a la Facultad de Derecho. La decanatura de entonces, encabezada por el Dr. Bernardo van der Laat, de grato recuerdo, pasó el asunto al “Consejo Asesor de Facultad”, que lo integraban además del señor decano, la señora vicedecana doña María Antonieta Sáenz y los coordinadores de área, entre ellos, don Diego Baudrit y don Román Solís. A la coordinación de carrera se le había dado un espacio en ese Consejo. Presentado y argumentado el tema, recordamos que la idea no tuvo muy buena acogida, por muy diversas razones que hoy no valen la pena mencionar.

Lo relevante fue, que don Román Solís, fue la persona que nos pidió no claudicar en la idea y nos dio una serie de recomendaciones sobre propuestas de fundamentación, además de que solicitáramos la reconsideración del caso y él se comprometió a apoyar el proyecto.

Don Román, a pesar de que nunca había estado en la Sede de Occidente, valoró, en primer término, la posibilidad que se abría para más jóvenes estudiantes, de fuera del área metropolitana y que se les hacía muy difícil lograr sus sueños académicos de avanzar en la carrera del Derecho. En esa época eran zonas alejadas Puntarenas, San Carlos, San Ramón, Naranjo, Palmares, Grecia y Atenas entre otros. También valoró la calidad de los docentes de entonces, entre otros, don Juan Marcos Rivero, don Jaime Ordóñez, don Julián Solano, don Ricardo Valverde, don José Luis Valenciano, don Luis Aguilar.

Por ese espíritu y sensibilidad social de don Román, en aquella oportunidad, pudimos demostrar el alto rendimiento académico que tenían nuestros estudiantes y finalmente se aprobó la apertura de ese tercer año de carrera, e incluso se nos ofreció la apertura del cuarto año, pero por falta de bibliografía decidimos mejor no aceptar. Esa iniciativa de don Román, que se plasmó en el momento oportuno en defensa de los intereses de los estudiantes de esas regiones, ha permitido que hoy, muchos jóvenes de esas latitudes hayan culminado sus ca-

reras y sean hoy profesionales de gran prestigio cómo la misma vicepresidenta de la Corte la magistrada doña Damaris Vargas. Hoy día, no existe el tramo, porque la carrera se imparte completa, orgullosamente está acreditada ante el SINAES y es prácticamente otra Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, que sigue propiciando la apertura de vocaciones a los jóvenes de todas esas zonas. Gracias don Román por su visión y sensibilidad académica y social, por habernos impulsado a seguir adelante y por haber defendido aquella propuesta en su momento. Hoy muchos jóvenes han sido beneficiados por esa sensibilidad de este “Gigante bueno”.

Otro hecho interesante, propio de la sensibilidad de don Román, fue cuando como Rector de la Universidad Escuela Libre de Derecho, tuvimos que reunirnos con él, ya en sus funciones de magistrado, por el tema de la convalidación de unos estudios de posgrado, para efectos del doctorado, de unos funcionarios judiciales. En esa oportunidad, acompañado del también magistrado en ese momento Dr. Carlos Chinchilla, empezamos a analizar la problemática, pero resultó que don Román también estaba interesado, o para decirlo de mejor forma, estaba más interesado en el tema de becas de estudios de posgrado para los funcionarios judiciales, porque todos los estudiantes del problema eran becarios de la Universidad por convenio con la Corte. Luego de encontrarle la solución al problema que originó la reunión, me percaté que había sido, en término figurado, “emboscado” por don Román, con la complicidad de don Carlos, y aunque ustedes no lo crean, de esa reunión salió el doble de becas para funcionarios de la Corte. Otra sensibilidad de nuestro gran Román Solís.

Tal y como lo indiqué, don Román nos acompañó desde 1982 y así en 1998, cuando la Escuela Libre de Derecho abre su programa de Doctorado Académico en Derecho, y muy especialmente el doctorado con orientación en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, por supuesto que estuvo la figura señera del profesor Solís Zelaya, siempre dispuesto a colaborar en nuestras aventuras academia.

Por otra parte, es menester resaltar su vocación apasionada por la docencia. Fue el profesor serio y exigente en el aula, pero de sensibilidad humana en las relaciones personales con sus estudiantes. Su voz y risa atronadoras eran claros distintivos de su presencia. Siempre nos dábamos cuenta de cuándo estaba impartiendo sus clases. En alguna oportunidad, en uno de sus cursos de doctorado, un estudiante que provenía de uno de los países centroamericanos y con formación militar, tuvo la osadía de retar el conocimiento, la inteligencia y la sapiencia del maestro, poniendo en tela de duda nuestro sistema democrático y de libertades públicas, lo cual ocasionó que el catedrático Solís Zelaya tuviera que defender con vehemencia nuestros valores. Posteriormente llegó a ofrecernos una disculpa, porque indicaba que se le había pasado la mano y había tenido que levantar su voz. Pensamos en ese momento, que, si su potente voz normalmente se hacía sentir, cómo le habría ido a ese osado estudiante cuando el profesor alzó su atronadora voz. Es posible que lo haya percibido como una imponente y no silenciosa montaña. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Procesal Administrativo y Derecho de la Contratación Administrativa de muchas de nuestras generaciones de graduados en estos 40 años de vocación docente en la Universidad Escuela Libre Derecho.

El 15 de diciembre del 2008, en el salón de expresidentes de la Corte Suprema de Justicia, en una de nuestras ceremonias solemnes de graduación, junto a los profesores Luis Paulino Mora, Ernesto Jinesta y Gerardo Parajeles, don Román Solís Zelaya, por sus méritos académicos, servicios docentes, formación profesional y humana extraordinaria, recibe el título de Catedrático, el más alto de la carrera docente de nuestra Universidad. Por cierto, ese día tuvimos

problemas con las togas, por la talla y estatura de 3 de los Catedráticos.

Su pasión y amor por el Derecho y la enseñanza sería de éste, quedó tatuada con tinta indeleble en nuestras aulas universitarias, físicas y virtuales, porque estuvo hasta en el proceso de virtualización a que nos obligó la pandemia y ahí quedaron grabadas, en letras de oro, sus enseñanzas, así como muchas anécdotas y vivencias que ahora, por razones obvias de tiempo, no podemos relatar.

No podemos menos que terminar estas palabras, al estilo de la humildad y sencillez del Catedrático, que con un fuerte gracias. Gracias por habernos manifestado tu amistad. Gracias por ser un comprometido con la enseñanza seria del Derecho. Gracias por la pasión y vocación de la enseñanza del Derecho. A su familia, a sus hijos, manifestarles nuestro sincero sentimiento de pesar por la muy pronta, temprana y anticipada partida del maestro.

### **¡Tuvieron un “gigante bueno” como padre!**

Creemos que la mejor forma de reconocer a este gran maestro es leyendo la poesía que escribió el Lic. Gustavo Corella Vázquez, quien fue su alumno en la Universidad Escuela Libre de Derecho, y quien, con el talento que solo tienen los poetas lo describió así:

#### **“A Don Román Solís Zelaya “El Gigante” (Mi querido Profesor)**

**Imponente y silencioso como una montaña...  
te gustaban la música y la noche,  
un poco más que el Derecho...**

**Muchos te escuchamos y también entendimos, que valen más  
los actos humanos,  
que los actos administrativos...**

**Y muchos leyendo a Dromi y lo que decías sin decir... comprendimos  
que la norma de mayor jerarquía,  
era necesariamente el amor.**

**Ya mi gigante bueno de la risa atronadora y su barba sencilla,  
sin orden aparente  
como las ramas y las raíces  
que transmiten la sabia;  
corre, juega y canta con Jesús,  
en su florido jardín  
de la eterna primavera...  
como cuando era un niño.”**

**Gustavo A. Corella. Agosto del 2022.**

# IN MEMORIAM

*Dr. Luis Antonio Sobrado González  
Doctor en Derecho por la Universidad  
Complutense de Madrid, España (1989).  
Licenciado en Derecho por la Universidad de  
Costa Rica (1985). Ex Magistrado y Ex  
Presidente del Tribunal Supremo de  
Elecciones.*

---

“En la montaña enterraremos el corazón del enemigo”. Ese combativo mensaje aparecía en un afiche que, entre otros de similar corte revolucionario, adornaban el cubículo universitario atestado de libros que el profesor Román Solís Zelaya tenía asignado en aquel lejano 1981.

Leía esa consigna con los ojos entusiastas de un estudiante idealista de la Facultad de Derecho de la UCR que, a sus diecinueve años, soñaba con sociedades más justas y el fin de las dictaduras militares en América Latina.

No era casual que me encontrara en ese cubículo. Me acababan de nombrar asistente del profesor Solís. Siempre he creído que el director del Área de Docencia de ese entonces, reconocido político anticomunista, quiso ponernos juntos para que contamináramos lo menos posible a otros miembros de la respetable comunidad académica.

Román contrastaba con la imagen usual de los profesores de Derecho. Tenía poco de haber regresado de esa Bolonia contestataria, luego de concluir sus estudios de posgrado. Y no desperdiciaba la “pinta”: grandote (a lo Fidel Castro), barba hirsuta (a lo Che Guevara), anteojos con alta graduación (a lo Carlos Fonseca Amador) y vestimenta desaliñada (como la mayoría de los líderes de la izquierda en época de la guerra en Centroamérica). Bohemio de brillante conversación, melómano y lector incansable, estuvo además integrado a un bufete con colegas de similar sensibilidad.

Ahí inició mi relación y amistad con él. Le asistí varios años en las aulas universitarias; luego fue director de mi tesis de licenciatura. Siempre le quedaré agradecido por haber impulsado mi crecimiento profesional. Primero me abrió las puertas para integrarme a ese bufete, cuando él lo dejó para ser funcionario de la Procuraduría General de la República. Luego me alentó en forma determinante para que asumiera diferentes cargos públicos, incluido lo referente a mi postulación como candidato a magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones. Cuando nació mi hija mayor quise hacer patente mi cariño haciéndolo mi compadre.

No fui yo el único bendecido con ese cariño y el apoyo de Román. Solo uno más de una legión que debe a él su ayuda desinteresada. Siempre auténtico y comprometido con los que le rodeaban. Era especialmente generoso y reivindicativo con los más débiles, porque no solo le repugnaban las injusticias sociales sino también las individuales. Pero lo más significativo de todo es que nunca contaba ni mucho menos se jactaba de sus generosos actos.

Por todo ello, ahora que ha dejado este mundo, no solo lo recuerdo como el erudito líder de nuestra cátedra universitaria, el crítico agudo de las realidades del país, el funcionario público probo y el magistrado que tanto aportó a la Corte Suprema de Justicia. Evoco su memoria como el hombre honorable a carta cabal y bondadoso hasta el tuétano que también fue. De esos que no abundan y que dejan una huella imborrable en todos los que lo conocimos.

La imagen de esa maravillosa persona, cuya ausencia duele, no me rima hoy con la confrontativa frase de aquel afiche de su cubículo.

# Artículos

# 2

# **DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COSTARRICENSE** *COSTA RICAN SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW*

**M.SC. LUIS A. ORTIZ ZAMORA**

- Ex presidente de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER).
  - Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho (Costa Rica).
  - Profesor del Curso de Regulación y Competencia de la Universidad de Valladolid (España).
- Reconocido por el Directorio Legal Who's Who Legal como uno de los cuatro expertos en Derecho Administrativo "Most Highly Regarded" de América Central.
- Socio de la Práctica de Derecho Público, Contratación Administrativa y Regulación Económica de BLP Abogados.

# DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR COSTARRICENSE

## COSTA RICAN SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW

### Resumen

En este trabajo se presentan los elementos centrales del Derecho Administrativo Sancionador en Costa Rica. Se parte de las bases constitucionales y legales, para luego delimitar el concepto de sanción administrativa y desarrollar sus principios cardinales. Seguidamente, se analizan los principios y fases del procedimiento administrativo y se determinan las causales de extinción de la responsabilidad administrativa. Finalmente, se cierra el artículo con una descripción del modelo de control judicial de los actos administrativos en general y sancionatorios en específico.

### Abstrac

This paper presents the central elements of Administrative Penalty Law in Costa Rica. It stems from its constitutional and legal basis and then defines the limits of the administrative penalty concept to further explain its cardinal principles. Thereupon, the principles and phases of administrative proceedings are examined, and the causes for the extinction of administrative liability are ascertained. Finally, the paper concludes with a general overview of our judicial review model, as well as a specific representation of how the judiciary controls administrative penalties.

### Palabras clave

Derecho Administrativo Sancionador, Costa Rica, sanciones administrativas.

### Keywords

Administrative Penalty Law, Costa Rica, administrative penalties.

### Sumario

I. Introducción. II. Bases constitucionales y legales de la potestad sancionadora de la administración pública. a. Constitucional. b. Legal. c. Relación con el Derecho Penal. d. Relación con el Derecho Disciplinario. III. Las sanciones administrativas. a. Concepto. b. Tipología. IV. Principios sustantivos de la potestad sancionadora. a. Legalidad. 1. Reserva de ley. 2. Tipicidad. b. *Non bis in idem*. c. Proporcionalidad y razonabilidad. 1. Idoneidad. 2. Necesidad. 3. Proporcionalidad en sentido estricto. d. Responsabilidad personal. e. Irretroactividad. V. Procedimiento administrativo sancionador. a. Principios. 1. Debido proceso 1.1. Audiencia y defensa. 1.2. Intimación. 1.3. Principio de imputación. 2. Oficiosidad. 3. Imparcialidad. 4. Informalismo. b. Partes. 1. La Administración Pública. 2. Órgano director del procedimiento. 3. Órgano decisor. 4. El administrado. 5. El denunciante. c. Etapas. 1. Actuaciones preliminares. 2. Fase instructiva. 3. Resolución final. 4. Fase recursiva. 5. Ejecución. VI. Extinción de la responsabilidad administrativa sancionadora: prescripción y caducidad. VII. Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

¿Puede la Administración Pública imponer sanciones a los particulares, ya no solo cuando se trata de disciplinar a sus funcionarios,

o demás sujetos que se encuentran en una relación de sujeción especial, como los reos, concesionarios, estudiantes de centros de educación pública, contratistas y demás; sino también en aquellos casos donde la relación con la Administración es general y no hay más ligamen que ser ciudadano frente al Estado? ¿Puede hacerlo directamente la Administración, sin tener que acudir a un proceso judicial para que sea un juez quien imponga la sanción?

A pesar de lo polémico que ha resultado el tema desde siempre, lo cierto es que, como pone de manifiesto el Profesor Eduardo Cordero, “la potestad sancionadora en manos de la Administración ha resistido los cambios políticos y diversos momentos históricos, manteniéndose con una intensidad creciente hasta nuestros días” (Cordero, 2012).

Por ello, viene a bien, en el marco de esta obra colectiva, plasmar siquiera unas pinceladas del Derecho Administrativo Sancionador costarricense. Para ello, haremos un análisis desde lo más general, a los más específico, partiendo desde sus bases constitucionales y legales, pasando por sus semejanzas y distinciones respecto del Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, hasta concretar su concepto. Luego, nos enfocaremos en describir, tanto los principios sustanciales del Derecho Administrador Sancionador, como su procedimiento, para finalmente adentrarnos en las particularidades de la extinción de la responsabilidad administrativa sancionadora en nuestro ordenamiento jurídico, así como también develar la intensidad del control judicial que sobre las sanciones administrativas viene obligada a ejercer la jurisdicción contencioso administrativa.

## **II. Bases constitucionales y legales de la potestad sancionadora de la Administración Pública**

### **a. Constitucional**

Es común a muchos ordenamientos el reconocimiento constitucional de la potestad

sancionadora a la Administración Pública. La prevención y protección de la sociedad requiere una Administración capacitada para dotar de verosimilitud al ordenamiento jurídico, pues incumplir las normas debe producir consecuencias (Milano, Ortiz y Rivero 2016, p. 237).

La aceptación y existencia de un Derecho Administrativo Sancionador obedece a varias razones de orden práctico, vinculadas, sobre todo, al cumplimiento de las normas. Y es que, para lograr la efectividad de los mandatos jurídicos, es preciso vigilar y prevenir las contravenciones, pero también reaccionar cuando se producen, de forma que no resulten impunes. Y esto no puede, ni debe, hacerse solo con el *ius puniendi* penal. Puede decirse, incluso, que la tríada regulatoria que ha desarrollado el Profesor Moreno Castillo, representada por la regulación, el cumplimiento normativo y la fiscalización, sería totalmente ineficaz en tanto y cuanto no se le agregase un cuarto elemento como es la potestad sancionadora de la Administración (Moreno Castillo, 2019).

Por ello, si bien nuestra Constitución Política nada dice sobre la potestad sancionadora de la Administración, tanto la jurisprudencia como la doctrina la han aceptado sin reparo alguno. Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado que la satisfacción de intereses comunes en una sociedad requiere de una Administración Pública eficaz, y esa eficacia depende en gran medida de su poder, otorgado en parte, para proteger la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que la sociedad estima como fundamentales. Y es la potestad sancionadora, precisamente, el instrumento a través del cual se busca proteger esos intereses, no como un fin en sí misma, sino como un medio para hacer más eficaz el ejercicio de otras potestades que el ordenamiento atribuye a la Administración para satisfacer intereses generales (Sentencia N°2000-08191).

Y es que, en efecto, el artículo 140 inciso 3 de la Constitución Política señala que co-

responde al Poder Ejecutivo la función de ejecutar las leyes, reglamentarlas y velar su exacto cumplimiento. A ello se une, además, su función de mantener el orden y la tranquilidad de la Nación, función prevista en el inciso 6 del mismo numeral 140. Tenemos, así, a un Estado que está llamado a hacer cumplir las leyes, pero, además, a preservar un orden económico, ambiental y social. Para ello, pues, es necesaria su potestad sancionadora (Hidalgo, 2011, p. 648).

Con todo, como certeramente advierte la Profesora Gómez González, aunque se pueda sostener que no es necesario reconocimiento expreso de la potestad sancionadora de la Administración a nivel constitucional, lo cierto es que "su regulación constitucional sería positivo en la medida que fije los límites que debiese observar el legislador en su regulación legal, estableciendo restricciones a la amplia discrecionalidad que actualmente ostenta sobre la materia" (Gómez González, 2020, p. 59-60).

Por tanto, si bien en Costa Rica se ha admitido la potestad sancionadora de la Administración aun a falta de regulación constitucional expresa, lo cierto es que su inclusión en el texto constitucional podría resultar muy beneficiosa, sobre todo porque se lograría mayor seguridad jurídica en su aplicación y menor atomización legislativa, su gran defecto.

## **b. Legal**

Ahora bien, a partir de ese fundamento constitucional –implícito si se quiere– corresponde a las diversas leyes especiales o sectoriales regular los alcances y límites de la potestad sancionadora, que cada Administración Pública va a ostentar, en atención al interés público que revista una determinada materia que el legislador decida tutelar. De suerte que no existe una sola ley, a modo de código, que regule la potestad sancionadora de la Administración Pública en Costa Rica, sino varias normas, desperdigadas en el ordenamiento jurídico, que regulan cada sector.

No obstante, en virtud de su vocación principalista, la Ley General de la Administración Pública constituye un cuerpo de principios y reglas generales, orgánicamente reunidas, que permiten saber cuáles son las normas elementales mínimas indispensables de acción que la Administración ha de seguir cuando actúa, en cuenta cuando sanciona y/o disciplina (Milano, Ortiz y Rivero, 2016, p. 71-90). Por tanto, esta ley, podríamos decir, constituye el santo grial del Derecho Administrativo costarricense, a la cual se acude a falta de norma especial, e incluso, en ocasiones, con prevalencia a las leyes especiales, sobre todo en materia de principios y procedimiento administrativo (Quirós, 1996).

En este sentido, como bien señala su artículo 364, en caso de duda, sus principios y normas prevalecerán sobre los de cualesquiera otras disposiciones de rango igual o menor y serán también criterios de interpretación de todo el ordenamiento jurídico administrativo del país. Adicionalmente, en sus artículos 366 y 367 se establece que el Libro Segundo rige para todo procedimiento administrativo, con las únicas salvedades del numeral 367 que derogó todas las disposiciones anteriores que establecían o regulaban procedimientos administrativos de carácter general y exceptuó de la aplicación de esa ley, en lo relativo a procedimiento administrativo, únicamente a las materias allí señaladas, a saber: expropiaciones, concursos y licitaciones, contratos de la Administración que lo tenga establecido por ley, materia tributaria, lo concerniente al personal regulado por ley o por reglamento autónomo de trabajo, Registros Públicos, liquidación de presupuestos y demás de fiscalización financiera y contable y, finalmente, los que el Poder Ejecutivo determinara por decreto dentro de los tres meses siguientes a la promulgación de dicha ley, entre los cuales se incluyeron materias como pensiones, aguas, pesca y caza marítima, migración y extranjería, entre otros.

Por tanto, aún y cuando las excepciones establecidas, ya fuera por el canon 367 o vía decreto, son múltiples, lo cierto es que el or-

denamiento jurídico costarricense ha consagrado un sistema garantista para el administrado, frente a las eventuales arbitrariedades que, sin duda alguna, pueden producirse en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora. Así, el artículo 308 de la Ley General ha generalizado un procedimiento administrativo ordinario para todo supuesto en el que se cause perjuicio grave al administrado, sea suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos e intereses legítimos, y/o cuando exista contradicción o concurso de intereses frente a la Administración.

Ello así, en todos los casos de ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración, es este procedimiento el que debe necesariamente seguirse, salvo que nos encontremos en alguna de las excepciones antes señaladas, que, en todo caso, tendrán que tener regulado un procedimiento administrativo cuando menos con las mismas garantías que el procedimiento administrativo ordinario para ser conformes con la Constitución Política y, de no preverlo así, debe entonces aplicarse el numeral 308 aquí descrito por su carácter general y garantista, en defensa de los derechos fundamentales de los administrados.

### **c. Relación con el Derecho Penal**

Históricamente se han formulado múltiples tesis sobre el deslinde entre Derecho Administrativo Sancionador y Derecho Penal, a saber: la tesis sustancialista, expuesta por Feuerbach; la tesis sustancialista del Derecho Penal de policía, representada por Goldschmidt; y la tesis formalista o de la identidad ontológica de estos ilícitos, con Merkl como su principal exponente (Cordero, 2012, p. 3).

A menudo, sin embargo, el positivismo utiliza a ambos como si fueran intercambiables, pero lo cierto es que el mayor valor simbólico y la gravedad de las penas de privación de libertad aconsejan reservar el Derecho Penal para los comportamientos más dañinos.

El Derecho Administrativo Sancionador, en cambio, parece más apropiado para limitar y corregir aquellas conductas que, sin lesionar inmediatamente bienes jurídicos, generan riesgos o generan costes sociales censurables. Acciones o pasividades que no merecen el castigo de la cárcel, pero sí un desincentivo económico o alguna restricción proporcionados a la vulneración del ordenamiento jurídico producido.

Los principios del Derecho Penal se atenúan y matizan en sus proyecciones sobre el Derecho Administrativo Sancionador, que ha ido sustantivándose conforme a sus propias claves. Se ha dicho que ambas ramas se han emparentado, pero no hermanado, de manera que debe restringirse la importación de los principios y reglas del Derecho Penal (Bolaños, 2006, p. 81). Pero, entonces: ¿cuáles son los principios y reglas del orden penal que deben aplicarse al Derecho Administrativo Sancionador?

Nuestra Sala Constitucional ha señalado que: “al menos a nivel de principios, no puede desconocerse una tendencia asimilativa de las sanciones administrativas a las penales, como una defensa frente a la tendencia de liberar – en sede administrativa - al poder punitivo del Estado de las garantías propias del sistema penal. Siendo innegable que las sanciones administrativas ostentan naturaleza punitiva, resulta de obligada observancia, al menos en sus líneas fundamentales, el esquema de garantías procesales y de defensa que nutre el principio del debido proceso, asentado principalmente en el artículo 39 de la Constitución Política, pero que a su vez se acompaña de las garantías que ofrecen los artículos 35, 36, 37, 38, 40 y 42 también constitucionales” (Sentencia N°8193-2000).

Con mayor claridad aún, también ha señalado nuestra Sala Constitucional que: “La aplicación de los referidos principios se explica por el valor constitucional de los mismos. En ese sentido, lo aplicable al Derecho Administrativo sancionador son los principios constitucionales que rigen el derecho punitivo, v.gr.,

el Derecho Penal. No resultan aplicables principios legales de Derecho penal que no puedan subsumirse en los principios constitucionales. Y con mayor razón, tampoco pueden trasladarse automáticamente al ámbito administrativo las normas o disposiciones expresas contenidas en las leyes penales. Lo anterior es importante para los supuestos en que exista oscuridad en las normas administrativas o bien, que estas presenten omisiones. En esos supuestos, no puede pretenderse la aplicación de la norma penal. Máxime que la Ley General de la Administración Pública, en su artículo 9, establece la autonomía del ordenamiento jurídico administrativo, que es independiente de otras ramas del derecho y solamente en el caso de que no haya norma administrativa aplicable, escrita, se aplicará el derecho privado y sus principios. Señala la norma citada que, en caso de integración por laguna del ordenamiento administrativo escrito, se aplicarán los principios generales del derecho público, la costumbre y el derecho privado y sus principios. Se sigue de lo expuesto que en el ámbito administrativo no puede pretenderse la aplicación mecánica de normas expresas del Código Penal o de leyes penales especiales. Esa aplicación sólo sería posible con carácter supletorio si el ordenamiento lo permitiere" (Sentencia N°13329-2006).

De conformidad con el criterio jurisprudencial arriba expuesto, queda claro que, los principios del Derecho Penal aplicables al Derecho Administrativo Sancionador son aquellos referidos al debido proceso y a los principios de legalidad, reserva de ley, tipicidad, culpabilidad, presunción de inocencia, irretroactividad y non bis in idem (Jiménez Meza, 1997, p. 51-118), precisamente en virtud de su rango y cobertura constitucional (artículos 11, 34, 39 y 42 de la Constitución Política), mas no otros principios del Derecho Penal con rango meramente legal, como podría ser el error de derecho<sup>1</sup>. Aun así, es claro que incluso estos principios punitivo-constitucionales deben

ser matizados en su aplicación al orden administrativo, a fin de resguardar el necesario equilibrio entre la eficiencia de la Administración y el respeto de la libertad, la dignidad y los demás derechos fundamentales de los administrados, tal cual lo manda el artículo 8 de la Ley General de la Administración Pública (Rodríguez y Hernández, 2017, p. 41).

Pero, además, es necesario tomar en consideración la influencia que las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos tienen en el Derecho Administrativo Sancionador. Ello es así porque, de conformidad con los artículos 48 de la Constitución Política, 1, 2 y 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, los Derechos Humanos reconocidos por el derecho internacional vigente en Costa Rica fungen como parámetro de constitucionalidad. De ahí que, no solo resulte de aplicación al Derecho Administrativo Sancionador el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino además la jurisprudencia que emane de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el particular (vid. CIDH, Baena Ricardo y otros vs. Panamá), con lo cual, se abre de par en par la posibilidad de que, respecto de normas y actos sustanciales y procesales del Derecho administrativo sancionador se ejerza, no solo control de legalidad y constitucionalidad, sino también de convencionalidad (cfr. Hernández, 2020).

#### **d. Relación con el Derecho Disciplinario**

En criterio de la Sala Constitucional, el ius puniendi del Estado se bifurca en sancionador y disciplinario. En el primer caso se trata de sancionar las infracciones a las órdenes o mandatos de la Administración, es decir a las acciones u omisiones antijurídicas de los individuos, sean o no agentes públicos; mientras que, en el segundo caso, su objeto único es sancionar las violaciones de los agentes públicos a sus deberes funcionales (Sentencia N°1264-95).

Así, pues, el Derecho Disciplinario sanciona para mantener el buen funcionamiento de

<sup>1</sup> Sobre esto véase Procuraduría General de la República de Costa Rica, C-219-2018.

una relación especial de la Administración con el particular, en beneficio de ambas partes; en el sancionador, por su parte, la Administración sanciona para mantener exclusivamente el interés colectivo o del Estado por encima del interés privado, aún si ello ocurre en una relación concreta (Ortiz Ortiz, 1972-1979, p. 53). En esencia, pues, el Derecho Disciplinario es la potestad sancionadora ejercida a lo interno de la Administración (Rodríguez y Hernández, 2017, p. 49).

Ahora bien, el hecho de que el objeto del Derecho Disciplinario sean los agentes públicos hace que los principios sustanciales del Derecho Administrativo Sancionador, derivados a su vez de los principios del Derecho Penal constitucionalmente reconocidos, deban aplicarse aún con mayores atenuaciones que en el sancionador. En efecto, como en las relaciones de servicio público el administrado ingresa a la organización administrativa y se le enviste como funcionario público (Bolaños, 2000, p. 37-39), su relación jurídica con la Administración se convierte en una de sujeción especial<sup>2</sup>, con lo cual, al decir de la Sala Constitucional, el principio de reserva de ley se ve profundamente debilitado, dado que su contenido puede ser definido a través del ejercicio de la potestad reglamentaria y, en general, de los actos administrativos de alcance general (Sentencia N°8009-2004). Esa minimización del principio de reserva legal, como es lógico, tiene hondas repercusiones, a su vez, en la forma en que se interpreta y aplica el principio de tipicidad de las faltas disciplinarias, pues – como apunta la Sala Constitucional – el reglamento y los demás

actos de alcance general pueden definir el contenido de las mismas.

### III. Las sanciones administrativas

#### a. Concepto

Así como la jurisprudencia y doctrina patria han admitido a la potestad sancionadora de la Administración, sin que esté expresamente prevista en la Constitución Política, pues de igual forma se admite la existencia de sanciones administrativas, con carácter ejecutivo y ejecutorio, aún y cuando no exista norma alguna que las defina.

Sobre el concepto de sanción administrativa, nuestra doctrina y jurisprudencia siguen –en lo sustancial– a autores españoles como García de Enterría (1976, p. 10), Suay Rincón (1989, p. 27), Nieto García (2002, p. 223), Huelgo Lora (2007, p. 77-79) y otros.

Así, por ejemplo, Rodríguez Fallas y Hernández Vargas definen la sanción administrativa como “aquel acto intencional desplegado por la Administración con consecuencias negativas para el administrado, su origen se deriva de una actuación de éste previamente tipificada como infracción administrativa”. Y continúan los autores señalando que “la sanción administrativa se constituye como el instrumento con que cuenta la Administración para sancionar a los administrados o funcionarios por aquellas conductas tipificadas previamente como infracciones administrativas”. En este sentido, señalan “la consecuencia legal que el incumplimiento de un deber produce en relación con el responsable” (Rodríguez y Hernández, 2017, p. 677-679).

Por su parte, Hidalgo Cuadra señala que una sanción administrativa es “un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este castigo posee un fin aflictivo ínsito, connatural, que se presenta bajo la forma de la privación de un bien o de un derecho, la imposición de una multa, o la reducción de la capacidad jurídica del infractor” (Hi-

2 En nuestro ordenamiento jurídico las relaciones de sujeción especial están positivizadas en el artículo 14 de la Ley General de la Administración Pública que dice:

1.- Los principios generales de derecho podrán autorizar implícitamente los actos de la Administración Pública necesarios para el mejor desarrollo de las relaciones especiales creadas entre ella y los particulares por virtud de actos o contratos administrativos de duración.

2.- Las limitaciones y las sanciones disciplinarias, en este caso, podrán alcanzar hasta la suspensión temporal de los derechos y bienes creados por la Administración dentro de la relación especial, pero no la negación ni la supresión de los mismos, ni de los otros propios del particular.

3.- El Juez tendrá contralor de legalidad sobre los actos de la Administración dentro de este tipo de relaciones.

dalgo Cuadra, 2011, p. 647). “Para que un determinado acto merezca ser considerado como una verdadera sanción –sigue nuestro autor– deben presentarse varias condiciones: una restricción de los derechos que se tenían previamente, adecuada al mal causado, con finalidad disuasoria de futuros incumplimientos y, especialmente, que se imponga en retribución del incumplimiento de la conducta debida” (Hidalgo Cuadra, 2011, p. 644).

Con anterioridad a estos autores, ya Ortiz Ortiz había definido las sanciones administrativas en nuestro ordenamiento jurídico como “las obligaciones o privaciones de derechos impuestos por la Administración como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del administrado” (Ortiz Ortiz, 2002, p. 389).

Ahora bien, no todo lo que puede parecer un castigo impuesto por la Administración Pública es una verdadera sanción. Para ello es importante identificar aquellas conductas administrativas que, aunque similares, no constituyen en esencia una pena, castigo o sanción.

En primer lugar, en materia de contratación pública encontramos que ni la resolución contractual ni la aplicación de multas o cláusulas penales son sanciones; antes bien, son el resultado de la voluntad de las partes que la incorporan al texto del contrato (Hidalgo Cuadra, 2011, p. 658). Tampoco son sanciones administrativas la anulación o revocación de actos administrativos, estos últimos por conveniencia, oportunidad y mérito y no en su acepción de revocación o incumplimiento que sí calificaría como sanción administrativa. De igual forma, tampoco califica como sanción la imposición de medidas cautelares dentro de los procedimientos administrativos, habida cuenta de su carácter provisional y tendiente a preservar el bien jurídico tutelado.

Pero también hay otros supuestos, que por su mayor similitud podríamos denominar situa-

ciones límites. Así, por ejemplo, la demolición de una construcción realizada a contrapelo de lo que indica el ordenamiento jurídico urbanístico no es una sanción, así como tampoco lo son los apercibimientos, requerimientos e incluso órdenes de cese de actividades ilícitas o cierres de establecimientos por no contar con los correspondientes títulos habilitantes o licencias. Y no lo son porque en todos esos casos, lejos está de cumplirse con el requisito sine qua non para que se verifique una sanción, cual es que la conducta administrativa consista en una restricción de los derechos que se tenían previamente, pues, antes bien, se parte de una situación precaria, que por su evidente ilegalidad ningún derecho puede haber generado en el administrado, de suerte que, de lo que se trata es simple y sencillamente de restablecer la legalidad (Rebollo Puig et. Al, 2010, p. 67-104).

En relación con lo que viene señalado, tanto en nuestro derecho patrio, como allende, se ha dado una interesante discusión en punto a si la caducidad de concesiones u otros títulos habilitantes y la revocación de autorizaciones y licencias deben conceptualizarse como sanciones administrativas o no. Y es que, tanto respecto de un concepto como del otro existe una grave discordancia en cuanto a su noción y por tanto alcances jurídicos.

En efecto, el Profesor Ortiz Ortiz admitía la existencia de dos acepciones del concepto de caducidad, a saber: caducidad-decadencia y caducidad-sanción. En relación con la primera acepción, la caducidad es la extinción del acto mediante una revocación del mismo fundada en su abandono por el particular con él favorecido; mientras que, en relación con la segunda, se trata de un acto que sanciona una falta administrativa. En este sentido, cita como ejemplos hipótesis tan variopintas como: expropiación, sanción, destitución, declaración de caducidad, clausura del negocio de licores, expulsión de extranjeros, actos todos que implican una supresión del acto administrativo que está a la base de la relación o derecho subjetivo eli-

minados: nombramiento, autorización para vender licores, permiso de residencia, etc. (Ortiz Ortiz, 2000).

Jinesta Lobo, por su parte, se refiere a la caducidad como una extinción del acto administrativo dispuesta por la propia Administración Pública emisora por un incumplimiento grave, culpable e imputable al administrado de las obligaciones y deberes que el acto crea. Sigue, por tanto, la concepción de caducidad-sanción, pues, según explica, se trata de una especie de sanción o pena administrativa que opera, principalmente, en materia de concesiones de servicios públicos y de uso de bienes o instalaciones de dominio público, sin que por ello se excluya su aplicación en los actos administrativos unilaterales, dentro de los cuales pone como ejemplo las licencias municipales para desarrollar una actividad lucrativa. (Jinesta Lobo, 2002a, p. 447).

Finalmente, debemos resaltar los precedentes de nuestra Sala Constitucional que, en un verdadero derroche de confusión, ha señalado que la potestad que tiene la Administración para rescindir o declarar la caducidad de los contratos administrativos deriva, no solo de las normas legales específicas, sino sobre todo de los propios contratos suscritos con los concesionarios y del principio general que habilita a la Administración a declarar resueltos sus contratos por incumplimiento de las obligaciones del contratista, principio recogido en normas tales como la Ley General de la Administración Financiera de la República, el Reglamento de la Contratación Administrativa, en la Ley General de la Administración Pública, la Ley de Contratación Administrativa y el Reglamento General de la Contratación Administrativa. (Sentencia N°2000-05518).

Llama poderosamente la atención que en ninguna de esas normas se menciona siquiera a la caducidad como forma de extinción de un contrato administrativo, sino que se hace referencia a la rescisión, a la revocación por razones de oportunidad o conve-

nencia de los permisos de uso de dominio público y demás actos que reconocen a un administrado un derecho expresamente a título precario, y a la resolución contractual, todas las cuales, no obstante tratarse de institutos jurídicos diversos, son utilizados indistintamente por nuestro Tribunal Constitucional para referirse al mismo supuesto.

Si algo va quedando en claro, pues, es que, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo, el concepto de caducidad del acto administrativo que se maneja a nivel doctrinario y jurisprudencial constituye una pasmosa emulsión de nociones. Peor aún, como veremos de seguido, la utilización del concepto en la legislación no hace más que agravar el problema, pues en muchos de los supuestos en los que técnicamente debería aplicarse la caducidad del acto administrativo, se ha preferido utilizar denominaciones diversas que no se avienen con el supuesto de hecho y derecho que se pretende regular y viceversa.

Comenzaremos por la Ley Marco de Concesión de Fuerzas Hidráulicas para Generación Hidroeléctrica y la Ley de Aguas, ambas las cuales prevén a la caducidad como causal de extinción de las respectivas concesiones ante incumplimientos graves del concesionario.

Otra de las normas que prevé la caducidad de concesiones y permisos para prestar servicios públicos es la Ley Reguladora de los Servicios Públicos que, en su artículo 15, establece como causales de caducidad supuestos que no se avienen con el concepto de caducidad-sanción<sup>3</sup>; mientras que, en su numeral 41, aunque se determinan típicas conductas incumplientes del prestatario del servicio público que sí tendrían como resultado natural la caducidad, sin embargo se denomina al acto extintivo como revocatoria y no caducidad.

<sup>3</sup> Renuncia del prestatario, fuerza mayor o caso fortuito que altere las condiciones básicas de la concesión o el permiso y la pérdida decidida por la Asamblea Legislativa de la condición de servicio público.

Las normas que regulan la zona marítimo terrestre (zonas costeras) y el servicio de taxis, por su parte, denominan cancelación y no caducidad al supuesto en el que el ente concedente extingue la respectiva concesión por incumplimiento de las obligaciones del concesionario.

El caso del mercado de las telecomunicaciones, en cuyo marco los operadores prestan servicios bajo concesión, autorización y/o permiso, únicamente prevé la caducidad para los últimos dos supuestos, mas no así para el caso de la concesión de espectro radioeléctrico, para la que se opta por la resolución del respectivo contrato como causa de extinción por incumplimiento del concesionario.

Similar solución sigue nuestra Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos al prever la resolución contractual como forma de extinción de la concesión por incumplimientos del concesionario, y reserva todas las demás causales no imputables al concesionario como una extinción pura y simple, sin adjetivarla de forma alguna.

Por el contrario, para la extinción de las concesiones de explotación petrolera, explotación minera, marinas y atracaderos turísticos, aún y cuando se trata de concesiones también formalizadas en contratos, la legislación sectorial prefiere establecer causales de caducidad y no resolución contractual, en aparente contradicción con lo que establece la legislación sectorial de telecomunicaciones y de concesión de obras públicas con servicios públicos.

Con todo, en realidad la contradicción no existe, puesto que en el caso de las concesiones de espectro radioeléctrico y obras públicas con servicios públicos sí que se verifica un verdadero contrato administrativo desde el punto de vista técnico-jurídico. Lo anterior, en el sentido de tratarse de un acuerdo bilateral o multilateral concertado en que dos o más voluntades se suman simultáneamen-

te, mientras que en estos tres últimos casos específicos lo que se concreta es un acto necesitado de coadyuvante que, por tanto, es unilateral, habida cuenta que en realidad las condiciones impuestas por la Administración concedente tan solo se formalizan bajo el ropaje de un mal llamado contrato, que ni es bilateral ni es concertado, sino tan solo la suma o superposición de actos unilaterales propios de cada uno de los sujetos.

Como conclusión parcial tenemos, entonces, que nuestro ordenamiento jurídico parece decantarse por admitir la caducidad-sanción únicamente como forma de extinción de los actos y no de los contratos administrativos.

Ahora bien, otro supuesto en el que las leyes correspondientes han predeterminado a la caducidad como medio de extinguir el derecho, por incumplimiento del beneficiario, es el caso de las licencias municipales para ventas ambulantes, en las que se dispone este medio extintivo ante la falta de pago del impuesto de patente. No obstante, las mismas leyes que por una parte regulan la caducidad en su acepción de sanción, en otro numeral la utilizan como caducidad-decaimiento, al determinar como causal de caducidad que la familia titular de la licencia no la utilice.

Finalmente, merece especial atención el caso de las autorizaciones para realizar actividades de intermediación financiera. En efecto, en este caso, a pesar de no tratarse de una concesión, ni de servicio público, ni de dominio público, sino del ejercicio de una actividad privada de interés público regulada, supervisada y fiscalizada por el Estado, consideramos que de igual forma debe ser campo fértil para la aplicación de la caducidad como medio de extinción de la autorización o licencia, ante incumplimiento de las condiciones bajo las cuales se le ha permitido el ejercicio de su libertad de empresa al intermediario financiero. En este caso, sin embargo, la normativa sectorial prefiere la utilización del término revocación, en el mis-

mo sentido que en España y Perú se le da a la revocación-incumplimiento, que no es otra cosa que la caducidad-sanción del acto administrativo. Igual solución se sigue en relación con otras actividades que podríamos subsumir bajo la categoría de privadas de interés público, como, por ejemplo: los centros de resolución alterna de conflictos, los emisores de certificados digitales para producir una firma digital certificada, los entes que administran y operan sistemas de pago, las licencias municipales para ubicación y construcción de infraestructura de telecomunicaciones, la construcción y operación de aeródromos particulares, entre muchos otros.

## **b. Tipología**

La tipología de las sanciones varía dependiendo de si se trata del ejercicio de la potestad disciplinaria o sancionadora, así como también del sector del que se trate.

En el caso de las sanciones disciplinarias se prevén –en orden ascendente– las siguientes:

- amonestación verbal;
- amonestación escrita;
- suspensión sin goce de salario; y
- despido sin responsabilidad patronal.

En cuanto a la potestad sancionadora, están, por supuesto, las multas pecuniarias, pero, además, otro tipo de sanciones administrativas, dentro de las cuales resaltan las siguientes por su particularidad:

- prohibición o inhabilitación del agente económico y/o de sus representantes legales de participar de cualquier forma en todo tipo de contratación administrativa (competencia y contratación administrativa);
- advertencia, amonestación, clausura y cancelación de permisos y patentes (ambiental);
- suspensión para participar en el mercado cambiario u obligación de encajar el ciento por ciento de todos los recursos provenientes del incremento de sus pasivos, prohibi-

ción para realizar operaciones activas, suspensión, por el término de quince años, del acceso al redescuento, a la captación de recursos en cuentas corrientes y a la posibilidad de mantener secciones de ahorro (intermediación financiera);

- amonestación pública que se publicará en el Diario Oficial La Gaceta y en un diario de circulación nacional, suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones o actividades en el mercado de valores y suspensión de la condición de miembro del mercado organizado (bolsa);

- suspensión para suscribir nuevos contratos de seguros en la misma línea o ramo afectado por la infracción, suspensión de la autorización para operar, la licencia o el registro (seguros);

- cierre definitivo de un establecimiento y la clausura de sus instalaciones, la remoción de cualquier equipo o instrumento que permita la operación de redes o la prestación de servicios de telecomunicaciones (telecomunicaciones); y

- cancelación de credenciales de regidores o síndicos municipales e inhabilitación para ejercer cargos públicos (fiscalización y control de la Hacienda Pública); entre otras.

## **IV. Principios sustantivos de la potestad sancionadora**

### **a. Legalidad**

El principio de legalidad, en su sentido general, está previsto en los artículos 11 de nuestra Constitución Política y 11 de nuestra Ley General de la Administración Pública y en lo sustancial ordena que la Administración Pública únicamente puede hacer aquello que el ordenamiento jurídico le autoriza.

Ahora bien, en materia de Derecho Administrativo Sancionador, el principio de legalidad se bifurca en otros dos principios: reserva de ley y tipicidad. El primero con carácter formal y el segundo material. La jurisprudencia administrativa en nuestro país ha señalado sobre el general de legalidad y sus dos derivaciones que “se encuentran íntimamente

relacionados, ya que es necesario que las infracciones administrativas y sus respectivas sanciones estén previstas en una ley formal, por lo cual cumplen una función esencial en el Estado de Derecho pues garantizan el respeto a la seguridad jurídica de los administrados, no sólo a fin de que éstos conozcan con certeza el ámbito de lo lícito y lo ilícito, sino porque con ello, se evita la arbitrariedad del órgano sancionador competente, quien sólo podrá sancionar las infracciones y por ende, imponer las penas que estén previamente establecidas en la ley” (Procuraduría General de la República, dictamen C-310-2000).

## 1. Reserva de ley

Nullum crimen, nula pena sine lege. Así formularon los modernos la exigencia de una ley formal, decisión aprobada por los representantes de la voluntad popular, permitiéndose solo la restricción de la libertad por este medio. No cabe la asignación de la potestad sancionadora por norma meramente reglamentaria, pues de aceptarse esto, la Administración devendría titular de un poder excesivo para cohibir el comportamiento de los particulares. Este principio está positivizado en el ordenamiento constitucional costarricense por virtud del artículo 39 que señala: “A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior (...)”.

Por norma reglamentaria no cabe introducir nuevas infracciones, pues, de permitirse, se dejaría en manos de las Administraciones decidir sobre el espacio de los particulares, lo que está reservado a sus representantes en el legislativo, aunque algunos ordenamientos, han relativizado este principio. Porque la reserva de ley, en la definición de las conductas, no obsta una posible colaboración reglamentaria, toda vez que el legislador no puede ni debe regularlo absolutamente todo. Si bien el papel de los reglamentos debería limitarse en general a la especificación o graduación de las infracciones y sanciones, para identificar mejor las conductas y reducir también cualquier discrecionalidad o

margen de interpretación en su aplicación.

## 2. Tipicidad

Conforme al principio de reserva de ley, solo serán infracciones administrativas los hechos o conductas así previstos por la ley, que ha de incluir las sanciones administrativas correspondientes. Las prohibiciones cuya vulneración pueden producir sanciones solo pueden ser marcadas por el legislador, que ha de realizar además un esfuerzo de concreción al definir lo prohibido y sancionable.

Característico del principio de tipicidad, aunque no del todo explicado en el precepto, hay un mandato de descripción precisa de los hechos y las conductas, con proscripción del recurso a fórmulas vagas, generales, difusas o indeterminadas. Si los particulares no saben a ciencia cierta por qué les puede sancionar la Administración, nadie actuaría de forma libre en un Estado de Derecho. (Milano, Ortiz y Rivero, 2016, p. 239-241).

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha precisado que el principio de tipicidad exige que las conductas se encuentren claramente descritas y contengan al menos tres elementos esenciales: el sujeto activo; el verbo o acción, sea la conducta desplegada u omitido por el autor; y la consecuencia punitiva a imponer. Así, se requiere que la redacción de los tipos sea lo suficientemente clara y precisa, a fin de evitar ambigüedades o interpretaciones antojadizas o arbitrarias por parte de los aplicadores del derecho. (Sentencia N°16202-2010).

Con todo, el mismo Tribunal Constitucional ha aceptado como válidas las normas en blanco, que remiten y habilitan a otra norma con el mismo rango o de rango inferior para completar el tipo. En tal supuesto, sin embargo, el legislador debe dar instrucciones suficientes al Poder Ejecutivo para que complete su labor, reservándose así la competencia de determinar el núcleo esencial de la infracción y las consecuencias jurídicas de la misma (Armijo Sancho, 2008, p. 67-68).

En virtud de ello, la misma Sala Constitucional ha considerado como inconstitucionales los tipos sancionatorios que dejen a la Administración la determinación antojadiza del contenido de la prohibición.

En materia disciplinaria, sin embargo, los anteriores preceptos, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, han sido relajados, pues basta la existencia de un conjunto de deberes de los funcionarios y sus atribuciones para entender que el tipo administrativo que remita al incumplimiento de estos –siquiera genéricamente– se cumple (Sentencia N°60174-2011).

### **b. Non bis in idem**

A nadie se juzgará dos veces por los mismos hechos. Sin embargo, pueden encontrarse niveles de responsabilidad diferentes: civil, administrativa y penal. Con mucha frecuencia, una misma conducta puede infringir varias normas. Entonces, no se infringe este principio en el tanto que los valores que tutela la norma sean diferentes y disímiles.

“Esta multiplicidad de efectos determina las diferentes clases de responsabilidad del funcionario, la disciplinaria o administrativa, la penal y la civil o patrimonial. Estas responsabilidades no son excluyentes, por lo que un mismo hecho violatorio de un deber jurídico del servidor puede generar los tres tipos de responsabilidad, y por lo tanto, tres tipos diferentes de sanciones. Aquí los principios de “non bis in ídem o noter in ídem” son inaplicables por cuanto se trata de tres géneros distintos de responsabilidad, cada uno con su dominio propio; las tres responsabilidades tienen finalidades específicas e inconfundibles, por lo que el clásico principio sería violado únicamente en el supuesto de tratarse de responsabilidades y sanciones de la misma especie”. (Sala Constitucional, Sentencia N° 1265-1995)

### **c. Proporcionalidad y razonabilidad**

Este principio suele descomponerse en tres

subprincipios, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

#### **1. Idoneidad**

La idoneidad supone que el límite impuesto al derecho debe satisfacer un fin constitucionalmente legítimo (relación medio-fin); en otras palabras, que es idóneo para satisfacer el fin propuesto. El análisis de legitimidad es distinto y anterior, es decir la legitimidad constituye un presupuesto del consecuente análisis de razonabilidad y proporcionalidad. Se ha comprobado que la norma es legítima, previo a analizar la razonabilidad y proporcionalidad de ésta. No obstante, en una porción importante de la jurisprudencia, la Sala Constitucional ha abordado el análisis de legitimidad como el primer elemento constitutivo del análisis de razonabilidad y proporcionalidad<sup>4</sup>.

Por otra parte, la doctrina define el subprincipio de idoneidad como la “(...) constatación de que la intervención estatal en el Derecho es adecuada -idónea- para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo” (Boulin, 2014, p. 79). Su análisis se centra en la mera constatación de que el medio es adecuado para obtener el fin, habiendo comprobado previamente que ese fin es legítimo.

#### **2. Necesidad**

Para el cumplimiento del subprincipio de ne-

4 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, resolución 3564-2015: “Como lo ha señalado esta Sala, para que una medida se estime razonable debe satisfacer los siguientes elementos: a) la legitimidad, en el sentido de que la medida no viole de manera evidente algún mandato legal jerárquicamente superior; b) la adecuabilidad, en tanto la medida sirva efectivamente para alcanzar el pretendido; c) la necesidad implica que entre varias medidas adecuadas, se debe escoger la menos lesiva; y d) la denominada “proporcionalidad en sentido estricto”, que obliga a que desde ninguna circunstancia se vea afectado el contenido esencial de un derecho constitucional en un proceso de ponderación normativa. Debe decirse que para el sector doctrinario mayoritario, el elemento legitimidad es concebido más bien como un presupuesto. Este protocolo se aplica por fases, de manera que, si el examen de una primera fase es insatisfactorio, resulta innecesario proseguir con el estudio del resto de aspectos, aunque en algunos casos, para mayor contundencia del fallo se puede ahondar en ello (...)” (El énfasis no es del original).

cesidad, la dogmática jurídica contempla el cumplimiento de tres variables a saber:

“La primera radica en la posible pluralidad de medidas idóneas para conseguir el objetivo (...).

La segunda es la eficacia de la medida adoptada para obtener el fin (...).

La tercera consiste en la posibilidad de que estas medidas idóneas afecten derechos en mayor o menor grado (...) una medida administrativa será descalificada por innecesaria si alguno de los medios alternativos con -al menos- igual nivel de idoneidad para contribuir al logro del objetivo propuesto, interviene en menor medida en el derecho afectado. Por ello, así como el análisis de eficacia de las posibles medidas se centra, justamente, en las medidas, esta etapa se centra en la esfera jurídica del ciudadano afectado, escudriñando cómo lo ha vulnerado la intervención que cuestiona. Consecuencia de este enfoque es que, en principio, está a cargo del afectado demostrar como válidas y posibles otras medidas que arribando a igual resultado y afectando en menor grado sus derechos e intereses, se podrían haber adoptado” (Boulin, 2014, p. 79-80).

A la medida que supera el test de necesidad, se le denomina necesaria e indispensable.

Vale mencionar que la jurisprudencia constitucional, en general, no ha aplicado exhaustivamente las tres variables contempladas en la dogmática jurídica, sino que ha resumido este subprincipio en cuestionar si es posible restringir el derecho fundamental utilizando otro medio que sea menos gravoso que el elegido por la autoridad.

### **3. Proporcionalidad en sentido estricto**

La proporcionalidad en sentido estricto se perfila como la:

“(...) relación entre la importancia de la intervención de la medida en el Derecho y la

importancia de su contribución a la realización del fin de bien común perseguido por la Administración Pública. Tal relación se traduce en un balance entre medios y fines, en el que se sopesan los beneficios del interés público que la actuación estatal importa, con el costo del sacrificio particular que tal medida comporta (...) las ventajas (...) deben compensar los sacrificios que implica para el titular del derecho intervenido. (...) El método de la ponderación: (...) identificar los extremos del conflicto -simplificando, el derecho y el interés general-. Luego, debe atribuir, en el caso concreto, un peso a cada uno de ellos. (...) ley de la ponderación, por la cual cuanto mayor sea el grado del perjuicio a uno de los extremos, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario. La resultante final será una regla de prevalencia condicionada: una norma cuyo supuesto de hecho está dado por las condiciones del caso concreto, bajo las cuales un principio tiene prioridad frente al otro, pero que en circunstancias distintas podrá cambiar, o incluso ser directamente contraria” (Boulin, 2014, p. 79-90).

### **d. Responsabilidad personal**

La responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas corresponde por regla general a sus autores, ya sean personas físicas o jurídicas.

Por su parte, la responsabilidad concurrente por infracciones administrativas sigue reglas similares a la responsabilidad concurrente de las administraciones públicas. Así, se suele definir con carácter solidario, en virtud de lo cual, la sanción puede imponerse a cualquiera de los infractores, o a todos a la vez.

Distinto es el supuesto de la posición de garante, esto es, obligaciones legales de prevención de algunas infracciones, caso para el que se contempla tanto la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, según los casos, que habrá de modular para evitar excesos por las consecuencias negativas del incumplimiento.

## e. Irretroactividad

El artículo 34 de nuestra Constitución Política reconoce el principio de irretroactividad en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas (Ortiz Ortiz, 2002, p. 218). No obstante, a contrario sensu, el principio es que la ley es retroactiva cuando sea de efecto beneficioso (Jiménez Meza, 1997, p. 112).

Consecuentemente, en materia penal es posible la hiperretroactividad de una ley, con sustento en lo cual podría modificarse incluso una sentencia pasada con carácter de cosa juzgada, por medio del recurso de revisión. Así, cuando una ley posterior declare que no es punible el hecho que antes se consideraba como tal, cuando una nueva ley rebaje la pena ya impuesta por el mismo delito, o bien cuando la ley que sirvió de base a la condenatoria haya sido declarada inconstitucional, es posible solicitar la revisión de la sentencia.

Pues bien, nada obsta, en nuestro criterio, que el principio de retroactividad en favor del sujeto sancionado sea aplicable en el Derecho Administrativo Sancionador. En efecto, como se dijo anteriormente, cumple con el criterio de tratarse de un principio de orden constitucional y no exclusivamente penal, con lo cual debe tener efectos generales, y, además, en nada contradice los principios del Derecho Administrativo Sancionador.

Si ello es así para la retroactividad de la ley en beneficio, pues con mucho mayor razón resulta aplicable el principio contrario, sea la irretroactividad cuando la ley es en perjuicio. Así, ha dicho nuestra jurisprudencia constitucional, que el principio de irretroactividad, al igual que los demás relativos a los derechos o libertades fundamentales, no es tan sólo formal, sino también y sobre todo material, de modo que resulta violado, no sólo cuando una nueva norma o la reforma de una anterior altera ilegítimamente derechos adquiridos o situaciones consolidadas al amparo de la dicha norma anterior, sino tam-

bién cuando los efectos, la interpretación o la aplicación de esta última produce un perjuicio irrazonable o desproporcionado al titular del derecho o situación que ella misma consagra (Sala Constitucional, Sentencia N°1147-90).

Por lo tanto, la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley se traduce en que, si se ha producido el supuesto condicionante bajo la vigencia de una ley, no puede venir una posterior a desmejorar la situación jurídica del particular. De suerte que, si una conducta no es sancionable en el momento en que se comete, no podría venir una norma aprobada con posterioridad a incidir en ese hecho jurídico ya consolidado.

Sobre el mismo tema, ya desde la Sentencia de la Sala de Casación N° 80 de las 15h30 horas del 13 de septiembre de 1967, se definió con bastante claridad lo que debe entenderse por efecto retroactivo en la aplicación de una nueva ley. En ese fallo se dijo:

“Que el problema de la aplicación de la ley en el tiempo debe examinarse bajo tres aspectos, o sea, en cuanto al pasado, en que rige el principio de irretroactividad; en cuanto al presente, donde predomina la regla de que la ley tiene vigencia inmediata; y en cuanto al porvenir que se caracteriza por la aplicación generalizada de la ley, pues las relaciones sobrevinientes siempre tendrán que regirse por ésta. Los hechos jurídicos no se pueden alterar por leyes nuevas, ni tampoco los defectos que se hayan producido antes de que la ley entre en vigor: pero las consecuencias pendientes sí están sometidas, siempre y cuando la ley, al aplicarse a esas consecuencias, no incida sobre el pasado, vulnerando lo que está protegido por el principio de irretroactividad. Por ello se dice que las leyes son de aplicación inmediata a todas las consecuencias derivadas de hechos o relaciones preexistentes, salvo en el caso de que esas consecuencias hayan alcanzado un valor jurídico propio, o que la ley nueva, al aplicarse a ellas, lesione la situación o derecho originario, porque entonces la ley

no podrá afectar esas consecuencias, sin ser retroactiva” (subrayados no son del original).

## **V. Procedimiento administrativo sancionador**

En Costa Rica –como con acierto señala el Profesor Jinesta Lobo– hablar de procedimiento administrativo es sinónimo de la Ley General de la Administración Pública (LGAP) de 1978 (Ley No. 6227 de 2 de mayo de 1978), cuyo Libro Segundo titulado “Del Procedimiento Administrativo”, constituye una de las pioneras y más tempranas codificaciones de este instituto en Iberoamérica (Jinesta Lobo, 2002, p. 80).

Tiene el procedimiento administrativo en general, y, en especial el sancionador, un doble propósito: por un lado, incrementar la eficacia y, por el otro, garantizar la posibilidad de defensa de derechos. Este objetivo está claramente expresado en la definición que formula el artículo 214.1 de nuestra Ley General de la Administración Pública, conforme al cual, el procedimiento administrativo “(...) servirá para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico”. Repasaremos en este apartado sus principios, sus etapas y sus partes.

### **a. Principios**

Los principios son los responsables de darle coherencia y unidad al Derecho Administrativo en general, y particularmente en la faceta sancionadora de la Administración pública. De ahí que, no en vano nuestra Sala Constitucional haya señalado que: “Los principios del debido proceso extraíbles de la Ley General de la Administración y señalados por esta Sala en su jurisprudencia, son de estricto acatamiento obligatorio por las autoridades encargadas de realizar cualquier procedimiento administrativo que tenga por objeto o produzca un resultado sancionador” (Sentencia N°2945-94). Viene a bien, por tanto, repasar siquiera brevemente los princi-

pios que rigen el procedimiento administrativo sancionador en nuestro ordenamiento jurídico.

## **1. Debido proceso**

### **1.1. Audiencia y defensa**

Las resoluciones N°15-90 y N°1739-92, ambas de la Sala Constitucional, son un verdadero parteaguas en el Derecho Administrativo Sancionador costarricense, pues es a partir de estas que se comienzan a respetar los principios más básicos. En este sentido, dichas resoluciones establecieron que, a partir del derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política, y el principio del debido proceso, contenido en el numeral 41 del texto constitucional, cuando la Administración pretenda sancionar al administrado resulta de obligado cumplimiento cuando menos lo siguiente:

- Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento;
- Hacer traslado de cargos al afectado, lo cual implica comunicar en forma individualizada, concreta y oportuna, los hechos que se le imputan;
- Derecho de ser oído y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes;
- Oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate;
- Concederle un plazo razonable para la preparación de su defensa;
- Derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas;
- Fundamentación de las resoluciones que pongan fin al procedimiento;

- Notificación adecuada de la decisión que dicta la Administración y de los motivos en que ella se fundó; y
- Derecho del interesado de recurrir la decisión dictada.

## 1.2. Intimación

Es el acto procesal por medio del cual se pone en conocimiento del funcionario la acusación formal. La instrucción de los cargos tiene que hacerse mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos que se le imputan y sus consecuencias jurídicas.

## 1.3. Principio de imputación

Es el derecho a una acusación formal. El juzgador debe individualizar al acusado, describir en detalle, en forma precisa y de manera clara el hecho que se le imputa. Debe también realizarse una clara calificación legal del hecho, estableciendo las bases jurídicas de la acusación y la concreta pretensión punitiva. Solo así puede el imputado defenderse de un supuesto hecho punible o sancionatorio, y no de simples conjeturas o suposiciones. (Sala Constitucional, Sentencia N°632-99).

## 2. Oficiosidad

Previsto en el numeral 222.1 de la Ley General de la Administración Pública, ordena el impulso de oficio de todo procedimiento administrativo, sin perjuicio del que puedan darle las partes. A esta norma se une el 225 del mismo cuerpo legal que hace responsable tanto a la Administración como al servidor por cualquier retardo grave e injustificado, debiendo el órgano instructor –dice la norma– conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado.

## 3. Imparcialidad

A sabiendas de que la Administración reúne,

en la casi generalidad de los procedimientos administrativos, la doble condición de juez y parte, la Ley General de la Administración Pública (LGAP) permite la separación formal respecto de las funciones de instrucción y resolución de este (artículos 227, 230.2, 248, 314, 315.2, 319 y otros LGAP). De esta forma, se habilita la delegación de la instrucción en un órgano director, que representa a la Administración (artículo 282.3 LGAP), y cuya designación se rodea de especiales garantías, en aras de reforzar aquella neutralidad. Desde esa perspectiva, la citada LGAP garantiza, además, aquella imparcialidad exigible a los agentes públicos que actúan en su nombre, por medio de las técnicas de abstención o excusa y recusación.

Bajo ese marco, nuestro Derecho Administrativo impone la obligación de abstención o excusa y la posibilidad de recusar al funcionario que, en el curso del procedimiento administrativo, vea comprometida su objetividad e imparcialidad, impidiendo o menoscabando el estricto cumplimiento de sus deberes e incluso potenciando un perjuicio a los intereses generales. Por lo anterior, la Administración debe someterse al deber de asegurar "(...) la consecución de una justicia objetiva, imparcial, independiente y cristalina, propia de regímenes democráticos y de derecho" (Sala Constitucional, Sentencia N°7531-97).

Es, en virtud de lo anterior, que uno de los principios básicos del procedimiento administrativo es la imparcialidad y objetividad respecto del órgano director, el de la alzada y demás autoridades o funcionarios que intervengan auxiliándolos o asesorándolos en el procedimiento (art. 230 LGAP), toda vez que estos constituyen elementos que garantizan, junto con otros, el debido proceso. Cuando la imparcialidad se ve amenazada, puede restituirse a través del instituto de la recusación, que es la facultad que le confiere el ordenamiento a las partes, a fin de conseguir, por motivo o causal justificada en la ley, la separación de un funcionario público del conocimiento de un asunto en específico.

## 4. Informalismo

Dispuesto en el artículo 224 de la Ley General de la Administración Pública ordena interpretar las normas de procedimiento administrativo en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados, sin que dicho informalismo pueda servir para subsanar nulidades absolutas.

En atención de este principio, otras normas de esta misma Ley establecen reglas especiales tales como:

- No se exige autenticación de los escritos que se presenten en forma personal (artículo 286).
- No se obliga a formular los interrogatorios a los testigos por escrito ni en forma asertiva (artículo 304.1).
- Las gestiones que realicen los administrados se pueden presentar ante cualquier oficina de la misma Administración Pública (artículos 112 y 260.2).
- Los recursos no requieren de ninguna formalidad o redacción especial pues basta que de su texto se infiera la petición de revisión (artículo 348).

### b. Partes

#### 1. La Administración Pública

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración Pública costarricense está constituida por el Estado (Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, más el Tribunal Supremo de Elecciones con rango e independencia de poder), y los demás entes públicos. Por su parte, para el numeral 1 del Código Procesal Contencioso Administrativo se entiende Administración Pública, para los fines de esa ley, como:

- a) La Administración central.
- b) Los Poderes Legislativo, Judicial y el Tribu-

nal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas.

- c) La Administración descentralizada, institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho público

Toda esta gama variopinta de entes y órganos administrativos pueden, potencialmente, imponer sanciones administrativas a los privados, con tal de que la ley les confiera la competencia para ello y determine los tipos administrativos y las infracciones, a fin de cumplir con el principio de juridicidad; mientras que, en el caso de la potestad disciplinaria, dada la relación de sujeción especial que le es inmanente y que ralentiza las exigencias de la reserva de ley, incluso los reglamentos y actos de alcance general, pueden justificarse. Así pues, las diversas Administraciones Públicas pueden imponer sanciones en las diversas materias que, de acuerdo con sus competencias, atienden: sea contratación administrativa, ambiente, comercio exterior, protección al consumidor, promoción de la competencia, telecomunicaciones, mercado financiero, tributario, etc.

Ahora bien, aún y cuando todos esos confines de competencia de las diversas Administraciones públicas son importantes, resulta importante resaltar a la Contraloría General de la República, órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa que ostenta, en virtud del texto constitucional, funciones fiscalizadoras de la Hacienda Pública (ordinales 183 y 184 de la Constitución Política). Esa función fiscalizadora incluye, cómo no, la "vigilancia" en materia de fondos públicos, por la cual se la ha reconocido potestad sancionadora. Complementando esa potestad, implícita en la Constitución, tanto su Ley Orgánica como la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, la Ley General de Control Interno y la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos establecen, como parte de las competencias de la Contraloría General de la República, la de tramitar procedimientos administrativos y la vinculatoriedad de sus re-

comendaciones para la Administración a la que pertenece el sujeto que ha cometido la infracción (Díaz Campos, 2019).

Esa Administración Pública con potestad sancionadora, debe desdoblarse en dos órganos esenciales a efectos de poder llevar adelante el procedimiento administrativo sancionador respectivo, a saber: el órgano director del procedimiento y el órgano decisor.

## **2. Órgano director del procedimiento**

Es este el que tiene las facultades o competencias de organización e instrucción, mas no de carácter decisivo. De conformidad con el artículo 282 inciso 3) de la Ley General de la Administración Pública, es este el órgano que representa a la Administración en el procedimiento administrativo.

A este órgano le corresponde dirigir e impulsar el procedimiento de oficio o a instancia de parte hasta dejarlo listo para el dictado del acto final.

## **3. Órgano decisor**

Se trata del órgano, dentro de la estructura organizativa de la respectiva Administración que ostenta la competencia para emitir el acto final. Es el que toma la decisión de instaurar un procedimiento administrativo, así como también de resolverlo con carácter definitivo. Si bien nada obsta para que este órgano asuma también la función de instruir el procedimiento, lo usual es que, por estar facultado para ello, delegue la fase de instrucción en un órgano director que él mismo nombra, o que, en ocasiones, ya está conformado como órgano permanente de la estructura administrativa.

## **4. El administrado**

El administrado puede tener participación como principal, que en el caso del procedimiento administrativo sancionador corresponde a quien se intima la comisión de una

presunta falta, o bien como coadyuvantes pasivos o activos, interviniente excluyente o interviniente adhesivo.

El coadyuvante es todo aquél que esté indirectamente interesado en el acto final, o en su denegación o reforma, aunque su interés sea derivado, o no actual, en relación con el que es propio de la parte a la que coadyuva. Por su condición, no puede pedir nada para sí, ni cambiar la pretensión de la parte a la que coadyuva, pero puede hacer todas las alegaciones de hecho y derecho que desee, así como también usar todos los recursos y medios procedimentales para hacer valer su interés, excepto en lo que perjudique al coadyuvado.

En cuanto a los intervinientes, excluyentes y adhesivos, se trata en el primer caso de un tercero que hace valer un derecho subjetivo o interés legítimo contra una o ambas partes; mientras que, en el segundo, su interés es concurrente con el de una parte. Se diferencian del coadyuvante en que, en virtud del derecho subjetivo o interés legítimo propio que ostentan, sí pueden deducir pretensiones propias.

## **5. El denunciante**

La jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional ha sido un tanto vacilante respecto de los derechos del denunciante. Así, ha pasado de no considerarlo como parte y negarle derecho a ser informado del resultado del procedimiento y acceso al expediente (Sentencia N°3063-94), a reconocerle, en una segunda etapa, derecho a ser informado y que se le den datos generales sobre la tramitación brindada a su denuncia (Sentencia N°06542-2002), a finalmente considerarlo, en casos calificados, como parte en el procedimiento administrativo respectivo con todos los derechos que tal condición impone (Sentencia N°14300-2005).

## **c. Etapas**

El Profesor Ortiz Ortiz definía el procedimien-

to administrativo como el “conjunto de actos preparatorios concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público” (Ortiz Ortiz, 1981, p. 383). Sus correspondientes etapas son, por tanto, el laboratorio de donde, si se mezclan los ingredientes en orden y de manera adecuada, saldrá un producto exitoso. Veamos pues cuáles son esas etapas, concentrándonos, por de pronto, en el procedimiento administrativo ordinario, que es el que, por antonomasia, corresponde tramitar para conocer y resolver sobre una sanción administrativa.

## **1. Actuaciones preliminares**

Esta etapa es totalmente facultativa. La Administración tiene la posibilidad de ordenar una investigación preliminar con el objeto de determinar con mayor claridad si los hechos que han sido puestos en su conocimiento ameritan la apertura o no de un procedimiento administrativo, así como también para identificar con mayor precisión a las partes que podrían tener injerencia. Al tratarse de una investigación preliminar, que además es facultativa, nuestra jurisprudencia ha sostenido que no deben darse las garantías del debido proceso durante esta fase, pues el procedimiento administrativo sancionador como tal aún no se considera iniciado.

## **2. Fase instructiva**

Lo primero es la decisión del órgano decisor de instaurar un procedimiento administrativo, así como de conformar, nombrar y posteriormente juramentar al órgano director. Normalmente el órgano director está conformado por funcionarios públicos, sin embargo, en casos excepcionales, cuando la realización del fin público lo amerite, es posible nombrar a personas ajenas a la Administración con el

fin de integrarlo. (Procuraduría General de la República, dictamen N°C-173-95; opinión jurídica N°OJ-047-2000).

Posteriormente, viene el traslado, intimación e imputación de cargos, mediante el cual el órgano director debe notificar al administrado los hechos, cargos, motivos, carácter y fines del procedimiento administrativo, poner a disposición de las partes el expediente administrativo y citar a comparecencia oral y privada.

Luego, se celebra la audiencia oral y privada en la cual debe evacuarse toda la prueba y recibirse los alegatos y conclusiones de las partes.

Una vez finalizada la audiencia el órgano director debe poner manos a la obra a preparar su informe final con el objeto de ponerlo en conocimiento del órgano decisor, con lo cual la fase instructiva se da por terminada.

## **3. Resolución final**

Una vez que el órgano decisor recibe del órgano director su informe final, debe proceder con el dictado del acto o resolución final.

## **4. Fase recursiva**

A partir de que se notifica la resolución final se abre, pues, la fase recursiva, en la que las partes cuentan con plazos perentorios establecidos por ley para la interposición de los recursos ordinarios de revocatoria y apelación, así como del recurso extraordinario de revisión. Valga señalar que, en nuestro ordenamiento jurídico procesal, el agotamiento de la vía administrativa es facultativa –salvo en materia municipal y contratación administrativa– con lo cual, las partes eventualmente perjudicadas por la resolución final pueden interponer el correspondiente proceso de conocimiento ante la jurisdicción contencioso administrativo y/o, ante violaciones de derechos fundamentales, el correspondiente recurso de amparo ante la Sala Constitucional.

## 5. Ejecución

Una vez notificada la resolución final, la Administración está facultada para ejecutar por sí misma la sanción que eventualmente hubiere impuesto, en virtud de los principios de autotutela, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos. Debe señalarse que, aun de haberse interpuesto los recursos administrativos que sean procedentes contra la resolución final, la sanción puede hacerse cumplir, sea mediante ejecución forzada mediante apremio sobre el patrimonio del administrado, ejecución sustitutiva o cumplimiento forzoso, salvo suspensión de efectos ordenada por la propia Administración frente a la posibilidad de ocasionar perjuicios graves o de imposible reparación, o medida cautelar decretada por la jurisdicción contencioso administrativo y/o constitucional, ante la posibilidad real o potencial de que se ocasionen daños graves a la parte accionante.

## VI. Extinción de la responsabilidad administrativa sancionadora: prescripción y caducidad.

La seguridad jurídica, como es bien conocido, es un principio de rango constitucional que consiste, en esencia, en evitar incertidumbre del derecho vigente (Sala Constitucional, Sentencia N°8390-97). En esa línea, tanto la prescripción como la caducidad comparten un lugar común, pues ambos institutos han sido creados para tutelar el orden social y la seguridad en las relaciones jurídicas, en donde el ejercicio oportuno de las acciones y los derechos está asistido de un interés social, siendo que la postergación indefinida de los mismos acarrearía duda y zozobra en los individuos y amenazaría la estabilidad patrimonial (Sala Primera, Sentencia N°76-95).

Es por ello, justamente, que nuestra jurisdicción contencioso administrativa ha tendido a ser intolerante con el paso exagerado del tiempo en los procedimientos administrativos sancionadores, pues tales dilaciones son

contrarias al principio de tutela judicial efectiva y a la justicia pronta y cumplida, positivizada como derecho fundamental en el numeral 41 de nuestra Constitución Política que dice: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".

Y es que, someter a un administrado a procedimientos administrativos sancionadores de dos, tres o más años deviene, sin duda alguna, violatorio de sus derechos fundamentales, por lo cual la jurisprudencia se ha enfocado en controlar y proteger este tipo de abusos.

En este sentido, la línea jurisprudencial reiterada de la jurisdicción contencioso administrativa ha definido tres momentos del procedimiento administrativo donde resulta particularmente importante analizar la verificación o no de prescripción y/o caducidad, a saber: 1) al momento del inicio del procedimiento administrativo; 2) durante la instrucción del procedimiento administrativo; y 3) una vez que el procedimiento administrativo está listo para el dictado del acto final. De estos, los supuestos 1) y 3) están referidos a la prescripción, mientras que el 2) refiere a la caducidad. Analicémoslos pues en detalle.

El inicio del procedimiento administrativo, que tiene su génesis al notificársele al sujeto investigado el traslado de cargos debe verificarse, en materia disciplinaria, dentro del plazo de un mes contado a partir del momento en que el órgano con potestad disciplinaria tuvo conocimiento de la supuesta falta investigada. Esta regla general aplica tanto para el sector privado como público y deriva del artículo 603 de nuestro Código de Trabajo, aunque tiene algunas excepciones definidas en leyes especiales que regulan regímenes funcionariales especiales, como, por ejemplo, el de policía y funcionarios judiciales. Por su parte, tratándose de materia sancionadora, el plazo para que el órgano

competente dé inicio al procedimiento administrativo dependerá del plazo específico que esté regulado en la legislación sectorial de que se trate, de las cuales existe una multiplicidad variopinta que nos resultaría imposible siquiera elencar aquí.

Ahora bien, una vez que se notifica el traslado de cargo se interrumpe el plazo de prescripción. Empero, si dicho plazo se traspasa y el sujeto investigado así lo acusó, el efecto que la verificación de la prescripción tiene es que el órgano pierde la competencia para sancionar, lo que hace que todos los actos posteriores sean absolutamente nulos. Y, si bien es cierto, el numeral 329 inciso 3) de nuestra Ley General de la Administración Pública señala que “el acto final recaído fuera de plazo será válido para todo efecto legal, salvo disposición en contrario de la ley”, ello es así siempre y cuando el procedimiento administrativo ya se hubiera iniciado.

La prescripción también es particularmente relevante en la etapa cuando hay que dictar el acto final, pues vuelve a aplicar el mismo plazo que al inicio. Así, pues, si el procedimiento administrativo se dislocó entre órgano director y órgano decisor, a este último le correrá el plazo de prescripción una vez que el director le traslade su informe final, empero, si ambos se confunden en un solo órgano, el plazo comenzará a correr tan pronto se dé por terminada la comparecencia oral.

En cuanto a la caducidad, el momento clave en el procedimiento administrativo se da durante su instrucción. Este instituto está regulado en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 340 y 341 de la Ley General de la Administración Pública que señalan:

“Artículo 340.-

1) Cuando el procedimiento se paralice por más de seis meses en virtud de causa, imputable exclusivamente al interesado que lo haya promovido o a la Administración que lo haya iniciado, de oficio o por denuncia, se producirá la caducidad y se ordenará su archivo, a menos que se trate del caso previs-

to en el párrafo final del artículo 339 de este Código.

2) No procederá la caducidad del procedimiento iniciado a gestión de parte, cuando el interesado haya dejado de gestionar por haberse operado el silencio positivo o negativo, o cuando el expediente se encuentre listo para dictar el acto final.

3) La caducidad del procedimiento administrativo no extingue el derecho de las partes; pero los procedimientos se tienen por no seguidos, para los efectos de interrumpir la prescripción.

Artículo 341.-

La caducidad del procedimiento no producirá por sí sola la caducidad o prescripción de las acciones del particular, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de tal caducidad o prescripción”.

Derivase de las anteriores normas que, para que se verifique la caducidad del procedimiento administrativo se requiere la verificación de tres elementos, a saber: 1) inactividad o falta de gestión o impulso; 2) que las causas sean imputables a quien gestiona el procedimiento administrativo; y 3) el transcurso de 6 meses desde la última actuación.

Tal como se concluye a partir del inciso 3) del numeral 340 y del 341, la caducidad extingue el procedimiento administrativo específico, pero no necesariamente la responsabilidad disciplinaria o sancionadora que se buscaba imponer. Así, el efecto inmediato que tiene la caducidad del procedimiento administrativo declarada es que el mismo se tiene por no iniciado por lo que no tiene entonces la virtud de interrumpir plazos de prescripción o caducidad del derecho de fondo.

Pero hay más, pues la jurisdicción contencioso administrativa, en un intenso ejercicio de control de la Administración, ha creado, de manera pretoriana, un cuarto supuesto en el cual el transcurso del tiempo, aun si no se

verifica prescripción ni caducidad alguna, puede generar la nulidad del acto administrativo disciplinario o sancionador. Y es que, a pesar de que el plazo de dos meses con que cuenta la Administración para dar por concluido el procedimiento, así dispuesto por el artículo 261 de la Ley General de la Administración Pública, se ha definido como ordenatorio y no perentorio, la jurisprudencia ha señalado que ello no es una patente de corso para que los procedimientos administrativos tarden indefinidamente, pues están de por medio los derechos fundamentales a la seguridad jurídica, tutela judicial efectiva y justicia pronta y cumplida de los investigados, además de su dignidad. Por ello, existen ya precedentes judiciales que se abren camino para convertirse en línea jurisprudencial que han señalado que una duración irrazonable e injustificada del procedimiento puede llevar a la nulidad de lo actuado por la lesión al principio de justicia pronta y cumplida y los principios de celeridad, eficiencia e impulso procesal de oficio<sup>5</sup>, -reiteramos - aún y cuando no se hubieren cumplido ni los supuestos de la caducidad ni de la prescripción.

## VII. Conclusiones

La Constitución Política costarricense guarda silencio con respecto a la potestad sancionadora de la Administración Pública. No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina la han admitido como una especie dentro del género más amplio del *ius puniendi* del Estado, dentro del cual encontramos, además, al Derecho Penal y al Derecho Disciplinario.

Aunque no contamos con una ley general o código de sanciones administrativas, sino que estas se encuentran desperdigadas a todo lo largo y ancho del ordenamiento jurídico administrativo, sí que contamos con una Ley General de la Administración Pública, que aglutina y uniforma las garantías mínimas y principios generales que deben se-

guirse siempre que la Administración actúa. A mayor abundamiento, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha servido como un intermediario entre las necesidades sociales requeridas de satisfacción en la relatividad del tiempo, y las normas, que deben tener ventanas abiertas para su adaptación futura, y ha dotado así a nuestro ordenamiento jurídico, de un sólido acervo jurisprudencial que guía el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

Finalmente, en lo que hace al control de la potestad sancionadora, nuestra Constitución Política sí que prevé una norma regia plenipotenciaria de la jurisdicción contencioso administrativa, complementada por un Código Procesal Administrativo de avanzada que, en la teoría, no dejan campo inmune al control de la Administración, ni mucho menos de su potestad sancionadora; si bien en la práctica, no pocas veces termina haciéndose realidad el temor que en su momento expresara el maestro Eduardo Ortiz Ortiz de que: "El juez contencioso está siempre mucho más cerca del Estado, y le gusta. Cuando le da la razón, se satisface; cuando se la quita, se siente solo y culpable" (Ortiz Ortiz, 1996, p. 114).

## Bibliografía

Armijo Sancho, G. (2008). Del Control Político al Control Constitucional: El Principio de Legalidad Penal. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Bolaños, J. (2000). Derecho Disciplinario de la Función Pública. San José, Costa Rica: IJSA.

Bolaños, J. (2006). Derecho Disciplinario Policial. San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia.

Boulin, I. (2014). Decisiones razonables: El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa. Argentina: Editorial Marcial Pons.

<sup>5</sup> Entre otros véase: Voto 001-2019-VI del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Sexta.

- Cordero, E. (2012). El derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 25(2), 131-157.
- Díaz Campos, M. (2019). Potestad sancionatoria, procedimiento administrativo de Hacienda Pública y efectividad de las sanciones administrativas en la lucha contra la corrupción. *Revista de Derecho de la Hacienda Pública*, (12), 9-26.
- García de Enterría, E. (1976). El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (10), 399-430.
- García de Enterría, E. (2000). *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L.
- Gómez González, R. (2020). Potestad Administrativa Sancionadora. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (32), 37-63-
- González Camacho, O. (2006). Recursos. En *El nuevo proceso contencioso administrativo*. San José, Costa Rica: Poder Judicial.
- Hernández Mendible, V. (2020). *El estado convencional*. España: Olejnik Ediciones.
- Hidalgo Cuadra, R. (2011). La sanción administrativa, en temas de Derecho Público. *Estudios en homenaje al Dr. Rafael González Ballar.*, comp. César Hines Céspedes. San José, Costa Rica: ISOLMA.
- Huergo Lora, A. (2007). *Las sanciones administrativas*. Madrid: Portal de Derecho S.A.
- Jiménez Meza, M. (1997). Los Nuevos Lineamientos para la Potestad Sancionadora Administrativa. En *Justicia Constitucional y Administrativa*. San José, Costa Rica: Mundo Gráfico S.A.
- Jiménez Meza, M. (2006). Bases constitucionales para la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa. En *el nuevo proceso contencioso administrativo*. San José, Costa Rica: Poder Judicial.
- Jinesta Lobo, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Jinesta Lobo, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Jinesta Lobo, E. (2009). La nueva justicia administrativa en Costa Rica. *Revista de Administración Pública*, (179), 413-435.
- Milano, A., Ortiz, L. y Rivero, R. (2016). *Manual de Derecho Administrativo*. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Moreno Castillo, L. (2019). Teoría de la regulación. *Hacia un derecho administrativo de la regulación*. Vol. 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, Instituto de Estudios en Regulación Minera, Petrolera y Energética.
- Muñoz Machado, S. (2012). Los Poderes de Oficio del Juez Administrativo. *Anales, Segunda Época*, 50, Año LVII.
- Nieto García, A. (2002). *Derecho Administrativo Sancionador*. España: Editorial Tecnos.
- Ortiz Ortiz, E. (1972-1979). *Derecho Administrativo*, Tomo III. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.
- Ortiz Ortiz, E. (1981). Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de la Administración Pública, *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, Asociación Costarricense de Derecho Público.
- Ortiz Ortiz, E. (1996). *Expropiación y Responsabilidad Pública*. San José, Costa Rica: Litografía e imprenta LIL.
- Ortiz Ortiz, E. (2000). *Tesis de Derecho Administrativo*, Tomo II. San José, Costa Rica: Edi-

torial Stradtman.

Ortiz Ortiz, E. (2002). Tesis de Derecho Administrativo, Tomo I. San José, Costa Rica: Editorial Stradtman.

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

Rebollo Puig, M. et. Al. (2010). Derecho Administrativo Sancionador. Valladolid: Lex Nova S.A.U.

Rodríguez, M. y Hernández, M. (2017). El procedimiento administrativo sancionador. San José, Costa Rica: IJSA.

Suay Rincón, J. (1989). Sanciones Administrativas. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España

## **Jurisprudencia**

Dictamen número C-310-2000. Procuraduría General de la República de Costa Rica.

Dictamen número C-173-95. Procuraduría General de la República de Costa Rica.

Opinión jurídica N°OJ-047-2000. Procuraduría General de la República de Costa Rica.

Resolución No. 2000-08191. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 8193-2000. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 13329-2006. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 1264-95. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 8009-2004. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 2000-05518. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 16202-2010. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 1265-1995. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 1147-90. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 2945-94. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 3063-94. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 7531-97. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 632-99. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución No. 06542-2002. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 14300-2005. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 8390-97. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 3564-2015. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 76-95. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Resolución No. 80 -1967 (1967, 13 de septiembre). Sala de Casación Penal de Costa Rica. Normativa

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

Asamblea Legislativa. Ley N° 276. Ley de Agua. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. Ley N° 6.227. Ley General de la Administración Pública (LGAP). Costa Rica.

Asamblea Legislativa. Ley N° 7.135. Ley de la Jurisdicción Constitucional. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. Ley N° 7428. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. Ley N° 7593. Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. Ley N° 7762. Ley General de Concesión de Obras Públicas. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. Ley N° 8.723. Ley Marco de Concesión de Fuerzas Hidráulicas para Generación Hidroeléctrica. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. Ley N° 8131. Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. Ley N° 8422. Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. Costa Rica.

Asamblea Legislativa. Ley N° 8508. Código Procesal Contencioso Administrativo. Costa Rica.

# LA TUTELA DEL DEBIDO PROCESO EN LA APERTURA DEL SECRETO BANCARIO AL CONTRIBUYENTE

*THE GUARANTEE OF DUE PROCESS WHEN  
WAIVING BANK SECRECY PROVISIONS TO  
TAXPAYERS*

## LICDA. PRISCILLA SÁNCHEZ CONEJO

- Licenciada en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho.
- Especialista en Convenios para Evitar la Doble Imposición por la Universidad de Economía y Negocios en Viena, Austria.
- Especialista en Política Económica por la Universidad de Oxford, Reino Unido.
- Candidata a la Maestría de Derecho Tributario Internacional, por la Universidad de Oxford, Reino Unido.

# LA TUTELA DEL DEBIDO PROCESO EN LA APERTURA DEL SECRETO BANCARIO AL CONTRIBUYENTE

## *THE GUARANTEE OF DUE PROCESS WHEN WAIVING BANK SECRECY PROVISIONS TO TAXPAYERS*

### Resumen

El acto de apertura del secreto bancario para el contribuyente, fue aprobado en el 2012, mediante la reforma del artículo 615 del Código de Comercio de conformidad con la Ley N.º 9068 Ley para el cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal. En el transcurso de una década, ha quedado demostrado que la laxa legislación que sustenta la apertura del secreto bancario, le ha otorgado una amplia discrecionalidad a la Administración Tributaria, para solicitar la apertura del secreto bancario, de forma arbitraria, en contienda directa con los derechos y garantías del contribuyente. En la actualidad, existe un proyecto de ley en la corriente legislativa, que pretende modificar el artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, para tutelar el debido proceso en la apertura del secreto bancario, y considerar esta como una medida, de carácter excepcional.

### Abstract

The waiving of bank secrecy provisions to taxpayers, entered into force in 2012, through the amendment of Section 615 from the Commerce Code, according to Law N.º 9068 Law for Fiscal Transparency Standard Compliance. A decade has gone by, and somehow it has been evident that the legislation that entitles the waiving of bank secrecy provisions has turned out to be lax, and has

granted a wide discretion to the Tax Administration, to be entitled to request the waiving of bank secrecy provisions, without factual and legal background, against the taxpayers' basic rights. Nowadays, there is a bill in Congress, that attempts to amend Section 106 ter from the Tax Standards and Procedures Code, in order to guarantee the due process, and settle this action, as exceptional rather than ordinary.

### Palabras clave

Secreto bancario, debido proceso, acto administrativo, transparencia fiscal, potestad de control y fiscalización, administración tributaria.

### Key words

Bank secrecy, due process, administrative act, fiscal transparency, control and audit entitlement, tax administration.

### Sumario

I. Introducción. II. La naturaleza jurídica del acto administrativo que dicta la apertura del secreto bancario. a. El acto administrativo de apertura del secreto bancario, como un acto preparatorio. b. Los elementos objetivos del acto administrativo a partir de la apertura del secreto bancario. III. La incidencia de la carga de la prueba en el procedimiento de apertura del secreto bancario. IV. La

aplicación del derecho a no auto incriminarse (*nemo tenetur se ipsum accusare*), en la apertura del secreto bancario. V. Proyecto de ley en corriente legislativa para tutelar el debido proceso en la apertura del secreto bancario

## I. Introducción

La apertura del secreto bancario en el Derecho Tributario en Costa Rica, fue validada mediante la modificación del artículo 615 del Código de Comercio. En el año 2012, se aprobó la ley N.º 9068 Ley para el cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, como parte de las solicitudes expresamente realizadas a Costa Rica, para ingresar como país miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). La redacción de la ley, hasta antes de esta reforma establecía: “las cuentas corrientes bancarias son inviolables [...] Se exceptúa la intervención que en cumplimiento de sus funciones determinadas por la ley haga la Superintendencia General de Entidades Financieras”.

La reforma propuesta por la ley N.º 9068 Ley para el cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, establecía la adición de la frase: “o la Dirección General de Tributación autorizada al efecto”, al final del artículo. De esta forma, se dotaba ahora de la legitimación necesaria a la Administración Tributaria, para solicitar la información bancaria del contribuyente. La ley N.º 9068 Ley para el cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, a su vez introdujo, con su publicación el 28 de septiembre de 2012 en el diario oficial La Gaceta, la adición del artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, el cual a criterio de la Administración Tributaria, establecía el procedimiento para la apertura del secreto bancario.

El procedimiento de apertura del secreto bancario en Derecho Tributario se aprobó hace poco más de una década en Costa Rica, sin embargo, la legalidad de este procedimiento ha sido cuestionada, como

resultado de un proceder procesal basado únicamente en una serie de interpretaciones arbitrarias por parte de la Administración Tributaria, sin ningún sustento técnico que ha dejado a los contribuyentes, en un alto grado de indefensión. Lo cierto, es que el acto de apertura del secreto bancario ante el Tribunal Contencioso Administrativo, se distancía mucho de la teoría del acto administrativo, precisamente, porque ha imperado en la Administración Tributaria, un afán recaudatorio in extremis, que ha prevalecido sobre la tutela del debido proceso, y la tutela de garantías mínimas del contribuyente, como administrado.

En este mismo sentido, es importante destacar que en concordancia con la reforma introducida por la ley N.º 9068 Ley para el cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, fue aprobada la ley N.º 9069 Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria. Esta ley introdujo precisamente el denominado capítulo II Derechos de los Contribuyentes. Este nuevo capítulo establecía, como primer derecho del contribuyente el “derecho al debido proceso y al derecho de defensa de los sujetos pasivos, en los procedimientos ante la Administración Tributaria y el Tribunal Fiscal Administrativo”. No obstante, para efectos de interpretar el debido proceso, deben entenderse una serie de conceptos jurídicos, a fin de determinar si estos se cumplen como elementos objetivos o presupuestos de subsunción fáctica.

De esta forma, para efectos de entender el debido proceso en la apertura del secreto bancario en el Derecho Tributario, debe comprenderse, en primer lugar, la naturaleza jurídica del acto administrativo que lo dictamina. Asimismo, debe conocerse como opera la carga de la prueba en el Derecho Tributario, y en particular en los procesos determinativos y sancionatorios. Finalmente, es necesario abordar la comprensión del principio: *nemo tenetur se ipsum accusare* o lo que es lo mismo: el principio que tutela el derecho a no auto incriminarse. Todo lo anterior, debe valorarse a efectos de identificar la tu-

tela o no del debido proceso en la apertura del secreto bancario en Derecho Tributario, en particular en lo referente a los procesos administrativos y sancionatorios.

## **II. La naturaleza jurídica del acto administrativo que dicta la apertura del secreto bancario**

El acto administrativo que se emite a efectos de dictaminar la apertura del secreto bancario en el Derecho Tributario, debe entenderse como un acto administrativo preparatorio. En este sentido, el acto administrativo preparatorio, puede interpretarse como un acto previo e integrativo, del acto administrativo final o definitivo. En el caso del Derecho Tributario, y el procedimiento en particular, el acto administrativo final o definitivo es el traslado de cargos y observaciones. La principal diferencia entre un acto administrativo preparatorio y un acto administrativo final o definitivo, consiste en que este último, es el cimiento que otorga validez y eficacia al procedimiento administrativo. Lo anterior, en tanto el acto administrativo final es el que despliega el procedimiento per se y sus fases recursivas.

### **a. El acto administrativo de apertura del secreto bancario, como un acto preparatorio.**

El acto administrativo, del cual emerge la apertura del secreto bancario, es un acto administrativo preparatorio. Este acto, se considera como un acto administrativo preparatorio, en tanto está incluido dentro de un proceso de control tributario o fiscalización realizado al contribuyente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios y el artículo 41 y 114 del Reglamento de Procedimiento Tributario. La Administración Tributaria, tiene la potestad durante el periodo de prescripción, entre cuatro y diez años, de verificar que el cumplimiento formal y material de la obligación tributaria, sea acorde a Derecho, para lo que puede recurrir al procedimiento determinativo.

El procedimiento determinativo, es precisamente, el proceso abreviado mediante el cual, la Administración Tributaria, ejerce la potestad de control tributario a posteriori, a efectos de determinar que las obligaciones tributarias del contribuyente han sido autoliquidadas de forma exacta. Para estos efectos, la Administración Tributaria, está legitimada para requerir información a efectos de determinar la exactitud o inexactitud del cumplimiento de las obligaciones tributarias. En este procedimiento, la Administración Tributaria está legitimada, además a emitir actos administrativos preparatorios, que servirán para dar validez y eficacia al acto administrativo final o definitivo<sup>1</sup>, siendo este, el traslado de cargos y observaciones, que reajusta el monto de la obligación tributaria declarada y pagada.

El inicio procedimiento determinativo se da a partir de la emisión y notificación del acto administrativo inicial, denominado: Comunicación de inicio de actuación fiscalizadora de comprobación e investigación. En dicho acto administrativo, se informa y notifica al contribuyente sobre el inicio formal de la fiscalización, y con esto los impuestos que serán fiscalizados (impuesto sobre las utilidades, impuesto sobre el valor agregado, retenciones por remesas al exterior, etc.) y sus respectivos periodos fiscales. Este acto administrativo, se considera válido, siendo que está legitimado por el artículo 103 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, y eficaz, en tanto tiene efectos jurídicos, como es la interrupción de la prescripción tributaria.

Es posible afirmar que, en el proceso deter-

<sup>1</sup> Jinesta Lobo, E. (2009). Tratado de Derecho Administrativo: Parte General. San José, Costa Rica: IUS Consultec S.A. Página 428-429. "El acto definitivo, denominado por nuestra Ley General de la Administración Pública como "acto final", resuelve el fondo de la cuestión planteada. Ortiz Ortiz, definió magistralmente, la categoría del acto bajo examen, de la siguiente forma: «El acto definitivo es el que se resuelve sobre el fondo del problema planteado por la necesidad administrativa o la petición del particular, y produce efecto externo creando una relación entre la Administración y las demás cosas o personas. Su nota fundamental está en su autonomía funcional, que le permite producir derechos y obligaciones y lesionar o favorecer por sí mismo al particular»".

minativo de la obligación tributaria, existen una serie de actos administrativos preparatorios. Así, por ejemplo, los requerimientos de información emitidos de conformidad con lo establecido en el artículo 82 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Estos actos administrativos preparatorios tienen como fin, obtener información del contribuyente que sea de «transcendencia tributaria», en respeto al marco de legalidad, a efectos de determinar el cumplimiento formal y material de la obligación tributaria. Es importante aclarar que, si no se cumple con el suministro de información supra referido, esto resultará en la imposición de una multa pecuniaria por resistencia a las actuaciones de control tributario.

Lo anterior, remite en consecuencia a la naturaleza del acto administrativo preparatorio, que dicta la apertura del secreto bancario. En virtud de lo anterior, se debe destacar que la emisión de este acto administrativo preparatorio, es ampliamente discrecional, por parte del auditor, quien representa a la Administración Tributaria. Lo antes expuesto implica que no se requiere de ningún presupuesto subjetivo ni objetivo, para efectos de requerir la información del contribuyente a las entidades financieras, de conformidad con lo estipulado actualmente en el artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Esto, presupone una vulneración al debido proceso, siendo que los parámetros de apertura del secreto bancario, pareciesen ser inciertos, lo cual es contrario a la seguridad jurídica que debe prevalecer en cualquier relación jurídica, máxime cuando se trate de una relación del administrado frente al Estado.

La solicitud de apertura del secreto bancario al contribuyente se remite al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Este tribunal es el encargado de validar lo actuado por la Administración Tributaria, a fin de autorizar la notificación de la solicitud del requerimiento de información a las entidades financieras. No obstante, cabe aclarar que el vacío en la norma legal (Artículo 106 ter del Código de

Normas y Procedimientos Tributarios) no les permite a los jueces del Tribunal Contencioso Administrativo, realizar una validación de los elementos objetivos del acto administrativo. Lo anterior, en consecuencia, resulta en el primer flagelo al debido proceso, siendo que un acto administrativo de suma relevancia, como es la apertura del secreto bancario, no contempla, dentro de su contenido, la totalidad de los elementos objetivos del acto administrativo.

#### **b. Los elementos objetivos del acto administrativo a partir de la apertura del secreto bancario.**

La Ley General de la Administración Pública, establece con particular detalle, los elementos objetivos del acto administrativo, independientemente que este sea preparatorio o final. Así, la validez del acto administrativo preparatorio o final requiere la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos. En particular referencia a los elementos objetivos, el artículo 131 de este cuerpo normativo, establece el primer elemento siendo este el fin del acto administrativo. El segundo elemento objetivo, se encuentra contemplado en el artículo 132 de la Ley General de la Administración Pública, en donde se hace referencia al contenido del acto administrativo y finalmente, el artículo 133 de ese mismo cuerpo normativo, el cual se refiere al motivo, como último elemento objetivo.

En particular referencia al acto administrativo preparatorio que requiere la información del contribuyente a las entidades financieras, o solicita la apertura del secreto bancario, es evidente que el primer elemento objetivo del acto administrativo, siendo este el fin, es manifiesto. El fin del acto administrativo, persigue un interés legítimo de ejercer la potestad de control tributario, verificar la transparencia fiscal, y aumentar la recaudación. De ahí que resulta indubitable que el acto administrativo preparatorio de requerimiento de información del contribuyente a las entidades financieras, se nutra del ejercicio de una finalidad legítima y de interés público,

cual es el resguardo de la Hacienda Pública o Erario Público.

Por otra parte, con respecto al contenido, del acto administrativo preparatorio que requiere la información del contribuyente a las entidades financieras, en particular, el contenido, es definido por Jinesta Lobo<sup>2</sup>, como: «lo que el acto administrativo declara, dispone, ordena, certifica o juzga y suele expresarse en la parte dispositiva de las resoluciones administrativas». Es decir, para efectos del contenido de este acto en particular, este puede inferirse como una orden o mandato coercitivo dirigido a las entidades financieras, para que estas brinden la información solicitada, so pena de la aplicación de la sanción establecida.

La referencia final de los elementos objetivos del acto administrativo preparatorio que requiere la información del contribuyente a las entidades financieras, es el motivo. El motivo, de acuerdo a Jinesta Lobo<sup>3</sup>, contiene «los antecedentes, presupuestos o razones jurídicas (derecho) y fácticas (hechos) que hacen posible o necesaria la emisión del acto administrativo, y sobre las cuales la Administración Tributaria entiende sostener la legitimidad, oportunidad o conveniencia de este. El motivo, o como también se le denomina causa o presupuesto, está constituido por los antecedentes jurídicos y fácticos que permiten ejercer la competencia casuísticamente, su ausencia determina la imposibilidad de ejercerla, exclusivamente para el caso concreto».

En concordancia con lo anterior, es importante destacar que el acto administrativo preparatorio que requiere la información del contribuyente a las entidades financieras, carece del elemento objetivo correspondiente al motivo. Lo anterior, se evidencia a partir de la lista taxativa de requisitos establecidos en el artículo 106 ter del Código de

Normas y Procedimientos Tributarios, dentro de los cuales no se incluyen los “presupuestos jurídicos y fácticos”. Nótese que la norma, en su inciso e) únicamente requiere un detalle de hechos y una explicación de por qué la información es “previsiblemente pertinente para efectos tributarios”, lo cual concede un amplio margen a la Administración Tributaria de presentar cualquier razonamiento, que no necesariamente sea un motivo jurídicamente válido.

La apertura del secreto bancario, se ha entendido como una excepción a la protección de datos, tutelada por el Artículo 24 de la Constitución Política de Costa Rica. En virtud de lo anterior, esta medida tan invasiva de la privacidad del contribuyente debería ser una medida excepcional a la que los funcionarios auditores de la Administración Tributaria deberían recurrir como *ultima ratio*. Es decir, la solicitud de información del contribuyente a las entidades financieras, debe ser una medida, que además de estar debidamente fundamentada y razonada, resulte de la imposibilidad que ha enfrentado la Administración Tributaria, de tener acceso a la información del contribuyente, cuando este expresamente se ha rehusado a cooperar en ese sentido.

La evidente ausencia del motivo, como un presupuesto en la apertura del secreto bancario en materia tributaria, deja al contribuyente en un evidente estado de indefensión, frente a la potestad de control, fiscalización y recaudación del Estado. De ahí que una de las falencias con respecto al debido proceso en la apertura del secreto bancario del contribuyente, se supedita a la ausencia del motivo, como elemento objetivo del acto administrativo preparatorio, que solicita la entrega de la información financiera del contribuyente. Lo más reprochable, es que la norma, aun y cuando es defectuosa, sigue vigente, protegida como una medida instrumental para el ejercicio de las potestades de control, fiscalización y recaudación del Estado, sin olvidar mencionar la voracidad fiscal de este.

2 Jinesta Lobo, E. (2009). Tratado de Derecho Administrativo: Parte General. San José, Costa Rica: IUS Consultec S.A. Página 507.

3 Jinesta Lobo, E. (2009). Op. cit. Página 504.

Conclusivamente, la tutela del debido proceso en la apertura del secreto bancario, existirá sí y solo sí la norma jurídica intervenga como garante de la exigencia de motivación del acto administrativo preparatorio, como presupuesto objetivo sine qua non en la emisión de dicho acto. De esta forma, el debido proceso estará realmente sustentado en la ponderación entre la potestad de fiscalización y recaudación y las garantías mínimas, amparadas en el principio de legalidad que el contribuyente, en su condición de administrado debe tener. Lo anterior, en tanto, el afán de recaudación del Estado, nunca puede ser más ni relevante ni ir en detrimento de los derechos fundamentales del contribuyente.

### **III. La incidencia de la carga de la prueba en el procedimiento de apertura del secreto bancario**

El procedimiento administrativo con respecto al reajuste de la carga tributaria, comprende el proceso determinativo, y el sancionatorio. El proceso determinativo, tiene como fin el recálculo del monto de impuestos a pagar por parte del contribuyente. El proceso sancionatorio, por su parte, es precisamente, el monto pecuniario que se impone en la forma de una sanción, como resultado de la omisión de ingresos dejados de pagar al fisco. En ambos procesos, tanto en el proceso determinativo, como en el proceso sancionatorio, el contribuyente tiene la carga de la prueba, de conformidad con lo estipulado en el artículo 140 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, y el artículo 78 y 79 del Reglamento de Procedimiento Tributario.

El artículo 140 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, establece que «la carga de la prueba incumbe a la Administración Tributaria respecto de los hechos constitutivos de la obligación tributaria material, mientras que incumbe al contribuyente respecto de los hechos impositivos, modificativos o extintivos de la obligación tributaria. En este sentido, corresponderá a este último, según sea el caso, demostrar los hechos o

actos que configuren sus costos, gastos, pasivos, créditos fiscales, exenciones, no sujeciones, descuentos y en general, los beneficios fiscales que alega existentes a su favor». En consecuencia, es evidente que le corresponde al contribuyente probar todo lo que alegue, y a la Administración Tributaria, únicamente imputar el presunto incumplimiento de la obligación tributaria.

Es importante destacar que, en adición a lo anterior, la Administración Tributaria, ha adoptado además la interpretación con respecto a la prueba de “previsiblemente pertinente”, lo que le facultada a requerir cualquier tipo de documento, a efectos de validar que se ha cumplido con la obligación tributaria. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia<sup>4</sup>, determinó que la información “previsiblemente pertinente”, corresponde a: «información, para efectos tributarios, que se requiera para la administración, determinación cobro o verificación de cualquier impuesto, exención, remesa, tasa o gravamen, cuando pueda ser útil para el proceso de fiscalización o para la determinación de un eventual incumplimiento, en materia tributaria de materia penal o administrativa».

Lo relevante, de la carga de la prueba con respecto a la solicitud del requerimiento de información a las entidades financieras, deviene en la facultad que tiene la Administración Tributaria de interpretar la existencia de presuntas obligaciones tributarias, a partir de la información obtenida de la entidad financiera. En virtud de lo anterior, la Administración Tributaria, por ejemplo, estaría legitimada para incoar al contribuyente, y solicitarle que pruebe por qué cada uno de esos ingresos representados en su cuenta bancaria, corresponden o no a ingresos que debieron considerarse como gravables para efectos de uno o varios impuestos. De no probarlo, podría entonces hacer un recálculo de impuesto sobre base presunta.

<sup>4</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 00541 – 2021 del 09 de marzo de 2021.

En adición a lo anterior, es importante recordar que, a la Administración Tributaria, le asiste el principio *in dubio pro fisco*, de forma tal que, ante el advenimiento de una duda, con respecto a si un ingreso era o no gravable, la disputa será resuelta por este principio, que determinará *a priori*, que el ingreso debió haber sido considerado como gravable. Esta ventaja procesal resulta altamente gravosa para el contribuyente, considerando además, que la solicitud de apertura del secreto bancario en materia tributaria, no requiere de una motivación del acto administrativo preparatorio, y en adición a esto, le asiste a la Administración Tributaria, la potestad de tener acceso a transacciones bancarias e imputar el cobro de impuestos, invitando al contribuyente a desvirtuar esta presunción, con la prueba que la Administración Tributaria considere pertinente.

Es indubitablemente notorio, que el debido proceso en la apertura del secreto bancario en el Derecho Tributario, resulta altamente desproporcionado, como resultado de la ausencia de garantías procesales pragmáticas que tutelen los derechos del contribuyente, en su condición de administrado. Es necesario en consecuencia, que, ante la inversión de la carga de la prueba, y la presunción pro fisco que le asiste a la Administración Tributaria, se tutele el debido proceso, lo cual solo se puede lograr exigiendo, por medio de una reforma legislativa, que la Administración Tributaria, motive el acto administrativo que solicita la apertura del secreto bancario, de forma tal que esta no se vuelva una medida recurrente o instrumental para tener acceso a información sensible, como lo son las cuentas bancarias y sus transacciones.

No puede existir un debido proceso que se entienda como ponderado entre la Administración y el administrado, ni se entienda como garante de la imparcialidad de los derechos y garantías del contribuyente, cuando el acto administrativo preparatorio de solicitud de información a entidades financieras, o como se le conoce: el acto administrativo preparatorio de la apertura del secreto,

es emitido con una amplia discrecionalidad por parte de la Administración Tributaria, a la cual la normativa tributaria, como norma especial que le rige, no le obliga a lo mínimo que requiere el acto administrativo, de conformidad con el artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública, cual es motivar el acto administrativo.

En conclusión, tal cual afirma Torrealba Navas: «es legítimo que se atribuya al contribuyente la carga de la prueba sobre los elementos que implican una disminución de la carga tributaria o que evidencien su cumplimiento, siempre que ésta no sea imposible o extremadamente difícil». Por lo tanto, no debe inferirse la determinación de la carga de la prueba sobre el contribuyente, como una vulneración al debido proceso. No obstante, la determinación de la carga per se de la prueba sobre el contribuyente, sí debe inferirse como una violación al debido proceso, cuando la Administración Tributaria, de forma intransigente, suponga solicitar información o documentos probatorios, que no están disponibles o no existen.

#### **IV. La aplicación del derecho a no autoincriminarse (*nemo tenetur se ipsum accusare*), en la apertura del secreto bancario.**

El artículo 36 de la Constitución Política de Costa Rica establece que «en materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo» como una tutela al derecho que establece que nadie puede ser coaccionado a declararse culpable. Lo anterior, debe entenderse desde la perspectiva del derecho humano a la no autoincriminación. En este sentido, explica Gatgens Gómez<sup>6</sup>: «el Derecho Humano a la no autoincriminación también conocido como el derecho a no declarar contra sí mismo (en latín: *nemo tenetur se ipsum accusare*), surge como reacción a la costumbre enraizada en los Estados donde ri-

5 Torrealba Navas, A. (2000). El Nuevo Régimen Sancionador Tributario. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas. Página 60.

6 Gatgens Gómez, E. (2019). Derecho Penal Tributario (Memorias Primeras Jornadas). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. Página 180.

gió el modelo inquisitivo, en los cuales se admitía, entre otros, la aplicación de la tortura contra la persona acusada, en aras de obtener su confesión, la cual revestía el carácter de prueba absoluta de culpabilidad. Lo anterior explica la razón por la cual la confesión fue vista en el modelo inquisitivo como la reina de las pruebas (“Regina probationum”)).

El derecho a no auto incriminarse no es aplicable al procedimiento determinativo, como se le conoce al procedimiento mediante el cual, la Administración Tributaria procura un reajuste del monto declarado, en tanto este proceso se lleva a cabo en la vía administrativa. Lo anterior es relevante, para efectos de la apertura del secreto bancario, en tanto este acto administrativo preparatorio, por lo general está precedido de una serie de requerimientos de información realizados al contribuyente. Es decir, el contribuyente no está facultado a rehusarse a facilitar la información solicitada por la Administración Tributaria, cualquiera que esta sea. En caso que el contribuyente se rehusase a facilitar la información solicitada por la Administración Tributaria, esta estará facultada para aplicar la sanción correspondiente de conformidad con el artículo 82 y 83 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

Es importante aclarar que el procedimiento determinativo, se lleva a cabo en vía administrativa. En este procedimiento se emitirán una serie de actos administrativos preparatorios (por ejemplo, la Propuesta de Regularización) y el acto definitivo o final, siendo este el Traslado de Cargos y Observaciones. No obstante, cabe mencionar que la nueva determinación de la obligación tributaria por parte de Administración Tributaria, lleva consigo el procedimiento sancionatorio, como proceso accesorio al procedimiento determinativo. El principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, sin embargo, no protege al contribuyente en tanto, dichas actuaciones por parte de la Administración Tributaria, son llevadas a cabo en la vía administrativa, en donde esta entidad, se encuentra legitimada a ejercer su potestad de control, fiscalización y recau-

dación, sin que pueda mediar el alegato de este principio por parte del contribuyente.

Por su parte, el acto administrativo preparatorio que dicta la solicitud de apertura del secreto bancario, es un acto que puede emitirse como parte de las facultades que tiene la auditoría tributaria en vía administrativa. En tanto, esta solicitud se lleva a cabo en la vía administrativa, no le asiste al contribuyente ninguna posibilidad de oponerse mediante algún instrumento procesal a la apertura del secreto bancario. Es más, este acto administrativo preparatorio, se notifica al contribuyente una vez que la solicitud haya sido ejecutada, de forma tal que se restringe de forma abrupta, no solo la posibilidad de impugnar dicho acto, sino que además, no le es aplicable la tutela del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, en particular, en lo que se refiere a que la información obtenida en las cuentas bancarias del contribuyente, la cual no es subsumible en el alegato que establece que no puede ser información utilizada contra sí mismo.

En concordancia con lo expuesto, no sólo no le ampara ningún derecho o garantía constitucional al contribuyente para evitar la apertura del secreto bancario, bajo presupuestos completamente subjetivos, sino que además la información obtenida de las cuentas bancarias, puede ser utilizada en contra del contribuyente. Lo anterior, no solo es viable para la Administración Tributaria, sino que se ha utilizado como medida discrecional de la auditoría de la Administración Tributaria, la cual ha prescindido de la información previamente presentada por el contribuyente, y ha optado por realizar el recálculo de impuestos, con base en las transacciones realizadas por el contribuyente. Lo anterior, en una evidente disociación, entre los ingresos gravables y no gravables, que deben definirse para efectos de la imputación de un recálculo de la obligación tributaria.

De esta forma, el contribuyente se encuentra en total indefensión ante el procedimiento de apertura del secreto bancario por tres

razones en particular: a) la apertura del secreto bancario se lleva a cabo sobre la base de presupuestos subjetivos, sin que impere la necesidad de exponer las razones de hecho y de derecho que llevaron a la apertura del secreto bancario, como ultima ratio. b) la apertura del secreto bancario, es llevada a cabo en sede administrativa, por lo que no le asiste al contribuyente las garantías del proceso penal, tales como el principio nemo tenetur se ipsum accusare y el principio de inocencia. Finalmente, c) la información obtenida por la Administración Tributaria, no tiene ninguna limitación con respecto a si esta puede ser usada o no, y en qué términos en contra del contribuyente.

En este sentido, es importante conmemorar lo resuelto por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia<sup>7</sup>, en una sentencia redactada por el magistrado Román Solís Zelaya, en la que el jurista explicaba que la independencia del Derecho Administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley General de la Administración Pública, hacía improcedente la aplicación en un procedimiento administrativo, aun y cuando este fuese sancionatorio, de los principios del Derecho Penal (principio de inocencia, principio de no autoincriminación, etc.). De esta forma, dado que la naturaleza del proceso de apertura del secreto bancario, obedece al Derecho Administrativo, este acto está

7 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.º 00212-F-S1- 2021 del 11 de febrero de 2015. Como es conocido, la autonomía del Derecho Administrativo deriva de la disposición 9 de la LGAP, la cual establece su independencia de otras ramas del derecho. El canon 6 ibídem, crea también una jerarquía especial para este ámbito del derecho. En esa línea, una aplicación irrestricta de los principios del Derecho Penal al régimen sancionatorio administrativo es improcedente, por cuanto está subordinada a la inexistencia de normas y decretos propios del Derecho Administrativo, más aún, en el caso concreto, del Derecho Tributario. La implementación de sanciones como parte del ejercicio de las potestades administrativas, ha sido dispuesta como un mecanismo para la obtención de fines públicos específicos. Su rigidez en esta materia es menor que aquella que se requiere en los asuntos penales, pues, es claro que responde a motivos diversos. Aunque en ambos escenarios sancionatorios, subyace el deseo de asegurar el respeto de las garantías individuales, también debe tenerse en cuenta, que la transferencia de las figuras del Derecho Procesal Penal al Derecho Administrativo debe considerar y, en consecuencia, ajustarse al fin público que en cada caso se persigue.

supeditado, a sus principios, y no le son vinculantes los principios de otras ramas del Derecho, aun y cuando estos sean más beneficiosos para el contribuyente, en su condición de administrado.

Conclusivamente, la solicitud de apertura del secreto bancario para ante el Tribunal Contencioso Administrativo, es un acto administrativo preparatorio, que no está tutelado por el principio nemo tenetur se ipsum accusare. Si bien el acto administrativo en cuestión, presupone el acceso a información sensible del contribuyente, este acceso está legitimado por el ordenamiento jurídico vigente, en particular, el artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Si bien la Administración Tributaria, tiene una norma jurídica que avale su accionar, esta debe someterse a lo que establece la norma in extremis, es por esto que se requiere una modificación en la norma jurídica actual, de forma tal que se obligue a la Administración Tributaria, a fundamentar las razones de hecho y derecho, así como explicar por qué la apertura del secreto bancario, resulta ser el último recurso, como medio único para el proceso de reajuste de la base imponible.

## **V. Proyecto de ley en corriente legislativa para tutelar el debido proceso en la apertura del secreto bancario**

Actualmente existe un proyecto de ley en la corriente legislativa, bajo el expediente N.º 23.366 denominado: "La tutela del debido proceso en la apertura del secreto bancario por parte de la Administración Tributaria". Este proyecto de ley, pretende modificar el artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, a efectos de dotar de garantías mínimas al contribuyente, ante la eventual apertura del secreto bancario. Este proyecto de ley tiene como principal referencia en lo resuelto por la sección V el Tribunal Contencioso Administrativo mediante sentencia N.º 92.2015-Vª, en donde este Tri-

8 Tribunal Contencioso Administrativo. Sección V. Sentencia N.º 92-2015 del 8 de setiembre de 2015. "Sobre esta conducta, este Órgano decisor estima que, precisamente la

bunal exhorta a la Administración Tributaria, inclusive determina que su accionar ha sido 'cuestionable', al haber solicitado la apertura del secreto bancario de un contribuyente, cuando esta tenía acceso a información adicional que le permitía realizar un cálculo o reajuste del impuesto.

El proyecto de ley supra citado (N.º 23.366), es el resultado del apoyo brindado a la legisladora, que presentó esta iniciativa, con la redacción del mismo. Precisamente, la redacción de este proyecto de ley, procura dotar de un marco de legalidad a la autoridad judicial que resuelve en el Tribunal Contencioso Administrativo, para que estos, así, puedan exigir a los funcionarios de la Administración Tributaria, que se motive el acto administrativo, que solicita la apertura del secreto bancario. Es decir, este proyecto de ley, procura restringir cualquier solicitud antojadiza o arbitraria por parte de la Administración Tributaria, que tal como sucede el día de hoy, permita tener acceso a información sensible y vulnerable del contribuyente. Es importante destacar que siendo que este acto es una excepción al Artículo 24 de la Constitución Política, su proceder debe ser altamente restringido.

En este sentido, el acto administrativo que solicita la apertura del secreto bancario del contribuyente, puede emitirse, sin que medie alguna sospecha de evasión fiscal o fraude

---

noción que tuvo el Auditor en el sentido de que, el resultado de su actuación fiscalizadora arrojaba márgenes de utilidad bastante elevados, y que por ello podría no ajustarse a la realidad, ligado al hecho de que, de los depósitos bancarios, incluyó unos como ingresos, excluyendo otros, basado en suposiciones, exigía del funcionario, y por ende de la Administración Tributaria un cuestionamiento de los elementos que tomo en cuenta para establecer la existencia de un incremento patrimonial no justificado, y replantear la actuación fiscalizadora. También resulta cuestionable la conducta de la Administración, al inclinarse por presumir como incremento no justificado del patrimonio de la demandante la totalidad de los depósitos en sus cuentas corrientes y a partir de esa información establecer una diferencia en la base imponible, cuando en los traslados de cargos indica que una de las razones por las que se atendió la denuncia anónima formulada contra la actora y que originó la fiscalización, fue que del estudio de control cruzado a través de las fórmulas D151, se logró establecer una diferencia en las ventas declaradas por la demandante, y las reportadas por sus compradores".

a la Hacienda Pública. Es decir, la Administración Tributaria está facultada para solicitar la apertura del secreto bancario de cualquier contribuyente, que esté, eso sí, siendo fiscalizado, indicando únicamente el nombre, número de identificación (cédula física o cédula jurídica) y domicilio, como señala la norma jurídica actualmente "en la medida que se conozca". Adicionalmente debe describir un detalle de los hechos o circunstancias que motivan el proceso de fiscalización. Es evidente que la solicitud de apertura del secreto bancario, no requiere como presupuesto mínimo, la fundamentación fáctica, en concordancia con la jurídica para justificar, la apertura del secreto bancario, como una medida excepcional.

En concordancia con lo anterior el proyecto de ley, bajo el expediente N.º 23.366, propone tres cambios fundamentales en la redacción del artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. En primer lugar, establece que la información obtenida, a través de la apertura del secreto bancario debe ser "indispensable", para continuar con la fiscalización o realizar el recálculo del impuesto. En la actualidad, la norma justifica la apertura del secreto bancario, en tanto la información obtenida es "previsiblemente pertinente para efectos tributarios". En este sentido, cabe destacar que la Administración Tributaria, ha utilizado este calificativo de "previsiblemente pertinente para efectos tributarios", para justificar la solicitud de cualquier tipo de información, aun aquella que por el paso del tiempo no está disponible. De ahí, la necesidad de sustituir "previsiblemente pertinente para efectos tributarios" por «indispensable».

Por otra parte, en segundo lugar, la reforma propuesta introduce la adición del inciso g), el cual establece que se deben: «Fundamentar las razones de hecho y de derecho que obliguen a la Administración Tributaria a solicitar la información del contribuyente a las entidades financieras. Esta fundamentación deberá expresar por qué los requerimientos de información hechos al contribuyente fue-

ron insuficientes dejando como único remedio procesal la solicitud de información del contribuyente a las entidades financieras, como medida excepcional». De esta forma, la redacción propuesta en la reforma planteada consagra lo estipulado en el artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública, en relación al motivo o la motivación como requisito o presupuesto sine qua non y como elemento objetivo, que debe sustentar la emisión de todo acto administrativo.

En concordancia con lo anterior y, en tercer lugar, la reforma propuesta plantea que el contribuyente debe ser notificado de la apertura del secreto bancario, dentro de los tres días hábiles posteriores a la ejecución de dicha medida. En la actualidad, no existe la obligación para con el contribuyente de notificarle, ni por parte de la entidad financiera, ni por parte de la Administración Tributaria, cuando el secreto bancario le ha sido abierto. De esta forma, el contribuyente se entera, una vez que la Administración Tributaria, le apercibe sobre la adición de este acto al expediente, para lo que puede transcurrir un tiempo indeterminado. De esta forma, el derecho a ser notificado, es parte fundamental del debido proceso y si bien, no se pueden entorpecer las potestades de control, fiscalización y recaudación de la Administración Tributaria, con una notificación previa, tampoco se pueden violentar los derechos del contribuyente, al omitir la notificación.

En conclusión, la apertura del secreto bancario es un acto administrativo preparatorio, no obstante, esta condición de ser preparatorio, no le dispensa del imperativo de estar conformado por los elementos objetivos del acto administrativo como lo son el contenido, el fin y el motivo. En la actualidad, la apertura del secreto bancario al contribuyente, por parte de la Administración Tributaria, es ampliamente discrecional. Si bien es cierto, que no se deben entorpecer las potestades de control, fiscalización y recaudación de la Administración Tributaria, también es cierto, que, frente al Estado, el contribuyente debe tener un bloque de legalidad, que tutele,

al menos de forma mínima, sus derechos y garantías constitucionales. Es necesaria una reforma al artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, de forma tal que el contribuyente no esté en una posición tan vulnerable, tal cual se encuentra ahora.

## **Bibliografía**

Gatgens Gómez, E. (2019). Derecho Penal Tributario (Memorias Primeras Jornadas). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. Página 180.

Jinesta Lobo, E. (2009). Tratado de Derecho Administrativo: Parte General. San José, Costa Rica: IUS Consultec S.A. Página 507.

Proyecto de Ley N.º 23.366: La tutela del debido proceso en la apertura del secreto bancario, reforma al Artículo 106 ter del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

Torrealba Navas, A. (2000). El Nuevo Régimen Sancionador Tributario. San José, Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas. Página 60.

## **Resoluciones**

Resolución No. 00212-F-S1-2021 (2015, 11 de febrero). Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución No. 00541 – 2021 (2021, 09 de marzo). Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia No. 92-2015 (2015, 8 de setiembre). Tribunal Contencioso Administrativo. Sección V

# EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN EN MATERIA AMBIENTAL: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

*THE PRINCIPLE OF NON-REGRESSION IN  
ENVIRONMENTAL MATTERS: AN APPROACH  
FROM THE RECENT JURISPRUDENCE OF THE  
CONSTITUTIONAL CHAMBER OF COSTA RICA*

**DR. VÍCTOR EDO. OROZCO SOLANO**

- Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Coordinador de la Maestría Profesional en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica.
- Juez Contencioso Administrativo, destacado en el área de Amparos de legalidad.
- Profesor de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
  - Miembro de la Comisión de Derecho Constitucional del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

# EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN EN MATERIA AMBIENTAL: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA

## *THE PRINCIPLE OF NON-REGRESSION IN ENVIRONMENTAL MATTERS: AN APPROACH FROM THE RECENT JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL CHAMBER OF COSTA RICA*

---

### Resumen

En el presente artículo se analiza el principio de no regresión en materia ambiental y su utilización en la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional de Costa Rica, en los últimos 3 años.

### Abstract.

This article analyzes the principle of non-regression in environmental matters and its use in the recent jurisprudence of the Constitutional Chamber of Costa Rica, in the last 3 years.

### Palabras clave

no regresión, ambiente, jurisprudencia, Sala Constitucional, Costa Rica.

### Keywords

non-regression, environment, jurisprudence, Constitutional Chamber, Costa Rica.

### Sumario

I.- Introducción. II.- Aproximación a la noción del principio de no regresión en materia ambiental, desde una perspectiva comparada. III.- La protección del principio de no regresión en la Jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. IV.- Conclusiones.

### I.- Introducción.

En términos generales, el propósito de este trabajo es desarrollar los alcances del principio de no regresión en la Jurisprudencia reciente, de los últimos tres años, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, en materia de control de constitucionalidad. Es claro que al Tribunal Constitucional el poder constituyente derivado, a partir de la reforma constitucional de 1989, sobre los artículos 10 y 48 del Texto Fundamental, entre otras normas, le ha encomendado la tutela y protección de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución, así como en los instrumentos internacionales en materia

de derechos humanos aplicables en la República, además del control de constitucionalidad, que puede ser previo y a posteriori, concreto y abstracto, sobre todas las normas del ordenamiento jurídico, de cualquier naturaleza.

De esta forma, el principio de no regresión en materia ambiental veda el establecimiento de políticas públicas, o creación o emisión de normativa, que disminuyan los estándares que se han alcanzado en materia de protección del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en los términos en ha sido proclamado por el artículo 50 de la Constitución Política de la República en Costa Rica y en diversos instrumentos en materia de derechos humanos.

Ya veremos, al analizar la jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional en esta materia, los diversos alcances de esta protección, de tal forma que el principio de no regresión en materia ambiental constituye uno medular en el ámbito de esta materia. Lo anterior nos obliga a precisar el contenido de este principio y sus diversos extremos, así como, su tutela y protección en el ámbito del derecho extranjero, lo que se hará a continuación.

## **II.- Aproximación a la noción del principio de no regresión en materia ambiental, desde una perspectiva comparada.**

Como lo explica López Ramón (2016), en el ámbito del Derecho francés, el 8 de agosto de 2016, el legislador reconoció: "el principio de no regresión, según el cual la protección del medio ambiente asegurada por las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas al medio ambiente, no puede ser objeto sino de una mejora creciente, habida cuenta de los conocimientos científicos y técnicos del momento". Con anterioridad, el Consejo Constitucional Francés, el 4 de agosto de 2016, había confirmado la adecuación a la Constitución de ese principio. Dicho principio tiene como antecedente la doctrina jurídica ambiental que, con ocasión de la Con-

ferencia Río + 20, busca evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que, en muchos casos, dichas regresiones pueden generar daños ambientales irreversibles.

En este orden de ideas, Amaya Arias (2015) explica que la preocupación por el deterioro ambiental se ha dado por factores de diversa índole, dentro de lo que se destaca: la coyuntura socioeconómica, la inclusión de las generaciones futuras en la toma de decisiones, el desarrollo desmedido del progreso y de la ciencia, así como, el reconocimiento que los mecanismos de protección del ambiente, los cuales, no han sido suficientes. De ahí que el principio de no regresión: "surge como una nueva formulación teórica, con importantes implicaciones en la práctica del derecho ambiental. Consiste en la existencia de una obligación de no hacer: de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar la normativa vigente; en la medida en que dichas modificaciones conlleven a disminuir o afectar negativamente los niveles de protección ya alcanzados". A mayor abundamiento, según la misma autora, "el principio de no regresión consiste en la limitación a los poderes públicos, de disminuir o afectar de manera significativa el nivel de protección ambiental alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado. Se trata de un principio implícito, relativo y jurídicamente vinculante, con un fundamento constitucional y legal cada vez más consolidado y cuyos límites deberán ser determinados en cada caso concreto. En consecuencia, una medida se entenderá regresiva y, por lo tanto, jurídicamente inadmisibles, cuando reduzca o afecte significativamente el nivel de protección ambiental alcanzado, salvo que esté absoluta y debidamente justificado".

Ahora bien, en el ámbito costarricense, según explica el destacado ambientalista nacional Mario Peña (2018), a partir del año

2010, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, reconoce los principios de progresividad y no regresividad en el contexto del Derecho Ambiental, con lo que se posiciona, en el ámbito regional latinoamericano, como la corte constitucional que mayor atención y desarrollo le ha dado a ambos principios de rango constitucional. En este orden, dicho autor agrega que: “si bien los principios de progresividad y no regresividad están íntimamente relacionados entre sí, y por tanto comparten una estrecha y sinérgica vinculación que los hace interdependientes; lo cierto del caso es que a nivel doctrinario no han sido tratados por igual, siendo que el principio de progresividad es relegado a una especie de rol secundario, en relación al principio de prohibición de regresividad que sí ha sido objeto de múltiples estudios, análisis y sentencias”. A partir de lo anterior, en su contribución don Mario Peña desarrolla los alcances del principio de progresividad, el cual, debe tratarse de manera conjunta, justa y equitativa en relación con el principio de no regresión en materia ambiental.

Por su parte, desde un visto de vista sociológico y jurídico, Michael Prieur, en sus investigaciones en el Derecho Ambiental, asegura que resulta indispensable modificar el modelo de sociedad, claramente insostenible, que se ha desarrollado durante años. “para orientar un camino de progreso con dirección a un sistema viable, es decir, no retroceder en lo que supone efectivos cambios para el mejoramiento de las condiciones de vida y del ambiente, que es preciso reconocer como sujeto de derechos, pues en efecto lo es, pese a que aún el ego jurídico y la falta de voluntad política no lo asuman”<sup>1</sup>. Sobre

el particular, Wilches Luna y Sotela Aragón, y en relación con el principio de no regresión, afirman que supone el deber de conservar y proteger el ambiente a partir del principio de progresividad, en el que las reglas jurídicas entran y permanecen bajo un estado de irreversibilidad. Al respecto, agregan: “lo anterior, por cuanto a falta calidad ambiental, por razones económicas, políticas y jurídicas, se constituye un riesgo a la esencia intangible de todos los derechos, pues sencillamente, sin derecho ambiental que contenga un espectro normativo sólido y protección de su esencia, sin duda alguna no se garantizará la supervivencia misma. En otras palabras, del pilar intangible ambiental, devienen todos los derechos, sin ambiente, no existe vida, el derecho y lo que allí se desprende”.

De otro lado, en relación con el ordenamiento jurídico colombiano, las mismas autoras afirman que se cuenta con un extenso marco normativo en Derecho Ambiental y con una Constitución Política que reconoce al más amplio nivel la protección de los derechos ambientales, a tal grado que la Carta Magna es reconocida en el ámbito mundial como “verde”. Sin embargo: “se ha evidenciado como históricamente las políticas del Estado, los Planes de Desarrollo y de Ordenamiento Territorial han presentado graves falencias, priorizando un modelo hegemónico de desarrollo económico, que resulta anticuado para la era digital y de búsqueda constante de Estado ambiental de derecho, además, desfasado ante la necesidad de adopción de políticas que reconozcan efectivamente la relevancia ambiental”. Por su parte, en relación con la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, Wilches Luna y Sotela Aragón (2020) afirman que ha nublado ese marco normativo, y se niega a conceptualizar el ambiente como sujeto de derechos per se y no en unos casos concretos, “evidenciando así una falta de voluntad jurídica para amparar un amplio espectro de derechos que esta misma Corporación ha reconocido con antelación”. En su criterio, debería declararse un estado de cosas inconstitucional, en cuya virtud se priorice el

<sup>1</sup> Sobre la naturaleza como sujeto de derechos, debo expresar algunas dudas, teniendo en cuenta que, desde el punto de vista real, da lo mismo sostener que el ser humano, dotado de dignidad, como atributo que se adscribe a todo ser humano viviente, es titular de derechos humanos y, por tanto, del derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, desde una perspectiva antropocéntrica, a sostener, desde una vertiente biocéntrica, que la naturaleza, el río, el oso, el lago, por mencionar algunos ejemplos, tienen derechos. Se trata, al contrario, de bienes jurídicos cuya tutela es relevante y necesaria para el bienestar de los particulares. La protección, en ambos escenarios, es semejante, por no decir que es la misma.

ambiente a causa de la falta de voluntad política, como se ha efectuado en otras materias, entre ellas, la carcelaria y el desplazamiento forzado, habida cuenta del impacto severo que ha dejado el conflicto armado como promotor del conflicto ambiental, que vulnera, sistemáticamente, diversos derechos fundamentales, y evidencia una legislación ineficiente.

Por su parte, en el ordenamiento jurídico español, el Tribunal Constitucional ha reconocido la vigencia del principio de no regresión en materia ambiental, en la sentencia No. 233/2015, de 5 de noviembre, aunque no sin cierta crítica, al descartar su configuración como uno implícito en el bloque de constitucionalidad, con el siguiente orden de consideraciones: “el principio de no regresión del derecho medioambiental (también conocido como cláusula stand-still) entronca como el propio fundamento originario de este sector del ordenamiento y enuncia una estrategia sin duda plausible en orden a la conservación y utilización racional de los recursos naturales, que con distintas técnicas y denominaciones ha tenido su recepción en algunas normas de carácter sectorial del derecho internacional, europeo o nacional (STC 45/2015, de 5 de marzo; FJ. 4) o en la jurisprudencia internacional o de los países de nuestro entorno”. En este orden de ideas, también señaló el Tribunal Constitucional Español, en esa sentencia, que: “es hoy por hoy a lo sumo una *lex non scripta* en el derecho internacional ambiental y, sin duda, constituye una formulación doctrinal avanzada que ya ha alumbrado una aspiración política de la que, por citar un documento significativo, se ha hecho con la Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de septiembre de 2011, sobre la elaboración de una posición común de la UE ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, “Río+20””. En este sentido, el Tribunal Supremo Español, en la sentencia de la Sección Quinta de 29 de noviembre de 2012, dispuso: “la protección del medio ambiente y los principios previstos en el artículo 45 de la Constitución (...) constituyen

un deber insoslayable para los poderes públicos, para todos y que acorde con este deber, se ha venido implantando en el derecho medioambiental el principio de no regresión “standstill”, considerado como una “cláusula de status quo” con la finalidad de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental y a la necesidad de interpretación de sus normas acorde con tal finalidad conservacionista y protectora”.

Finalmente, en el contexto nacional, Sagot Rodríguez (2013), señala que el principio de no regresión en materia ambiental se puede extraer de interpretaciones constitucionales implícitas en el artículo 50 de la Constitución, pero expresamente del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centro América y los Estados Unidos de Norte América, el cual, en su capítulo 17, artículo 17.2.2 dispone: “Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación”.

### **III.- La protección del principio de no regresión en la Jurisprudencia reciente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.**

Como se mencionó líneas atrás, el propósito de este trabajo es desarrollar la manera en que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, ha procedido en relación con el principio de no regresión en materia ambiental, en materia del control de constitucionalidad. Con ese fin se analizarán las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional costarricense durante los últimos tres años, desde el año 2020 en adelante, según la información suministrada por el

Centro de Jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Pues bien, en la sentencia No. 2021-17245, de 4 de agosto, se conoció la impugnación formulada en relación con la Ley No. 9610 de octubre de 2018, denominada “Modifica límites de la Reserva Biológica Lomas de Barbudal para el desarrollo del proyecto de abastecimiento de agua para la cuenca media del Río Tempisque y comunidades costeras”. De acuerdo con el escrito de interposición, el accionante cuestiona la constitucionalidad de la Ley No. 9610, publicada en el Alcance No. 199 de la Gaceta del 23 de noviembre de 2018, en cuanto lesiona el artículo 45 de la Constitución Política, en virtud de que se priva la propiedad privada de su representada sin indemnización previa, sin la realización de un avalúo y sin presupuesto para la expropiación; así como el principio de seguridad y el procedimiento establecido en el artículo 208 bis del Reglamento de la Asamblea Legislativa, por cuanto, debía ser aprobada por mayoría calificada al imponer limitaciones a la propiedad privada; además, de que existen errores técnicos en la nueva delimitación de la Reserva Biológica Lomas de Barbudal que crean una inseguridad jurídica que impide saber a ciencia cierta cuantas hectáreas deben expropiarse y cuáles son sus límites verdaderos.

En esa oportunidad, la Sala Constitucional, por mayoría declaró sin lugar la acción, sin embargo, sobresale el voto salvado del Magistrado Cruz Castro, en el que se dijo lo siguiente: “Lo anterior, por considerar que la Ley n°9610 “Modifica límites de la Reserva Biológica Lomas de Barbudal para el desarrollo del proyecto de abastecimiento de agua para la cuenca media del Río Tempisque y comunidades costeras” contiene una transgresión al numeral 50 de la Constitución Política, al principio precautorio (por la duda sobre las condiciones reales de la Reserva Biológica Lomas de Barbudal y de la propuesta de compensación generada por las falencias detectadas en el estudio de la Organización para Estudios Tropicales, así como la

falta de certeza en cuanto a que el ambiente sano y ecológicamente equilibrado no se vea lesionado), al principio de no regresión en material ambiental (al no acreditarse que la compensación propuesta al menos fuera equivalente a la desafectación), al principio de irreductibilidad (al reducirse una reserva biológica sin cumplir los requisitos constitucionales respectivos) y al principio de objetivación de la tutela ambiental (al utilizarse estudios meramente preliminares para sustentar propuestas de compensación y al no estar sustentada la ley cuestionada en estudios técnicos y científicos previos, suficientes, necesarios e individualizados) que justifiquen la reducción del área protegida”.

Por su parte, en la sentencia No. 2021-25386, de 10 de noviembre, en que se impugnó el Reglamento de registro de pozos sin número y habilitación del trámite de concesión de aguas subterráneas, decreto ejecutivo n.º 41851-MP-MINAE-MAG, sobresale el voto salvado del Magistrado Cruz Castro en lo que atañe al principio de no regresión en materia ambiental, en los siguientes términos: “Tal como lo ha dicho esta Sala, en cuanto al principio de progresividad y al principio de no regresión en materia ambiental, el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas, que empeoren, y menos aún, sin justificación razonable y proporcionada, la protección del ambiente alcanzada hasta entonces. Está prohibido así la adopción de medidas o de normas que disminuyan la protección al ambiente. “Lo anterior constituye una interpretación evolutiva en la tutela del ambiente conforme al Derecho a la Constitución, que no admite una regresión en su perjuicio.” (voto 2010-18702). En la práctica política, lo que se aprecia es un discurso que debilita la auténtica protección del ambiente, que es un bien de tanta relevancia como la libertad, la dignidad humana y la propiedad privada. El decreto legitima acciones desarrolladas por las vías de hecho. Esa liberalidad es inadmisibles en materia tan delicada y vulnerable como el ambiente, con efectos incalculables para las futuras generaciones”.

Esta línea de minoría se mantiene en la sentencia No. 2022-8750 de 20 de abril, en la que la Sala Constitucional desestima la acción de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 3 inciso 27), del Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC de 24 de mayo de 2004, publicado en La Gaceta No. 125 de 28 de junio de 2004. Según los accionantes, la norma es inconstitucional, por cuanto el concepto de daño deja sin resarcir las alteraciones negativas valoradas como de “mediana” o de “baja” significancia que nunca se consideraron en el procedimiento de evaluación, incurriendo en un uso abusivo de la potestad reglamentaria, es contrario al artículo 50 constitucional y carece de sustento técnico.

Estiman que, si bien es cierto algunos daños ambientales producen mayor impacto que otros, esto no significa que tengan mayor o menor importancia, pues el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado debe ser protegido ante cualquier eventualidad, y eso conlleva a no dejar a un criterio subjetivo de relevancia la definición de lo que es o no es un daño ambiental donde no se previó esa anticipación. Consideran que, por esos mismos motivos, el significado de principio reparador en esa norma es regresivo y contrario al principio de progresividad y al criterio de objetivación.

De esta forma, en el voto particular de los Magistrados Cruz Castro, Rueda Leal y Garity Navarro, con redacción del primero, se dijo: “La norma impugnada (artículo 3 inciso 28 del Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental, Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-SMOPT-MAG-MEIC de 24 de mayo de 2004) viola el Principio reparador contenido en el artículo 50 Constitucional y el principio de no regresión en materia ambiental” y, también: “Además, también hay una violación al principio de no regresión en materia ambiental. Conforme a este principio, no se deberán emprender o permitir la realización de accio-

nes que tengan por efecto disminuir la protección jurídica del medio ambiente o el acceso a la justicia ambiental. Tal violación se verifica si, al comparar la norma impugnada con las ya existentes se observa que la nueva norma suprime, limita o restringe derechos anteriormente existentes. De esta manera se ignora que una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda integrado en forma definitiva e irrevocable a la categoría de los derechos humanos cuya tutela resulta obligatoria (ver al respecto el voto número 2013-011088). Mediante un acto carente de sustento científico, se propicia una evidente regresión. En comparación con la normativa legal, esta definición reglamentaria de DAÑO AMBIENTAL es más limitada. Nótese lo que disponen los artículos 2.e) y 59 de la Ley Orgánica del Ambiente: “Art.2.e: El daño del ambiente constituye un delito de carácter social, pues afecta las bases de la existencia de la sociedad; económico, porque atenta contra las materias y los recursos indispensables para las actividades productivas; cultural, en tanto pone en peligro la forma de vida de las comunidades, y ético, porque atenta contra la existencia misma de las generaciones presentes y futuras.” “Art.59.- Contaminación del ambiente: Se entiende por contaminación toda alteración o modificación del ambiente que pueda perjudicar la salud humana, atentar contra los recursos naturales o afectar el ambiente general de la Nación. La descarga y la emisión de contaminantes, se ajustará, obligatoriamente, a las regulaciones técnicas que se emitan. El estado adoptará las medidas que sean necesarias para prevenir o corregir la contaminación ambiental.”). Además, la jurisprudencia constitucional ha indicado sobre los daños ambientales, lo siguiente: “El daño ambiental, afecta la biodiversidad, los ecosistemas y hasta la salud, puede originarse de diferentes fuentes... Ese daño puede ser provocado individualmente o por una pluralidad... puede provenir tanto de conductas particulares o del Estado y sus instituciones, estos últimos por acción u omisión, lícita o ilícita, o bien producirse de

una sola conducta o bien de una pluralidad de ellas, efectuadas simultáneamente o a través del tiempo.”(voto 2010-4399). Asimismo, ha indicado que, “El daño que se pueda causar al ambiente siempre es de difícil o imposible reparación y la aprobación de un estudio de impacto ambiental requiere de la total certeza de mínima afectación de los recursos naturales, pues así lo dispone por fuerza propia el artículo 50 de la Carta Política...” (voto 2005-01174). Se evidencia de esta forma que la definición de daño ambiental de la norma cuestionada, es regresiva, en comparación con la jurisprudencia constitucional y con las normas legales que existen al respecto. Esta regresividad es evidente, a contrapelo de normas legales y jurisprudencia reiterada”. Nótese la existencia de criterios dispares, que distan de ser uniformes y unánimes, en relación con la tutela del medio ambiente y, en concreto, el principio de no regresión en materia ambiental. Son casos polémicos que generan discusión y controversia, no sólo en lo que atañe a las partes involucradas, sino también a lo interno del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, en la sentencia No. 2022-22606 de 28 de septiembre, la Sala Constitucional declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad formulada contra los incisos a), b), c), d), f) y g) del artículo 8, los ordinales 9 y 10, los incisos a), b), c), d), e) y f) del artículo 12, el numeral 26 y el transitorio VII, todos de la Ley del Refugio de Vida Silvestre Ostional (Ley No. 9348 de 08 de febrero de 2016), por estimarlos contrarios a los artículos 7, 11, 21, 41, 50, 73, 89 y 169 de la Constitución Política, a los principios constitucionales de índole medio ambiente de explotación racional de la tierra, precautorio, no regresión, objetivación e irreductibilidad de los bosques, así como a los ordinales 5 de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, 4 de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural y 4 de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas.

En efecto, en esta sentencia la Sala Constitucional concluyó que: “se comprueba que la Ley impugnada contiene un cambio en la naturaleza del Refugio de Vida Silvestre de Ostional que disminuye su nivel de protección al permitir usos de suelo, y por tanto concesiones, más allá de la protección, investigación, capacitación y ecoturismo. Se comprueba que ello se aprobó sin estudios técnicos que acrediten la situación fáctica, la viabilidad técnica, así como la razonabilidad y proporcionalidad como parámetros de constitucionalidad, principios que debe observar toda norma jurídica, principalmente cuando se trata de afectar bienes públicos como sucede en el caso concreto. Así entonces, se declara la inconstitucionalidad de toda la Ley n°9348 “Refugio de Vida Silvestre Ostional”, por falta de sustento técnico que justifique permitir usos de suelo distintos a la investigación, protección, capacitación y ecoturismo y con ello desproteger el derecho al ambiente. Al carecer de este criterio técnico, la reforma legal en cuestión aquí impugnada presenta un vicio de procedimiento legislativo que la hace inviable y lesiva del principio precautorio, de objetivación de la tutela ambiental, del principio de no regresión ambiental, de una explotación racional de la tierra y por ende, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, tal como dispone nuestra Constitución Política, del ordinal 5 de la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, del numeral 4 de la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural y del artículo 4 de la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas. En consecuencia, se anula por inconstitucional la Ley n°9348 “Refugio de Vida Silvestre Ostional” y además por conexidad se anula el decreto ejecutivo n°41134 del 10 de abril del 2018. Quedando entonces, toda la normativa que resguarda el Refugio de Vida Silvestre de Ostional como vigente, en cuenta, la Ley de Conservación de la Fauna Silvestre (Ley n°6919 del 17 de noviembre de 1983) y

los decretos n°16531 del 18 de julio de 1985 y n°22551 del 14 de setiembre de 1993”.

Asimismo, en cuanto a los efectos de la declaratoria con lugar de esta acción, el Tribunal Constitucional Costarricense precisó: “Ante el vicio de procedimiento sustancial evidenciado en el trámite del proyecto legislativo nro. 18.939, y ante la falta de un estudio técnico que justificara la desafectación y disminución del grado de protección ambiental del Refugio de Vida Silvestre de Ostional, la declaratoria con lugar de esta acción implica, según se dijo, la nulidad de toda la Ley n°9348 “Refugio de Vida Silvestre Ostional” y además por conexidad del decreto ejecutivo n°41134 del 10 de abril del 2018. En este sentido, tal como lo establece el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se podrá declarar la nulidad de cualquier otra disposición normativa que resulte necesaria por conexión o consecuencia. Además, esta anulatoria opera con efectos declarativos y retroactivos a la fecha de entrada en vigencia de las normas anuladas. Lo anterior sin perjuicio de eventuales derechos adquiridos de buena fe, que pudieran haberse generado al amparo de títulos de habilitación administrativa para actividades congruentes con el carácter demanial del citado refugio. No ostentan tal condición, los títulos de adquisición de dominio incongruentes con tal demanialidad, como serían aquellos que se hubieren otorgado o inscrito a partir de la creación y de declaratoria de demanialidad del refugio y cuya condición, hace inviable validar esa modalidad adquisitiva. Ello por cuanto, conforme lo ha indicado esta Sala en varias ocasiones sobre bienes de dominio público no procede alegar derecho adquirido alguno (ver al respecto los votos de esta Sala n°2005-03669, 2000-0698)”.

Otra sentencia emblemática de la Sala Constitucional es la No. 2021-24147, de 27 de octubre, en que se conoce la acción de inconstitucionalidad planteada contra la Ley No. 9373 de 28 de junio de 2016 denominada “Protección a los Ocupantes de Zonas Clasificadas como Especiales”. De esta forma, en

relación con el principio de no regresión en materia ambiental se dispuso: “VIII.- TERCER AGRAVIO: ACERCA DEL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN DE CONTENIDOS. A su vez, los principios de prevención y precaución también contenidos en la Declaración de Río complementan al principio de no regresión. Esta postura fue adoptada por la Sala Constitucional en el Voto No. 2010-18202, que en lo que interesa dispone: “De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, mas no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior, algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados pueden ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valora-

da y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales". Básicamente, el principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que, en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencia, daños ambientales irreversibles o de difícil reparación. El principio de no regresión implica necesariamente una obligación negativa de no hacer. De esta forma, el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido, sino, por el contrario, incrementado. La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es, precisamente, la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Por ello, la prohibición de regresividad funciona como una garantía sustantiva que protege a los titulares de derechos frente a normas o políticas regresivas, impidiendo al Estado el "dar un paso hacia atrás". Acorde con lo mencionado supra, en el caso de la Ley No. 9073 cuestionada, el principio de no regresión en materia ambiental no se cumple, por cuanto, se pasa de un régimen de tutela administrativa en el cual perviven necesarios y suficientes mecanismos para liberar las áreas naturales de invasiones y ocupaciones ilegales, así como, el levantamiento de obras que pueden poner en peligro el fin público perseguido con tales áreas, a un régimen que tolera tales actos sin que existan garantías adecuadas que garanticen que el ambiente no se va a ver afectado. Particularmen-

te, el artículo 3 cuestionado, promulga una regresión en materia ambiental al estatuir la posible desaplicación de la moratoria sólo en el patrimonio natural del Estado y cuando esas zonas hayan sido declaradas bajo esa categoría. Dispone el numeral 3 de cita que: "Artículo 3.- Cuando se trate de zonas declaradas patrimonio natural del Estado, únicamente el Ministro de Ambiente y Energía podrá desaplicar la moratoria, mediante la fundamentación técnica pertinente, cuando se determine la comisión de daño ambiental o peligro o amenaza de daño al medio ambiente." Mediante esta norma no sólo se está dando una disminución de la tutela ambiental en los términos expuestos, sino que también y, sin justificación alguna, se disminuye aún más para el Patrimonio Natural del Estado la protección con respecto a la zona marítimo terrestre y las zonas fronterizas, ya que, para éstas las medidas cautelares y resoluciones administrativas las pueden dictar tanto el Tribunal Ambiental Administrativo como el Ministro de Ambiente y Energía (artículo 2), mientras que para aquel Patrimonio lo sería sólo dicho Ministro. En consecuencia, se acoge la acción en cuanto a este extremo y se declara inconstitucional el artículo 3 de la Ley 9073".

#### **IV. Conclusiones.**

De esta forma, en estas líneas hemos analizado el desarrollo doctrinal, desde una perspectiva de derecho comparado, del principio de no regresión en materia ambiental, así como lo que al efecto ha conocido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en materia de control de constitucionalidad, en particular, acciones de inconstitucionalidad, en los últimos años. Es claro que el ambiente constituye un bien valioso para los particulares, sin el cual, no se puede asegurar nuestra sobrevivencia. Dentro de esta lógica, el principio de no regresión, junto con el de progresividad, en la protección del ambiente, constituye uno medular, que, como lo expuso la Sala Constitucional impide el dictado de normas y políticas públicas regresivas, que cercenen la protección y salvaguardia

de estos bienes. Mucho queda por hacer en esta materia. Un estudio más acabado se espera efectuar en otra ocasión.

### **Bibliografía.**

Amaya Arias, A. (2015). El principio de no regresión en materia ambiental y la directiva marco de aguas. *Revista Aranzandi de Derecho Ambiental*, (32), 493-516.

Doreste Hernández, J. (2020). La paulatina consolidación del principio de no regresión ambiental en la jurisprudencia española. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (102/2), 553-563.

López Ramón, F. (2016). La aceptación legislativa del principio de no regresión ambiental en Francia. *Revista de Administración Pública*, (201), 269-277.

Peña Chacón, M. (2018). El principio de progresividad en el derecho ambiental en la jurisprudencia constitucional costarricense. *Revista electrónica de derecho ambiental*, (32).

Prieur, M. (2012). Non-regression in environmental law IUCN Commissions, *Sapiens* Vol. 5(2), 52-56.

Sagot Rodríguez A. (2013). El principio de no regresión en materia ambiental: Análisis de dos casos de directrices transgresoras. *Actualidad Jurídica Ambiental*, (22), 13-36.

Wilches Luna, V., y Sotelo Aragón, C. S. (2020). No regresión y justicia ecológica: desafíos para la paz y sostenibilidad en Colombia. *Revista Legem*, 6(1), 71-86.

# **ALCANCES DEL ARTÍCULO 2, INCISO 12, DEL CÓDIGO PROCESAL AGRARIO, A LA LUZ DEL NUMERAL 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

## *SCOPE OF THE ARTICLE 2, PARAGRAPH 12, OF THE AGRARIAN PROCEDURE CODE, IN LIGHT OF THE CANON 49 OF THE CONSTITUTION*

**LIC. DIEGO RUDÍN ARGUEDAS**

- Abogado, graduado con honores de la Universidad Escuela Libre de Derecho (UELD).
- Especialista en Derecho Agrario y Ambiental, por la Universidad de Costa Rica (UCR); así como en Derecho Notarial y Registral, de la UELD, ambos con honores.
- Egresado de la Maestría en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica, donde obtuvo tres diplomas de excelencia académica, en el año 2020.
- Profesor con experiencia en la UELD y en la UCR, en los cursos de posgrado de Derecho Agrario, Derechos Reales, Teoría del Proceso y Métodos de Investigación Jurídica.
  - Letrado de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, desde el año 2019.
- Anteriormente fungió como Abogado litigante y Notario, con experiencia en las áreas de Derecho Agrario, Contencioso Administrativo y Civil.

# ALCANCES DEL ARTÍCULO 2, INCISO 12, DEL CÓDIGO PROCESAL AGRARIO, A LA LUZ DEL NUMERAL 49 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

## SCOPE OF THE ARTICLE 2, PARAGRAPH 12, OF THE AGRARIAN PROCEDURE CODE, IN LIGHT OF THE CANON 49 OF THE CONSTITUTION

### Resumen

El artículo 49 Constitucional establece una garantía individual consistente en que la legalidad de la función administrativa, así como las situaciones jurídicas de las personas que se relacionen con la Administración, deben ser tuteladas por la jurisdicción de lo contencioso y administrativo, como atribución del Poder Judicial. Consecuentemente, se ha interpretado, por los órganos encargados de su aplicación, que existe una suerte de monopolio o prevalencia de los Tribunales Contenciosos Administrativos y Civiles de Hacienda, por encima de, prácticamente, cualesquiera otras dependencias judiciales, cuando se ventilen aspectos vinculados a la función administrativa. Sin embargo, en este trabajo se realiza un análisis documental, doctrinario y jurisprudencial, para evidenciar que no es esta la única alternativa hermenéutica que existe. La Sala Constitucional ha sostenido, históricamente, posturas diversas. Además, la Sala Primera ha mostrado una reciente flexibilización, frente a una postura más rígida. Por otra parte, se analiza, críticamente, si los alcances del numeral 2, inciso 12, del Código Procesal Agrario son contrarios, o no, al Derecho de la Constitución. Se concluye, finalmente, que la norma per se, no es inconstitucional, ni contraría a la jurisprudencia imperante, siempre y cuando se

realice una hermenéutica prudente e informada, en la que se consideren los pronunciamientos de la Sala Constitucional y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

### Palabras clave

Jurisdicción, competencia, contencioso, agrario, acceso a la justicia, constitucional, jurisprudencia, exégesis, hermeneútica.

### Keywords

Jurisdiction, competence, contentious, agrarian, access to justice, constitutional, jurisprudence, exegesis, hermeneutics.

### Abstract

Article 49 of the Constitution establishes an individual guarantee consisting of the fact that the legality of the administrative function, as well as the legal situations of the people who are related to the Administration, must be protected by the contentious and administrative jurisdiction, as an attribution of the Judiciary. Consequently, it has been interpreted, by the bodies in charge of its application, that there is a kind of monopoly or prevalence of the Administrative and Civil Litigation Courts of the Treasury, above practically any other judicial dependencies, when aspects related

to the administrative function. However, in this work a documentary, doctrinal and jurisprudential analysis is carried out, to show that this is not the only hermeneutic alternative that exists. The Constitutional Chamber has historically held diverse positions. In addition, the First Chamber has shown a recent flexibility, compared to a more rigid position. On the other hand, it is critically analyzed whether the scope of numeral 2, subsection 12, of the CPA is contrary, or not, to the Law of the Constitution. Finally, it is concluded that the norm per se is not unconstitutional, nor contrary to the prevailing jurisprudence, as long as a prudent and informed hermeneutics is carried out, in which the pronouncements of the Constitutional Chamber and the First Chamber of the Supreme Court of Justice.

## Sumario

I. Introducción II. El concepto de Jurisdicción de cara a la lectura del artículo 49 de la Constitución. III. Posturas hermenéuticas en torno al numeral 49 Constitucional. IV. Lectura sistemática, literal y teleológica del numeral 2, inciso 12, del CPA, conforme al Derecho de la Constitución. V. Postura del autor y conclusión.

## Abreviaturas

CPA: Código Procesal Agrario

CPCA: Código Procesal Contencioso Administrativo

IDA: Instituto de Desarrollo Agrario

INDER: Instituto de Desarrollo Rural

LI: Ley de Transformación del IDA en el INDER

LJA: Ley de Jurisdicción Agraria

LTCO: Ley de Tierras y Colonización

PGR: Procuraduría General de la República

## I. Introducción.

El presente trabajo tiene como objetivo principal, incitar una reflexión crítica e informada, sobre la constitucionalidad del numeral 2, inciso 12, del CPA. Además, busca evidenciar las principales líneas jurisprudenciales que, actualmente, sigue la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, como superior en común del Tribunal Agrario y el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, en la distribución de competencias en las materias agraria y de lo contencioso administrativo. El alcance de la investigación es analítico, y tiene como objeto de ponderación, los factores que se conjugan en la aplicación del numeral 12 ibíd. La metodología, por lo demás, es cualitativa; se centra en los conceptos y teorías jurídicas que se relacionan al fenómeno bajo análisis. La importancia del trabajo es notoria. El CPA, si bien no está vigente, está en su proceso de *vacatio legis*, y es objeto, actualmente, de un intenso proceso de revisión y propuestas de mejora, tanto por parte de personal judicial, como del sector abogadil nacional. Se concluye que la norma no es per se, inconstitucional. Sino que esto depende de su exégesis. Por el contrario, podría ser utilizada para mejorar el estado de la cuestión.

## II. El concepto de Jurisdicción de cara a la lectura del artículo 49 de la Constitución.

El punto de partida del análisis debe ser, necesariamente, el artículo 49 de la Constitución Política, como estructura lingüística y como concepto jurídico. A partir de la lectura de ese mandato constitucional, se ha sostenido, por muchos, básicamente, que la mal entendida “jurisdicción” contencioso administrativa, tiene el monopolio de los conflictos que se vinculen a la función administrativa o a los bienes demaniales. Primero, lo primero. ¿Por qué razón indico que está mal empleado el concepto “jurisdicción contencioso administrativa”? Por darle a ese concepto una dimensión subjetiva y no funcional. Para entender lo anterior, debe recordarse que el concepto de jurisdicción no es subjetivo; sino objetivo. Se trata de una función esencialmente judicial, salvo la excepción habilitada

constitucionalmente, para que las partes resuelvan sus conflictos por medio del arbitraje<sup>1</sup>.

Existen una multiplicidad de conceptos de jurisdicción. Entre ellos, podemos señalar, a nivel costarricense, los siguientes: 1) La que ejercen los órganos investidos como tal por la ley, conforme a la competencia constitucional, adscritos al Poder Judicial, que mediante independencia, imparcialidad y por medio de un proceso previo resuelven controversias, con carácter de cosa juzgada (Artavia, 2017, p. 101); 2) “El poder-deber conferido al Estado, para resolver conflictos de orden jurisdiccional entre los ciudadanos y entre éstos y el Estado” (López, 2011, p. 21); 3) “La función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho” (Parajeles, 2010, p.23). En términos generales, podemos decir que, uno de los conceptos más conocidos y reiterados, es aquel que la concibe como la potestad de resolver conflictos jurídicos con carácter de cosa juzgada material. Tal aproximación no está exenta de críticas. Sabemos que no toda sentencia tiene la eficacia aludida. En cambio, existen otras que solo adquieren una “cosa juzgada formal”, cual es el caso de las que se emiten en todo proceso que no sea ordinario, en materia procesal civil, salvo norma especial en contrario. En tales casos, lo resuelto puede ser contradicho por el pronunciamiento que recaiga en un proceso declarativo, tal como claramente se desprende de la lectura del numeral 64 del Código Procesal Civil. Asimismo, cabe señalar que no toda pretensión conocida por órganos judiciales se formula en el contexto de una controversia o conflictos jurídicos. Por esa razón existen procesos denominados de “actividad judicial no contenciosa” o de “jurisdicción voluntaria”, como las informaciones posesorias, las consignaciones de pago, entre otros<sup>2</sup>.

Lo anterior aconseja, para los fines de este trabajo, asumir una concepción útil y propia

de jurisdicción. Se entiende en estas líneas, como una potestad estatal decisora, que, en el contexto de una distribución funcional del Poder, es asignada, por vía de la ley o de normas de rango superior, a órganos imparciales e independientes del Poder Ejecutivo y Legislativo, a efectos de que decidan y comuniquen, con carácter coercitivo, sobre la procedencia de las pretensiones que sometan a su conocimiento las personas jurídicas o físicas que así lo requieran y deseen, según la distribución de competencias que se establezca en el ordenamiento jurídico. Tal función existe para brindar seguridad jurídica y paz social. Es por esa razón que las decisiones que emanen de los órganos competentes para ejercerla, vinculan a otros poderes estatales a los que no les corresponde tal potestad, como parte de un sistema de pesos y contrapesos. Debe diferenciarse, además, el concepto de jurisdicción del de competencia. Como ya se anticipó, la primera, se reparte por medio de la segunda. Es decir, quien tiene potestad jurisdiccional, requiere, además de ello, de una competencia específica, para conocer de un determinado asunto, sea de naturaleza contenciosa o no. Podemos decir que este segundo concepto se refiere a la potestad específica de un órgano jurisdiccional, para conocer de un asunto en concreto, según los parámetros de distribución funcional establecidos en el ordenamiento jurídico.

En ese contexto, se propone en esta obra, es que debe darse lectura al canon 49 constitucional, cuando dispone lo siguiente: “Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados”.

Si se ve, el mandato referido parte, acertadamente, de una concepción objetiva y

1 Artículo 43 de la Constitución Política.

2 Consúltese, al respecto, la lista numerus apertus, contenida en el numeral 177 del Código Procesal Civil.

funcional de la jurisdicción, al definirla como una "atribución", concepto estrechamente relacionado al antes aludido de función o potestad. Nótese, no se refiere a la jurisdicción contenciosa como un órgano judicial en particular. De tal manera, a juicio del autor, el constituyente no estableció uno o varios tribunales en particular, como los únicos que podían conocer de aquellos conflictos a los que se vinculen aspectos de la función administrativa.

Es por esa razón es que han existido interpretaciones judiciales, conforme a las cuales no es inviable que dependencias ajenas al "Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda", se pronuncien sobre causas que se vinculen a la función administrativa. A esa posición se añade el autor. Si bien es cierto, el legislador patrio pretendió concretar la garantía individual contenida en el cardinal cuadragésimo noveno de la norma positiva fundamental, con el establecimiento de un Tribunal que se aboque al conocimiento de esos conflictos, es igualmente cierto que, el mismo Poder Legislativo, está habilitado para desarrollar el mandato constitucional con un diseño legal que distribuya esa función entre diversos órganos judiciales, al no haber una delimitación constitucional.

### **III. Posturas hermenéuticas en torno al numeral 49 Constitucional.**

Ahora bien, no debe perderse de perspectiva que la lectura preponderante y vigente que se ha hecho del canon 49 de la Constitución, entiende que dicha norma sí establece una sede – "jurisdicción", en un concepto impreciso, pero claramente subjetivo -, en particular. Por tal razón, en la gran mayoría de asuntos en los que se han resuelto conflictos de competencia entre los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, frente a otros órganos judiciales, se ha radicado la cuestión ante los primeros, si vislumbran aspectos de la función administrativa o del dominio público, cuya gestión compete al Estado – en sentido lato -.

Han existido dos posturas. Ambas, han sido respaldadas y defendidas por la Sala Constitucional, eso sí, en diversos momentos históricos y con integraciones igualmente diferentes. Lo relevante, para los fines de este artículo, es resaltar que ambas nociones han sido sostenidas y prohijadas al más alto nivel jurisdiccional y doctrinario patrio. Lo anterior no debe pasarse por alto, al analizar la bondad o legitimidad de una norma como la referida.

Como paradigma de una primera etapa de evolución de la jurisprudencia constitucional, debe señalarse la resolución de la Sala Constitucional número 1994-3905 de las 15:57 hrs. del 3 de agosto de 1994. Esta sentencia se emitió con ocasión de una consulta judicial de constitucionalidad planteada por el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo. Según se explica en el texto del fallo, "La duda concreta que surge del caso en trámite, entonces, es, si otras jurisdicciones como la laboral, la agraria, la de familia pueden anular actos administrativos o si esta competencia está reservada exclusivamente a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Como fundamento de su tesis, el juez cita sentencia #5 de las 15:15 horas del 14 de enero de 1959 en la que se reproduce la carta enviada por el profesor E. Sayaguéz Lazo al diputado constituyente Fernando Baudrit, en la que explica los alcances de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el sentido de que debe comprender todos los litigios en los que es parte la Administración, sea como demandante o como demandado. De allí, concluye el juez que, la competencia para anular actos administrativos no se asignó a un juez específico sino al Poder Judicial, y que será por vía de la legislación ordinaria que se determinará la competencia específica de cada jurisdicción" (Sala Constitucional, Resolución N° 3905-1994).

En dicha oportunidad la Procuraduría General de la República, ejerciendo el rol de *amicus curiae* de la Sala Constitucional, fue del criterio de que, por la especialidad de la materia, en todos aquellos asuntos en el que

el objeto procesal verse sobre la posible nulidad de un acto administrativo, el fuero de atracción de la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe prevalecer sobre las competencias de otras jurisdicciones especializadas como lo son la de familia, la de trabajo o la agraria. El abogado estatal destacó la importancia de que los jueces que intervengan en procesos de lo contencioso administrativo sean especializados, a efectos de que lleven a cabo una correcta interpretación de las normas y principios involucrados.

La Sala Constitucional, bajo redacción del magistrado Rodolfo Piza Escalante, estimó que sí es procedente que por ley se asignen competencias relacionadas al conocimiento de la legalidad de conductas administrativas a "jurisdicciones" distintas a la de lo contencioso administrativo. Consideró el numeral 49 constitucional debe ser relacionado a los preceptos 11 y 129 de la Carta Magna, en cuanto contienen el principio de legalidad. Estimó, estas estatuyen la necesidad de que legislativamente se establezca al menos una jurisdicción en la que se puedan ventilar los litigios relacionados a la actividad estatal. Señaló, si "...la ratio legis del constituyente fue procurar al individuo en sus conflictos con la Administración Pública, un medio de defensa especializado, carece de relevancia constitucional la organización que el legislador común desarrolle para ese propósito. Basta con resaltar la ubicación de la norma en cuestión dentro de la sección dogmática de la Constitución y en especial como parte del elenco de, derechos individuales desarrollados por el Título V, Capítulo Único. El número de tribunales, su integración, la jurisdicción territorial o material, por ejemplo, son aspectos de secundaria relevancia que obviamente son materia delegada expresamente al legislador..." (Sala Constitucional, Resolución N° 3905-1994). Destacó, además, que, conforme al artículo 152 de la Carta Magna, el Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales que establezca la ley, además, de que conforme al numeral 153 ibídem, es discreción del legis-

lador la organización de los tribunales por los cuales el Poder Judicial puede ejercer su función. Señaló contundentemente que:

*"(...) la Constitución no pretendió revestir a una categoría especial de tribunales, los contencioso-administrativos de una protección singular por sobre los demás. Más bien, como se ha expresado, creó un derecho constitucional que puede ser ejercido ante diversos tribunales de la República (...) Si la norma otorgó el carácter de derecho subjetivo a la posibilidad de impugnar los actos ilegales "de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público" (art. 49, prf.1º), surge la segunda característica de este derecho, cual es el que puede ser ejercido ante cualquier tribunal de la República al que la ley le haya delegado esas atribuciones. Por ello, estima esta Sala que no quebranta el orden constitucional, la decisión del legislador de crear jurisdicciones especializadas en las que pueda ventilarse la legalidad de los actos de la Administración Pública, como lo es la jurisdicción agraria (Sala Constitucional, Resolución N° 3905-1994)".*

La Sala Primera, en esos tiempos, mantenía una posición totalmente acorde con la de la Sala Constitucional, concibiendo incluso, la existencia de un proceso "contencioso agrario". Tal es el caso de la sentencia no. 183-1990, de las 15 horas 5 minutos del 31 de octubre de 1990. En esa misma época, el Ballar et al (1992), partiendo del criterio jurisprudencial imperante en ese momento, en el que el "contencioso agrario" era una realidad jurisprudencial, destacaron la importancia de la existencia de un proceso que se adaptara tanto a las particularidades de lo agrario como de lo contencioso administrativo. Así, indicaron: "La complejidad propia de los conflictos jurisdiccionales entre la materia contencioso administrativa de la agraria – conforme vimos en el capítulo anterior -, se ha delimitado a consecuencia de las últimas resoluciones emitidas por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en esta materia, en las que nuestro más alto Tribunal se

ha visto obligado a definir una serie de situaciones límite, que como es lógico, contienen un alto grado de dificultad. Ello ha permitido en nuestra jurisprudencia una mayor creatividad, no sólo por singularidad de los casos que se han sometido a su conocimiento, sino además por la ambigüedad o deficiencia total de nuestra "legislación" al momento de regular estos aspectos. En este sentido, nuestra "Sala de Casación" ha enunciado en el propio campo de su quehacer normal, la existencia de un proceso conformado por disposiciones y principios tanto del procedimiento contencioso administrativo como del agrario, cuyo conocimiento corresponde al juez encargado de esta última materia y que ha dado en llamarse "contencioso agrario" (p. 345)". En dicha obra se apuntó, además, que, conforme a la jurisprudencia de casación de entonces, la materia agraria es preponderantemente objetiva, por lo que independientemente de que participe un ente público en el proceso, ello no implica que el conocimiento deba ser de la jurisdicción de lo contencioso.

En ese momento, Gonzalez Ballar y sus estudiantes, en la obra recién aludida, plantearon como criterio de determinación de competencias, "la normativa aplicable" a la relación jurídica subyacente al conflicto. Y con base a ello se indicó que, en aquellos asuntos en los que exista una relación jurídico administrativa, o se pretenda la nulidad de actos administrativos, el proceso deberá tramitarse ante la "jurisdicción" contencioso administrativa.

Ahora bien, pese a dichos antecedentes, lo cierto es que la mayoría de la doctrina, jurisprudencia y pronunciamientos administrativos sobre el tema, actualmente prácticamente no se cuestiona que existe una "jurisdicción" de lo contencioso administrativo, especializada, derivada directamente del numeral 49 de la Constitución Política, de cuyo conocimiento no se puede abstraer lo relacionado a la función administrativa, salvo cuando el contenido material de la pretensión y el régimen jurídico aplicable a

la controversia no sean propios del Derecho Administrativo.

Así, la profesora Hernández (2007), señaló: "La Constitución Política vigente data de 1949, y en ella se constitucionaliza por primera vez la jurisdicción contencioso administrativa en el artículo 49, en especial con la reforma que sufriera este artículo en 1963 cuando se dice que la jurisdicción contencioso-administrativa y civil de hacienda será la encargada del control de legalidad en forma exclusiva y excluyente, de cualquier entidad de derecho público (...)", agregando posteriormente que: "(...) al orden jurisdiccional creado en el artículo 49 de la Constitución Política (contencioso administrativo) le corresponde conocer de los procesos en que la Administración Pública – central o descentralizada – es parte interesada aunque haya actuado en el ejercicio de su capacidad de derecho privado (...)"(p.229).

En ese mismo sentido, Cambroner y Barahona (2015), señalaron que: "A lo largo de su producción jurisprudencial, la Sala Constitucional ha sido conteste en reconocer su imposibilidad para sustituir al juez contencioso administrativo en la fiscalización de los actos de la Administración, por cuanto el propio constituyente, mediante la creación de una jurisdicción exclusiva y excluyente en el artículo 49 del texto fundamental, estableció el control de legalidad como una atribución del juez ordinario especializado"(2015).

La actual posición de la Sala Constitucional respalda tales posiciones, puesto que, si bien no se desconoce absolutamente la posibilidad de que en otras sedes se resuelvan aspectos vinculados al quehacer administrativo, ello se admite en el tanto el contenido material de la pretensión y el régimen jurídico aplicable no sean propios del Derecho Público, en cuyo caso queda excluida la posibilidad de que tribunales distintos a los de lo contencioso administrativo conozcan de dichos temas. En la sentencia 6922-2010 de la cámara constitucional (citada por Cambroner y Mora), se refleja la posición juris-

prudencial actual, conforme a la cual "(...) por imperativo constitucional (artículo 49) el control de legalidad, y con ello el ejercicio de las potestades discrecionales por parte de la Administración, es una competencia exclusiva y excluyente del juez de lo contencioso-administrativo" (Sala Constitucional, Resolución no. 6922-2010).

Por su parte, el voto 9928-2010 de la Sala Constitucional, marca un paradigma con respecto a la posición actual. Este obedeció a una acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de la jurisprudencia de la Sala Primera que remitía a la jurisdicción laboral los asuntos que tenían como objeto la nulidad de actos administrativos en el marco de una relación de empleo público, así como el numeral 3, inciso a, del CPCA, el cual excluía del conocimiento de los tribunales de lo contencioso administrativo las pretensiones relacionadas con conductas de la Administración Pública, en materia de relaciones de empleo público, cuyo conocimiento, conforme a dicho precepto, correspondía a la jurisdicción laboral. En esta oportunidad, a diferencia del criterio vertido en las sentencias de inicios de los noventa redactadas por el magistrado Piza Escalante, se consideró que el constituyente definió la competencia material de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Estimó la cámara constitucional que la consagración de la existencia y alcances de esta jurisdicción de la constitucional, constituyen la "cláusula regia del Estado Constitucional de Derecho." A partir de la lectura del numeral 49 constitucional, extrajo las siguientes conclusiones: 1. El constituyente optó por un modelo de justicia administrativa judicial y especializado; 2. El constituyente derivado definió la competencia material de la jurisdicción contencioso administrativa. 3. El poder reformador estableció una reserva constitucional de tal competencia material, por lo cual el legislador ordinario no puede asignar tal competencia a "otro orden jurisdiccional que no sea el contencioso-administrativo". Producto de tales apreciaciones, señaló expresamente que variaba y revertía los criterios de las sentencias Nos. 3095-94 de

las 15:57 hrs. de 3 de agosto de 1994, 7540-94 de las 17:42 hrs. de 21 de diciembre ambos de 1994, 5686-95 de las 15:39 hrs. de 18 de octubre de 1995 y 14999-2007 de las 15:06 hrs. de 17 de octubre de 2007, puesto que toda pretensión encaminada a cuestionar la validez de la conducta administrativa o cualquier manifestación de la función administrativa debe ser resuelta por la jurisdicción contencioso-administrativa.

No obstante la variación de criterio, se admitió como algo "obvio", que si la pretensión, por su contenido material, aún y cuando esté relacionada con cualquier manifestación de la función administrativa, "se encuentra regida por el régimen jurídico laboral, de familia o agrario, debe ser conocida y resuelta por esos órganos jurisdiccionales, por cuanto, no se cuestiona, propiamente, conformidad o disconformidad sustancial de la función o conducta administrativa con el ordenamiento jurídico-administrativo que es lo que el artículo 49 constitucional le reserva a la jurisdicción contencioso-administrativa" (Sala Constitucional, Resolución no. 9928-2010), estableciendo así la Sala Constitucional como parámetros de determinación de competencia dos, esencialmente: 1. El contenido material de la pretensión y 2. El régimen jurídico aplicable a estas.

Además, en dicha sentencia, en forma enunciativa, se señalaron una serie de pretensiones cuyo contenido material y régimen jurídico aplicable son objeto del Derecho Laboral y no del Ordenamiento Jurídico Administrativo, las cuales conviene señalar a efectos de ilustrar el alcance que la Sala quiso dar a estos parámetros. El tribunal constitucional señaló:

*"...la jurisdicción laboral deberá conocer y resolver –aunque el tema se encuentre relacionado con la conducta o función administrativa ejercida por un ente público– extremos típica o materialmente laborales, tales como la procedencia o no y el cálculo para el pago del aguinaldo, vacaciones, preaviso y auxilio de cesantía, lo concerniente al*

*reconocimiento de una jubilación o pensión o los riesgos profesionales, las controversias que se susciten en el ámbito del Derecho laboral individual y colectivo (v. gr. conflictos de carácter económico-social), de todo lo relativo al ejercicio del derecho a la huelga o el paro, etc. En igual sentido, se impone reconocer que tratándose de empleados encargados de gestiones sometidas al derecho común de empresas públicas o de servicios económicos desarrollados por una administración pública o de simples obreros, trabajadores o empleados que no participan de la gestión pública del respectivo ente público, esto es, de los que la doctrina denomina "trabajadores de la administración pública", las controversias surgidas deben ser conocidas y resueltas por la jurisdicción laboral, al no tratarse, en sentido estricto, de un funcionario, servidor o empleado público (artículos 111, párrafo 2º, y 112, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración Pública), dado que, cualquier conducta emanada del ente público, en tal contexto, no estará sometida al régimen jurídico administrativo y tampoco podrá ser reputada, materialmente, como una relación jurídico-administrativa" (Sala Constitucional, Res. no. 9928-2010).*

Además, acotó que, en el diseño constitucional, se optó por establecer jurisdicciones especializadas por materia y que las personas usuarias tienen el derecho de elegir ante cuál jurisdicción accionar, siempre y cuando la naturaleza material de la pretensión y el régimen jurídico aplicable sea congruente con la especialidad (se entiende competencia) constitucional o legal de la respectiva "jurisdicción".

Este último antecedente es relevante en muchos sentidos. Primero, marca la pauta actual en cuanto al criterio de la Sala Constitucional. Si bien hace prevalecer la jurisdicción de lo contencioso a partir de la interpretación que realiza del artículo 49 de la Constitución Política, declarando improcedente el conocimiento de la legalidad de la función administrativa por cualesquiera otros tribunales que no sean los de lo contencioso

administrativo, admite la posibilidad de que las pretensiones sean dilucidadas en esas otras sedes, cuando el contenido material de la pretensión sea propio de esas otras disciplinas, conforme a su régimen jurídico aplicable; incluso cuando se relacionen a conductas administrativas. Además, merece destacarse el que se admita la posibilidad de que los justiciables "elijan" a qué jurisdicción someterse, mientras las competencias lo permitan.

Por otra parte, no debe pasarse por alto que la jurisprudencia de la Sala Primera ha tenido, a lo largo de los años, una fuerte tendencia a dar prevalencia a la competencia de los Tribunales Contenciosos, por encima de los agrarios, no solo en asuntos en los que se discute un actuar administrativo en particular; sino, además, en los que podrían relacionarse – ni siquiera tener por objeto directo –, a bienes demaniales. De hecho, la alusión a la sentencia 9928-2010, se ha visto más en votos salvados que en los de mayoría. Por ejemplo, en la sentencia no. 2915-C-S1-2020, se resolvió que una controversia por un derecho de paso, aunque se había suscitado entre particulares, debía ser conocida en la sede de lo contencioso administrativo, en razón de que el bien se ubicaba dentro de la Zona Fronteriza Norte. Empero, en su voto salvado, la magistrada Vargas Vásquez, apelando al precedente del alto tribunal ya referido, discrepó de la mayoría, con base en los siguientes, muy respetables argumentos, los que vale la pena destacar:

1) La determinación de la naturaleza del bien, como demanial, puede realizarse hasta sentencia, después de evacuada la prueba, máxime considerando que hay terrenos que, por excepción legal, pueden pertenecer a particulares, o bien, ser poseídos en virtud de contratos suscritos con el INDER;

2) Los procesos agrarios no pierden su naturaleza por el hecho de que intervengan el Estado o el INDER, como partes interesadas, puesto que el artículo 22 de la Ley de Jurisdicción Agraria así lo permite, disponer: "En

los negocios de conocimiento de la jurisdicción agraria, son partes: ... c) El Instituto de Desarrollo Agrario, en todos los negocios que interesen para el cumplimiento de la Ley de Ordenamiento Agrario y Desarrollo Rural. ch) La Procuraduría General de la República, en todos los asuntos relativos a la tutela del dominio público y el ejercicio de las atribuciones que la ley le confiere en esta materia”;

3) Del voto 9928-2010, se extraen dos elementos para deslindar el ámbito competencial material entre los tribunales contenciosos y los agrarios; a saber, el contenido material de la pretensión y el régimen jurídico aplicable. Indicó, en ese sentido, que no se discutía una conducta administrativa, ni incide sobre acto administrativo alguno, o bien, el derecho de propiedad, pues se refería a una servidumbre, vinculado a un predio dedicado a la agricultura. Estimó, la relación jurídico material está vinculada a la actividad de producción agraria y el régimen jurídico aplicable es el de la Ley de Tierras y Colonización, así como de otras disposiciones propias de la función del Instituto de Desarrollo Rural;

4) Conforme al artículo 7 de la Ley de Tierras y Colonización, compete al INDER la administración de la franja fronteriza, como “Propiedad Agrícola del Estado”.

Resulta sumamente interesante que, recientemente, parece haber calado en mayor medida, en la conformación actual de la Sala Primera, una postura como la que sostuvo en solitario, anteriormente, la medida de ese órgano. Así, en la resolución de competencias no. 013-C-S1-2023, se consideró como objeto de competencia agraria un asunto en el que se discutía un mejor derecho sobre un bien que, “en apariencia”, ostentaba características de demanialidad. Al efecto, se consideró aplicable el numeral 22 de la LJA, en el tanto permite la participación de la PGR en los asuntos relativos a la tutela del dominio público. La trascendencia de ese precedente es incuestionable. Por una parte, implica que, la simple existencia de un bien demanial, no excluye la com-

petencia agraria, pues los bienes públicos pueden y deben ser tutelados por cualquier autoridad jurisdiccional. Sin embargo, desde una perspectiva más amplia, refleja, en criterio del autor, un replanteamiento de la cuestión competencial.

Otro pronunciamiento que evidencia una nueva perspectiva es el voto no. 234-C-S1-2022. En este, se consideró que un asunto debía ser ventilado ante los tribunales agrarios, en el tanto el proceso tenía como objeto principal la apertura de un camino para la explotación de diversos fundos rústicos. Sin embargo, en ese asunto, en particular, se mantenía una pretensión accesorias, en contra de funcionarios del Ministerio de Ambiente y Energía, por deberse al actuar de estos, según la parte actora, el enclave de la finca. Nótese como estos fallos, marcan, a no dudar, una tendencia diversa, con respecto a la rigidez con la que se ha analizado el tema estudiado. Lo anterior es esencial considerarlo, para los efectos de este trabajo.

#### **IV. Lectura sistemática, literal y teleológica del numeral 2, inciso 12, del CPA, conforme al Derecho de la Constitución.**

¿Qué es lo que establece el artículo 2, inciso 12, del CPA? Su letra, es la siguiente: “Los tribunales agrarios serán competentes para conocer, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, las pretensiones y los asuntos referidos a los siguientes aspectos, siempre que correspondan a materia agraria y de desarrollo rural: (...) 12) Las situaciones y las relaciones jurídicas relacionadas con conductas administrativas o manifestaciones específicas de la función administrativa, que por el contenido material o sustancial de la pretensión correspondan a extremos exclusivamente agrarios y de desarrollo rural y se deriven del Instituto de Desarrollo Rural o el instituto correspondiente”.

Nótese, el precepto de comentario contiene aspectos que, notoriamente, se relacionan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y civil de Hacienda. Concretamente,

debe destacarse que situaciones y relaciones jurídicas vinculadas a la función administrativa, pueden ser conocidas por los Tribunales Agrarios, si se cumplen dos elementos:

- 1) El “contenido material o sustancial” de la pretensión corresponda a extremos exclusivamente agrarios y de desarrollo rural.
- 2) Esas situaciones y relaciones jurídico-administrativas se deriven del INDER o del “instituto correspondiente”.

Así las cosas, cabe preguntarse: ¿Es la norma de comentario contraria a lo que, jurisprudencialmente, se ha dicho sobre la distribución de competencias entre la sede contenciosa y otras que puedan tener áreas temáticas de traslape?

Debe advertirse que el tema ya ha sido abordado por autorizada y muy distinguida doctrina costarricense. De hecho, ya se han advertido posibles inconstitucionalidades en el artículo 2, inciso 12, del CPA. Al referirse al numeral 2 (incisos 4, 5 y 6 del CPA), Ulate (2022), dijo: “...no se realizó la separación de lo que debía ser conocido en sede contencioso-administrativa, en forma exclusiva, respecto a la invalidez o disconformidad sustancial de la conducta administrativa o cualquier otra manifestación singular de la administración pública del sector agropecuario, pues en esos casos, la tutela del constituyente está orientada a la prevalencia de la jurisdicción contenciosa, donde el administrado puede hacer valer su situación jurídica sustancial frente a los poderes públicos”. En su trabajo, concluyó que, el criterio determinante en el deslinde de competencias entre lo agrario y lo contencioso es el contenido sustancial o material de la pretensión. Apuntó que, si se trata de obtener una declaratoria de invalidez o conformidad de la conducta administrativa, debe prevalecer la jurisdicción contenciosa; igualmente, si las pretensiones son mixtas, es decir, si no se refieren a extremos exclusivamente agrarios o de desarrollo rural. Propuso, dicho autor, la necesidad de seguirse los criterios contenidos en la resolu-

ción no. 9928-2010 de la Sala Constitucional, así como la jurisprudencia de la Sala Primera. Sin embargo, el criterio que se sigue en este trabajo es que, conforme a la fuente jurídica referida, la norma analizada no es necesariamente contraria al Derecho de la Constitución.

Recuérdese, en el voto constitucional no. 9928-2010, ya comentado, se precisó que la importancia del contenido material de la pretensión, a efectos de dilucidar el órgano jurisdiccional competente, por materia, radica en la determinación del régimen jurídico aplicable. Lo anterior postula un reto implícito para el operador del Derecho; a saber, analizar, interlocutoriamente, cuál es el Derecho que rige el conflicto, de cara al análisis de las pretensiones. Es decir, no puede quedarse el asunto en determinar qué se está pidiendo, sino, además, cuál es el Derecho que resuelve la cuestión.

Naturalmente, en una etapa previa a la sentencia, no es esperable que se determine, con total certeza, cuáles son las normas que dan respuesta al conflicto. Lo anterior podría llevar a situaciones anómalas como adelantos de criterio, o bien, que la persona o Tribunal que le corresponda juzgar se vea vinculada por lo que se dijo antes sobre la normativa que rige la cuestión. Prudentemente, en cambio, debe el órgano que le corresponda determinar la competencia, realizar un ejercicio mesurado, pero fundado, a efectos de determinar cuál es el régimen jurídico, “previsiblemente”, aplicable. Es algo así, estima el autor, como la valoración provisional que se realiza al apreciar la existencia de un “*fumus boni iuris*”, para los efectos de una medida cautelar.

Así las cosas, pareciera que no es del todo contrario a la jurisprudencia constitucional, que una norma establezca qué situaciones y relaciones jurídico-administrativas pueden ser conocidas por los tribunales agrarios, siempre y cuando el contenido material de la pretensión se refiera a cuestiones “exclusivamente” agrarias y de desarrollo rural. In-

teresa, en este punto, resaltar los alcances del vocablo “excluir”. Según la RAE, tiene, entre otras, las siguientes dos acepciones: “Descartar, rechazar o negar la posibilidad de algo” (Real Academia Española, s.f., definición 2) y “Dicho de dos cosas: Ser incompatibles” (Real Academia Española, s.f., definición 3). Nótese que el legislador excluyó de la competencia agraria las cuestiones que, a pesar de referirse a extremos agrarios o de desarrollo rural, involucren otros aspectos del ordenamiento jurídico-administrativo. De lo contrario, no habría tenido sentido alguno que utilizase la expresión exclusivamente para delimitar el alcance que debe tener el régimen aplicable.

No debe pasarse por alto que el CPA contiene un requisito adicional, un tanto indeterminado, con respecto al origen subjetivo de la manifestación de la función administrativa, al asignar la competencia a los tribunales agrarios: Que la relación o conducta administrativa provenga del Instituto de Desarrollo Rural, o bien, del “instituto correspondiente”. Para interpretar esta última frase, debe tenerse en cuenta que el INDER, anteriormente tuvo dos nomenclaturas y constituciones legales diferentes. Primero, con la promulgación de la LTCO, se estableció como el Instituto de Tierras y Colonización, bajo una perspectiva de reforma agraria marginal; sea, de un Estado paternalista que promovió el acceso a la tierra a las personas campesinas, a efectos de procurar justicia, bienestar y paz social<sup>3</sup>. En

3 Sobre los tipos de reforma agraria, Bolaños y Corrales (2022), señalaron: “El autor Antonio García Nossa distingue tres tipos procesos de reforma agraria en el continente: La reforma agraria estructural que fue la que impulsó Cuba donde todos los derechos de tenencia de la tierra del país se cuestionan, se modifican, y en este caso pasan a manos del Estado (ello no excluye formas de propiedad personal, sobre algunos géneros de propiedad, más bien se refiere a los bienes de carácter productivo). Un segundo proceso de Reforma Agraria denominado por García como reforma agraria convencional de la tenencia de la tierra, que implica la reforma de estructuras arcaicas sobre todo en el campo, sin tocar necesariamente, otras formas de tenencia de la tierra a nivel urbano e industrial. En tercer lugar, la llamada reforma agraria marginal que se caracterizó por no modificar ni atacar la estructura de la tenencia de la tierra sino fundamentalmente por modernizar el campo y darle un papel activo al Estado para la colonización de zonas vacías mediante compra de tierra, respetando cualquier derecho de tenencia de la tierra existente. Las reformas agrarias con-

tal contexto, el instituto fungía, principalmente, como un repartidor de tierras. Luego, con la promulgación de la Ley que creó el Instituto de Desarrollo Agrario<sup>4</sup>, el instituto sufrió su primera transformación legal sustancial. Con la creación del IDA, se ha resaltado que se dotó al instituto de la seguridad económica que necesitaba para su funcionamiento (Rodríguez, 2008). Finalmente, en el año 2012, la organización y denominación institucional fue transformada nuevamente. Ahora, pasó a ser el Instituto de Desarrollo Rural, con una visión más holística de los aspectos que engloba el desarrollo rural sostenible, con una perspectiva inclusiva y no restrictiva a lo propiamente agrario, pues los proyectos impulsados por el Instituto no se limitan a la actividad agrícola y pecuaria. También pueden consistir en otras actividades que propicien bienestar social, crecimiento económico y un uso racional de los recursos naturales. A nivel orgánico, se creó el Fondo de Tierras y el Fondo de Desarrollo Rural (art. 38). Lo anterior, sin perjuicio de muchas otras particularidades de cada uno de los cuerpos normativos referidos.

En este punto, debe destacarse que esta es la Institución que, por excelencia, se ve inmersa en negocios jurídicos de naturaleza agraria; por los contratos de asignación (art. 67 LI) y arrendamientos (art. 50 LI) que suscribe con las personas que resultan beneficia-

vencionales fueron impulsadas en la región Andina en Perú y Bolivia y la reforma agraria marginal, se va impulsar en el área centroamericana y parte del Caribe de habla hispana en los años 50 y 60. La Ley de Tierras y Colonización costarricense corresponde más al modelo de la reforma agraria marginal, caracterizada por buscar la modernización del mundo agrícola, castigando las formas improductivas de tenencia de la tierra como el latifundio improductivo, el minifundio (artículos 141, 144) las formas indirectas de tenencia de la tierras (sic) como la aparcería y el arrendamiento (artículo 153) (...) En materia de política agraria utiliza los instrumentos de colonización y parcelación para ubicar a los campesinos sin tierra. Para no afectar de nuevo a los dueños de la tierra opta por aprovechar las reservas nacionales, o acudir a la compra de fincas y eventualmente la expropiación en aquellos lugares donde ya se ha presentado un conflicto de posesión de tierras. El Instituto de Tierras y Colonización, dirige el proceso en forma vertical, controlando las colonias y parcelamientos creados, que luego serán llamados asentamientos campesinos” (págs. 19-20).

4 Ley 6735. Crea el Instituto de Desarrollo Agrario (IDA). 29 de marzo de 1982. Colección de Leyes y Decretos. Año 1982, Semestre 1, Tomo 1, p. 178.

rias. Con ocasión de las relaciones jurídicas que se derivan de estos, naturalmente, surgen conflictos asociados a incumplimientos, procedimientos de revocatoria, entre otras vicisitudes. En ese contexto, no es difícil intuir que, muy probablemente, el legislador, al referirse al “instituto correspondiente”, vaticinaba una posible nueva modificación del Instituto de Desarrollo Rural. Es decir, atendiendo a la ratio legis y a una interpretación histórica y sistemática, del canon 2, inciso 12, del CPA, es muy razonable sostener que las relaciones y situaciones jurídicas a las que se refiere la norma son aquellas de naturaleza agraria, relacionadas al quehacer del INDER, mismo que es indiscutiblemente agrario, al punto que el Tribunal Agrario es el jerarca impropio bifásico de dicho ente, “en los casos de procedimientos administrativos de revocatoria de asignación y nulidad de títulos de propiedad, otras modalidades de asignación de tierras, así como de las resoluciones vinculadas al desarrollo rural...” (Art. 69 LI). En ese orden de ideas, “el instituto correspondiente”, a juicio del autor, no es otro sino el mismo Instituto de Desarrollo Rural, así como sus eventuales futuras transformaciones.

Conforme a lo que ha sido expuesto, se concluye, no hay razón para afirmar que los alcances correctos del artículo 2, inciso 12, del Código Procesal Agrario sean inconstitucionales. Ciertamente, su exégesis podría ser considerada como contraria a la jurisprudencia constitucional, si se lee de manera descuidada, sin considerar la doctrina que ha emanado de los altos tribunales de la Corte Suprema de Justicia. El requisito sine qua non que, conforme a tal fuente de Derecho, debe observarse para que cuestiones relacionadas a la función administrativa sean ventiladas en otras sedes, es, precisamente, el que enuncia la norma bajo análisis: que el contenido material de la pretensión se rija por el ordenamiento jurídico agrario y de desarrollo rural<sup>5</sup>.

5 En sentido lato, pues como es bien sabido, el Derecho Agrario sustantivo tiene preceptos especiales y otros que comparte con otras disciplinas como el Derecho Civil y el Mercantil. V.g., la usucapción común, se rige por el Código

## V. Postura del autor y conclusión.

Mal haría quien redacta estas líneas si omite manifestar que, en una visión muy personal, considera que no es adecuado entender que el constituyente estableció una única sede, dentro del Poder Judicial, como competente para ejercer la jurisdicción en materia contencioso administrativa. Lo que sí hizo fue asignar dicha atribución al Poder Judicial, siendo resorte del legislador decidir cómo distribuir el ejercicio de esa función, siendo esta la garantía constitucional individual plasmada en el texto fundamental. Así lo reconoció, en su momento, bajo la influencia del célebre magistrado Piza Escalante, la Sala Constitucional. De tal manera, se considera, debe evitarse la tentación de caerse en un dogmatismo teórico inflexible, que no admita posturas novedosas, sea a nivel de la jurisprudencia constitucional u ordinaria. Retos como la capacitación y la organización administrativa y presupuestaria del Poder Judicial son aspectos pragmáticos que deben ser puestos al servicio de la justicia y no viceversa.

Concluyo con una pregunta: ¿Qué gana una noble y honrada persona trabajadora que lleva años sorteando las inclemencias del tiempo y la indiferencia de la urbe, en compañía de su prole, unas cuantas gallinas, algunos perros mestizos que vienen y van, al socaire de un rancho de lata y madera, en una bella zona recóndita de estos 51.100 km cuadrados, con que se observe la más estudiada doctrina del Derecho Administrativo, desarrollada por finos desarrollos académicos – nacionales e internacionales –, si no tiene forma de acudir a Goicoechea, a defender sus derechos, costeando su patrocinio letrado, transporte y viáticos, cuando existe otra “jurisdicción” que podría acudir al lugar del conflicto, en compañía de una defensa pública y gratuita, aunque fuera, al

Civil, lo mismo que las figuras de la accesión y mejoras, al definirse el estado posesorio. En cambio, hay normas especiales de la materia, como lo son las que se contemplan en la Ley de Tierras y Colonización, con respecto a la posesión en precario de tierras.

final, para no darle la razón? ¿Qué se adapta mejor al acceso a la justicia? No creo que el dogma, sino la empatía.

## Bibliografía

Bolaños, C.A., & Corrales, M.F. (2022). Evolución de las políticas públicas y la legislación agraria en Costa Rica: impacto en la tenencia de la tierra y el desarrollo rural (A 200 años de independencia). *Revista de Ciencias Jurídicas*, (15), 1-31.

Artavia, B. (2017). *Teoría General del Proceso* (3ª ed.). Editorial Jurídica Faro S.A. San José, C.R.

Ballar et al (1992). *La Integración para un Proceso Contencioso Administrativo Agrario*. Derecho Agrario Costarricense. Ed. Ricardo Guerrero y Kathya Rodríguez (San José, ILA-NUD).

Cambroner y Barahona (2015). Deslinde de Competencias entre las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa: discrecionalidad administrativa. *Revista de Ciencias Jurídica*. 137.

Hernández, M. (2007). *Fisuras, Desafíos y Mutaciones del Estado de Derecho y el Derecho Público*. Editorial UCR. San José, C.R.

López, G. (2011). *Curso de Derecho Procesal Civil Costarricense*. ISOLMA S.A. San José, C.R.

Parajeles, G. (2010). *Introducción a la Teoría General del Proceso Civil* (3ª ed.). Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, C.R.

Real Academia Española. (s.f.). Excluir. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 13 de julio de 2023.

<https://dle.rae.es/excluir?m=form>

Rodríguez, G. *El Instituto de Desarrollo Agrario y sus 47 años de Historia*. Instituto de Desarrollo Agrario.

[https://www.inder.go.cr/servicios/centro\\_documentacion/index.aspx](https://www.inder.go.cr/servicios/centro_documentacion/index.aspx)

## Legislación

Asamblea Legislativa. Código Procesal Agrario [CPA]. Ley 9609 de 2018. 27 de setiembre de 2018 (Costa Rica).

Asamblea Constituyente (1949). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. [https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871](https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871).

Asamblea Legislativa. Ley 9036. Transforma el Instituto de Desarrollo Agrario (IDA) en el Instituto de Desarrollo Rural (INDER) y Crea Secretaría Técnica de Desarrollo Rural. 11 de mayo de 20012. D.O. La Gaceta, No. 103

## Resoluciones

Resolución 3905-1994 (03, agosto, 1994). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución 6922-2010 (16, abril, 2010). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución 9928-2010 (09, junio, 2010). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución 183-1990 (31, octubre, 1990). Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

# TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO LABORAL, DENTRO DEL ESTADO SOCIAL

*TRANSFORMATION OF LABOR LAW, WITHIN THE  
SOCIAL STATE*

**DR. ERIC BRIONES BRIONES<sup>1</sup>**

- Abogado y Notario Público. Máster y Doctor con especialidad en Derecho Laboral.
  - Académico e investigador universitario.
  - Profesor de la Universidad Escuela Libre de Derecho, por más de 15 años.
- Escritor de múltiples ensayos y libros, tanto a nivel nacional como internacional.
  - Creador del Canal de YouTube: "Gotitas Laborales".

<sup>1</sup> Agradecimiento a **Paula Siles long**, estudiante de la Universidad Escuela Libre de Derecho, por la colaboración prestada en la publicación del presente.

# TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO LABORAL, DENTRO DEL ESTADO SOCIAL

## TRANSFORMATION OF LABOR LAW, WITHIN THE SOCIAL STATE

### Resumen

El presente ensayo, recoge parte del capítulo 11 de la tesis doctoral del autor, denominada: "Hacia un cambio de paradigma del sistema sancionatorio costarricense por infraccionalidad laboral", en donde se pretende resaltar la relación que existe entre la conformación inicial del Estado, con el Derecho, como parte fundamental de su cohesión, para finalmente y de manera específica, reseñar la importancia dentro del campo del Derecho Laboral, la transformación del mismo, producto de las nuevas realidades que está provocando la ciencia y la tecnología, de cara a la globalización, junto con la desmedida avaricia humana. Esto en memoria del Profesor, don Román Solís Zelaya de grata memoria, tanto en el campo jurisdiccional, como académico, en donde como refirió en diversas de sus sentencias, se debe mantener el interés público, con orientación social.

### Abstrac

This essay collects part of Chapter 11 of the author's doctoral thesis, entitled "Towards a Paradigm Shift in the Costa Rican Sanction System for Labor Infringements." Its purpose is to highlight the relationship between the initial formation of the State and the law as a fundamental part of its cohesion. Furthermore, it specifically reviews the importance of transforming Labor Law within the context of the new realities being brought about by science and technology, in the face of glo-

balization and excessive human greed. This is done in memory of Professor Román Solís Zelaya, who is fondly remembered for his contributions in both the judicial and academic fields. As he stated in several of his rulings, it is essential to maintain public interest with a social orientation.

### Palabras claves

Estado Social. Derecho. Transformación del Derecho Laboral. Tecnología. Ciencia. Globalización.

### Keywords

Social Status. Law. Transformation of labour law. Technology. Science. Globalization.

### Sumario

I. Introducción. II. Sobre el Estado. a. Función Estatal. b. La interrelación socio jurídica. c. La realidad actual. III. Conclusión IV. Bibliografía

### I. Introducción

El presente lleva como fin, un acercamiento teórico-práctico entre el Estado y su relación con el Derecho y específicamente con la protección de los derechos laborales, máxime en estos tiempos, en donde merced al transcurrir desmedido de las tecnologías y una desmedida voracidad humana, los derechos laborales, están sufriendo una transformación, en cuanto a la protección que

fue pensada originariamente, dentro de los diversos Estados Sociales de Derecho; quedando así en muchos casos descubiertas de tuitividad, las relaciones diarias entre las personas trabajadoras y empresarias, consecuencia de la falta de regulación oportuna.

De allí, que sea preciso - y en memoria del Dr. Román Solís Zelaya, como ex magistrado, amante de la protección social de los derechos, como lo reflejaron sus diversas sentencias- recordar el nacimiento del Estado y su relación con el Derecho, dentro de un entorno, proteccionista de la humanidad y específicamente dentro del campo laboral.

Se advierte a los lectores, que lo aquí externado es a título personal y académico, sin que signifique sea el pensamiento, de las organizaciones a las que pueda pertenecer el autor. Amén, para evitarse la sobrecarga gráfica que supondría utilizar o/a, en el presente, se ha optado por emplear el masculino genérico clásico, sin que signifique discriminación o desconocimiento de las políticas de género existentes.

## II. Sobre el Estado

A través de la historia, se ha utilizado al Derecho, como fundamento legitimador para sobreponer los intereses colectivos sobre los individuales, mediante la coacción racional; que en palabras del Profesor Francés, Pierre Bourdieu, vendría a significar las diversas posiciones que ocupan los individuos al relacionarse entre sí; merced al capital de naturaleza económico, cultural, social o simbólico, bajo la sobreposición del Derecho que no es más que una herramienta al servicio de los dominantes (2001: p. 165).

Pero sin que ello signifique, que ese servicio, es en referencia a un determinado grupo homogéneo entre sí; sino más bien hacia el conglomerado humano, para poder sobrevivir, ante su naturaleza frágil a las condiciones extremadamente precarias del mundo. Por lo que ha aprendido a convivir en unidad, agrupándose y asentándose en un lugar de-

terminado (teoría natural).

Caracterizándose -por ende- el Estado Moderno, por los siguientes elementos: a) El Ejército: como organización ágil y con logística, que vino a provocar el mantenimiento de la cohesión cultural y social de los grupos; b) Entidad territorial: Referida al medio físico, necesario para la sustentación del Estado; c) Elemento humano: es decir, el pueblo; d) Unificación jurídica: El Rey o Gobernante al interior de su Estado por medio de usos y costumbres, empieza a sistematizar el Derecho como parte del elemento racional; es por lo que, puede afirmarse que el Estado vino a significar como una especie de unidad de poder, compuesta de varios factores (territorio, población, voluntad, burocracia) y con voluntad continua por parte de su población de seguir conformando dicha estructura, de ahí la relevancia del Derecho en dicho cometido<sup>2</sup>.

Siendo entonces, el Derecho de la disciplina que sea que regule, el llamado a convertirse en un instrumento práctico de contención de las relaciones sociales en procura de la armonía y conjunción que debe existir entre los diversos actores que conforman el núcleo social o los diversos campos de acción.

### a. Función Estatal

Mediante la unión de los elementos referidos, el Estado va a cumplir una función que no se daba en las *polis*, ni en el imperio, ni dentro del sistema medioeval y es precisamente la cultural; sea la de fomentar a lo interno, la homogeneidad, la identidad, la solidaridad y la creatividad de la población. Que en palabras del chileno Humeres Noguera (p. 60), no es sino, la conversión en un órgano vivo, que debe estar atento a las necesidades de quienes lo conforman, en especial de los más débiles, para obtener una mejor convivencia humana. Esto ha desencadenado,

<sup>2</sup> Briones Briones, E. (2016). Hacia un Cambio de Paradigma del Sistema Sancionatorio Costarricense por Infracción Laboral. Editorial Master Lex. San José, Costa Rica. P.86 y siguientes

en Estados que abogaron por el liberalismo político o por una intervención con medida, basadas en el Derecho.

Doctrinariamente, desde comienzos del siglo pasado, el teórico político inglés, Harold Laski (1932), vino a considerar que la función del Estado, le significaba a sus miembros un bienestar social, en donde va a juzgársele de acuerdo con las funciones que se desempeñan a nivel práctico:

**Surge el Estado como una organización que capacita a los hombres para que logren el bienestar social. Sus funciones se encaminan, por supuesto, necesariamente, a destacar una determinada uniformidad en las conductas (...) la fuente efectiva de la actividad del Estado radica en el número reducido de hombres cuyas decisiones obligan, legalmente, a la comunidad (...) Su misión estriba en interpretar las necesidades sociales y traducirlas en los moldes de una reglamentación positiva. El fin del Estado se personifica en su voluntad (...) Nuestra adhesión suprema va siempre hacia el ideal; y el poder legal que solicita nuestra lealtad, para que ésta, a su vez, nos encadene a su servicio, está condicionado por el fin y el contenido que descubrimos en sus esfuerzos (...) El interés idéntico de los hombres, en cuanto al resultado de su funcionamiento, supone, de ese modo, la existencia de un Estado responsable. No posee éste el poder, sin límites ni condiciones. Precisamente posee el poder porque tiene que realizar ciertos deberes. Existe el poder para proporcionar a los hombres, por lo menos en forma potencial, la capacidad necesaria para perfeccionar su existencia. Se le juzga, no por lo que representa en teoría, sino por lo que cumple en la práctica. El Estado aparece sujeto, por eso, a una prueba moral de aptitud y suficiencia. Sus decisiones no son justas a priori. Emite órdenes con la firme voluntad de hacer posible la expresión de los impulsos que enriquecen la vida colectiva. Resulta peligroso, por eso, exagerar sus poderes en este respecto. Ningún Estado conduce, por sí mismo, directamente a la felicidad de sus miembros. Pero**

**resulta igualmente peligroso menospreciar la influencia de que puede disponer para la realización de esos fines** (pp.14-17. Resaltado no es del original).

Con respecto a dicho bienestar generado dentro del marco de funcionalidad, ha mencionado Porrúa (1979, p 407-408), que Rousseau, dentro de su concepción teórica contractualista, consideraba que el hombre había nacido libre. Y, sin embargo, en la actualidad, se encuentra encadenado, o sea, sujeto a la disciplina que supone el vivir dentro de un orden estatal, esto a cambio de obtener si bien una libertad más restringida teóricamente, pero sí más eficaz, al estar garantizada por el Estado. Este acuerdo de las personas para ceder su libertad natural, hace que la obediencia a la ley, sea una manifestación de la libertad, pues haciendo uso precisamente, de esa libertad es como las voluntades se han puesto de acuerdo, dando vida al contrato social<sup>3</sup>.

Entonces, la justificación de la existencia del Estado estriba, en que los individuos mediante éste, les resulta fácil conservar el bienestar, realizar sus fines y lograr su desarrollo social, sobreponiéndose al resto de los seres vivos que conforman el globo terráqueo.

## **b. La interrelación socio jurídica**

El Dr. Pedro Haba (2011), en referencia a la relación entre el Derecho con la sociedad, ha señalado que al diferenciarse el primero de otras disciplinas que poseen rigor científico, es lo que provoca que este deba ser escudriñado, pero dentro de la vida social, a la cual, precisamente se debe (p.7). Y es que se entiende que el Derecho dentro de una sociedad, no es más que “un cuadro coactivo encargado de velar por el cumplimiento del mismo”, como lo expuso el Dr. Jorge Enrique Romero Pérez (2011, p.194).

<sup>3</sup> Si bien esta teoría ha sido criticada, no se debe desconocer el hecho de que, en la formación misma del Estado, ha intervenido de alguna manera la voluntad humana, guiada por la necesidad natural de que exista éste, ante la impotencia misma del ser humano para satisfacer sus necesidades.

Es, precisamente, que al estar -entonces- el Derecho en constante relación con la sociedad, con la política, con la economía, con la solución de los problemas cotidianos que demandan sus ciudadanos en diversos campos que no necesariamente están preconstituidos mediante una base racional, sino, por el contrario, bajo un sustento simplista, inconsistente y subordinado a aspectos ideológicos, es que pierde el contenido consustancial, para posicionarse en el campo de lo práctico, sacrificando su posible quehacer teórico que explique, precisamente, la génesis de dichas interrelaciones sociales (Haba, Antología del Curso Estado Social de Derecho, 2011, p.11).

Por su parte, el profesor, Mario Ramírez, ha precisado que el derecho no solo debe ser analizado únicamente desde la perspectiva dogmática, sino también desde la óptica de comprender el papel del Derecho dentro de la sociedad en evolución (Antología del Curso Estado Social de Derecho, 2011, p.64). Desde los anteriores puntos de vista, es que resulta necesario pasar de lo meramente dogmático y práctico, a un estudio centrado en la ubicación de las normas dentro de un determinado contexto social. Trascendiendo de lo meramente práctico e inmediato de apreciación normativa al campo sociológico.

### **c. La realidad actual**

No obstante, hoy en día, esta función en la solución de los problemas sociales, es cada vez más lábil de cara a la globalización<sup>4</sup>, al

4 Al respecto, señala Carlos Sojo, la existencia de dos elementos característicos que trae esta; por un lado, la desterritorialización y reterritorialización, los cuales influyen en el devenir social, así: "La desterritorialización se plantea en términos de la primacía de los movimientos privados por sobre los públicos referidos a los límites del Estado Nacional; esto quiere decir que los procesos económicos se dan muy por encima de las unidades nacionales. El mismo movimiento de bienes y de recursos sirvió también para que las personas atravesaran con más facilidad las fronteras. Por otro lado, el proceso de reterritorialización se asocia con la primacía de lo local. El proceso de globalización relanza el escenario local como escenario productivo, como escenario de toma de decisiones y como escenario de vida social en su conjunto. Entonces, el debilitamiento del Estado-nación tiene en común el fortalecimiento de flujos transnacionales, pero

desarrollo tecnológico desmedido por medio de la ciencia y a la apertura de mercados a nivel mundial, a que se está viendo sometida la humanidad; en donde el mundo se vuelve más pequeño, deja de ser inalcanzable; se rompen las barreras del tiempo y el espacio; en los mercados laborales, hay nuevas posibilidades, como la retribución económica, por medio de la moneda virtual; los procesos productivos llevados a cabo, por la inteligencia artificial y la robótica son el presente y el futuro; en donde los seres humanos mediante la revolución tecnológica digital, saben lo que está pasando en cualquier parte del mundo y a cualquier hora, con lo que se provoca una intromisión constante dentro del ámbito de la privacidad e intimidad humana.

Pareciera que hoy el Estado, dentro del llamado neomodernismo, está perdiendo dicho norte y se está produciendo una evolución hacia un conglomerado supranacional, en donde se están comprendiendo nacionalidades distintas en su interior y dentro del campo de lo laboral, se están dando transformaciones que bien podrían estar atentando contra el concepto internacional del trabajo decente, en procura de la mayor obtención de ganancias a costa de derechos fundamentales y que, por tanto diluyen el concepto de soberanía del país, prevaleciendo las políticas transnacionales, por encima del mismo Estado nacional.

El bienestar general para el que fue creado el Estado, se está poniendo en tela de juicio, con la nueva concepción globalizada del mundo tecnócrata y científico. Ilustrando el profesor Pacheco Fernández, esta transformación de la siguiente manera:

La empresa moderna tiene una divisa única: la eficiencia, entendiéndose el crecimiento continuo de la riqueza, es decir, máximas ganancias, en beneficio de la empresa misma. Esta ley del comportamiento de los tecnócratas

también el fortalecimiento de dinámicas locales que a veces son también transnacionales" (Antología del Curso Estado Social de Derecho, 2011, p.12).

que dirigen los negocios es decisiva y de importancia extrema, porque se desenvuelven en un mundo altamente competitivo en el que todo error se paga. El desperdicio, la ineficiencia, la ociosidad son intolerables. Contrasta esta actitud con la de la vida pública en la que -muy a nuestro pesar, hemos de reconocerlo- la actitud complaciente y las utilidades mínimas, son regla. En las grandes compañías, las consideraciones ideológicas, el sentimiento nacional y los deseos de justicia sólo interesan, si repercuten en la eficiencia de la empresa (p. 217).

Pensamiento, éste, que, en Costa Rica, dentro de la disciplina del Derecho Laboral, cada vez más, se comprueba que está ocurriendo. Es, de esta manera, que el Estado del siglo XXI, se está haciendo cómplice con las grandes empresas, perdiendo así su soberanía<sup>5</sup> y permitiendo que se provoque la desregulación, la flexibilización dentro de los mercados laborales y proporcionando mediante políticas sociales destinadas a la educación, mano de obra calificada dentro de la competitividad comercial y tecnificada. Las empresas pareciera que ya no están subordinadas al Estado, en cuanto al cumplimiento de los fines de este, sino todo lo contrario, se invierten los papeles y mediante políticas internacionales prohijadas por las grandes transnacionales, el Estado pasa a ser el principal cliente y proveedor de recursos humanos. Se viven tiempos de contradicción hasta lo que ahora se había estilado, por ejemplo, en el siglo pasado, dentro de una legislación laboral nacional, que precisamente este año cumple 80 años de existencia.

### III. Conclusión

Si bien se ha avanzado en cuanto a materia de comunicaciones, tecnología, investiga-

---

<sup>5</sup> En este sentido el profesor Alain Supiot, ha considerado este período como de incertidumbre en donde también debido a la subida del sector terciario, la liberalización de los intercambios, la elevación y la diversificación de las calificaciones profesionales, la omnipresencia de las nuevas tecnologías, la individualización de los modos de vida, el aumento masivo del desempleo, la diversificación de las formas de empleo, están provocando una decadencia estatal (p. 64).

ción y desarrollo del pensamiento, pareciera que la civilización está sumergida en un autismo; pues, siguen violándose los derechos más fundamentales como la vida, la protección de los desvalidos y los menos favorecidos, junto con la dignidad de la persona trabajadora y sus derechos con reconocimiento internacional, como consecuencia de las grandes invenciones científicas, posicionadas por la desmedida tecnología, producto de la revolución 4.0 y la avaricia propia del Ser Humano, en sociedad.

Cada vez nos damos cuenta, que, bajo un desmedido afán de riqueza -sin distribución igualitaria- el Derecho Laboral, se está transformando hacia una desregulación, en donde ya no está habiendo respuesta a las necesidades que se dan dentro del ámbito de la comunidad internacional. Muchos institutos jurídicos que hoy se tienen en el país, están quedando desfasados, sin soluciones a las actuales necesidades, que deparan estos tiempos distintos a los del siglo pasado, producto del *aggiornamento* de la ciencia y la tecnología, que vienen a introducir a los robots, a la inteligencia artificial, a las remuneraciones mediante monedas virtuales, al metaverso y un mundo sin fin, que va a toda proa a contrapelo del Derecho que queda en la popa, como lo refirió el profesor chileno Eduardo Novoa Monreal. Es que, la nueva realidad generacional, corre más de prisa, que el mismo Derecho, no llegando así a cumplir este su papel de regulación de manera precautoria.

Es que, en vez de aprovecharse la tecnología al servicio del ser humano, para hacerle la vida más fácil y cómoda, pareciera que este más bien está al servicio de la misma; provocando y abogando por resucitar dentro de la producción, institutos caducos, que en muchos casos podrían venir a significar un retroceso de los derechos laborales, conforme a la normativa internacional de la OIT, supuestamente vigente y reconocida a nivel interno por Costa Rica. Es decir, se está perdiendo la naturaleza por el que fue concebido el funcionamiento estatal, que es, preci-

samente, el crear armonía y bienestar entre sus habitantes, respondiendo a sus necesidades, dentro de una posible equidad y generación de satisfacción individual.

Es por lo que ante esta realidad -como humanidad- tenemos como reto, sobre posicionar al ente estatal, mediante medidas de carácter tuitivas, repensadas y adaptadas a estos tiempos, para hacer prevalecer y poner de pararrayos la normativa de carácter social y de dignificación de los derechos del ser humano, dentro de esta vorágine que por ser su norte principal “la voracidad y la desigualdad”, más temprano que tarde podría llegar a chocar o redireccionarse por su misma deshumanización (específicamente dentro del campo de la laboralidad), como la historia nos lo ha enseñado, a través de las 2 guerras mundiales, que se suscitaron en el siglo pasado, precisamente consecuencia de la falta de distribución de la riqueza y de la confianza mundial; en donde el hombre se convirtió lamentablemente en lobo del hombre, como lo refirió en el Leviatán, el filósofo inglés, Thomas Hobbes. Sin olvidar que, los seres humanos debemos aprender de los errores del pasado; sino estamos condenados a sufrir nuevamente de los mismos, sin que nadie nos certifique, que pueda ser por partida doble. Como dijo, el filósofo Baruch Spinoza: “Si no quieres repetir el pasado, estúdialo”.

Cuestiones como estas -y otras que hoy por hoy, se suscitan, de cara a los 202 años de celebración de nuestra independencia patria- son retos a enfrentar, haciendo un llamado de conciencia, desde todos los estrados, para hacer las cosas diferentes, en donde mediante formulaciones teóricas/prácticas, se haga posible un equilibrio de las políticas públicas, como parte de la razón misma de ser de todo Estado, en sinergia con los derechos de las personas, dentro de un contexto pro homine.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Bourdieu, P. (2001). Poder, Derecho y Clases Sociales, 2da edición. Editorial Desclée de

Brouwer, S.A. 2000, pp. 232.

Briones Briones, E. (2016). Hacia un Cambio de Paradigma del Sistema Sancionatorio Costarricense por Infracionalidad Laboral. Editorial Master Lex. San José, Costa Rica. Pp. 529.

Humeres Noguer, H. (2009). Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tomo 1. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 495.  
<http://vlex.com/source/derecho-trabajo-seguridad-social-tomo-i-5490#ixzz1MH024CIC>.

Laski, H. J. (1932). El Estado Moderno, sus Instituciones Políticas y Económicas. Librería Bosch, Ronda de la Universidad, (2a. ed.). Barcelona. Pp. 359.

Pacheco Fernández, F. (2007). Introducción a la Teoría del Estado. Euned, (8a. reimpr. de la 2a. ed.). San José, Costa Rica. Pp. 232.

Porrúa Pérez, F. (1979). Teoría del Estado. Editorial Porrúa, S.A, 13 ed. México, D.F. Pp.525.

Supiot, A (2008). Derecho del Trabajo. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires. Argentina. Traducción de Patricia Rubini-Blanco. Pp.127.

## **Resoluciones**

Resolución No. 00378 (2007, 24 de mayo). Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución No. 00771 (2008, 18 de noviembre). Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución No. 1261 (2009, 10 de diciembre). Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución No. 00478 (2020, 21 de febrero). Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

# ¿ES FUNCIONARIO PÚBLICO EL FEDATARIO PÚBLICO? *IS THE NOTARY PUBLIC A PUBLIC OFFICIAL?*

**DR. ALBAN BONILLA SANDÍ**

- Licenciado en Filosofía, Universidad de Costa Rica.
- Doctor en Derecho, Universidad Escuela Libre de Derecho.
  - Catedrático Universidad Nacional.
  - Catedrático Universidad Escuela Libre de Derecho.
  - 43 años de docencia universitaria.
- Ha sido Decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional, Presidente de Carrera Académica de la Universidad Nacional, Presidente y Secretario Ejecutivo del Consejo de Facultades Humanísticas de Centroamérica, Director Académico del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, Director Ejecutivo de la Unidad de Rectores de Universidades Privadas de Costa Rica (UNIRE), Director Ejecutivo del Sistema de Acreditación de Carreras Universitarias Privadas (SUPRICORI) y Coordinador de la Comisión de Ética del Consejo Superior Notarial.

# ¿ES FUNCIONARIO PÚBLICO EL FEDATARIO PÚBLICO?

## IS THE NOTARY PUBLIC A PUBLIC OFFICIAL?

### Resumen

Ha existido una discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza de la persona que ejerce el notariado en Costa Rica. Esta discusión se resume en este ensayo, y finalmente fue zanjada por la Sala Constitucional decantándose por la opción según la cual el notario es un profesional liberal que ejerce una función pública y no es un funcionario público, desde luego la resolución tiene efectos jurídicos.

### Abstract

There has been a doctrinal and jurisprudential discussion on the nature of the person who exercises the notary profession in Costa Rica. This discussion is summarized in this essay, which was finally settled by the Constitutional Chamber, opting for the establishing the notary as liberal professional who performs a public function and not a public official. Of course the resolution has legal effects.

### Palabras clave

Notario público, función pública, funcionario público, responsabilidad objetiva, consecuencias, Estado, status penal.

### Keywords

Public notary, public function, public official, strict liability, consequences, State, criminal status

### Sumario

I. Introducción. II. Naturaleza de la persona notaria pública. III. El notario no es funcionario público. a. El notario no es funcionario público.

b. El notario es funcionario público. IV. Análisis del voto. V. Conclusiones.

### Abreviaturas

CN: Código Notarial

IDOCEN: Instituto Costarricense de Derecho Notarial

DNN: Dirección Nacional de Notariado

LGAP: Ley General de la Administración Pública

UINL: Unión Internacional de Notariado Latino

UCR: Universidad de Costa Rica

EUA: Estados Unidos de América

### I. Introducción

Si bien es cierto el artículo 1 del Código Notarial (en adelante CN) señala que el notariado es una “función pública” ejercida por el “funcionario habilitado”, el mismo artículo dice que es “ejercida privadamente”. Ésta sola mención hubiera bastado para dar por saldada la discusión de si el fedatario público es o no un funcionario público en Costa Rica, entendiendo que fedatario público “... es quien da fe pública, tal como lo hace el notario y otros funcionarios, cuando se trata de cuestiones extrajudiciales”, como indica la doctrina establecida por el Gobierno mexicano.

Entonces el uso reiterado del término “funcionario” ligado a la naturaleza de la “función pública” ha generado no pocas contro-

versias, no sobre la naturaleza de la función, que esta es materia pacífica, sino sobre la naturaleza de quien la ejerce. Empezando por la definición misma de funcionario, que según la Real Academia es la “Persona que desempeña profesionalmente un empleo público” que si la concordamos con la opinión de Romero Pérez entiende por empleo público “como la función pública y se refiere al régimen jurídico que regula las relaciones del Estado, como patrono, y sus empleados, bajo el marco del Derecho Administrativo”, pondría pie a la duda de si el notario público es o no funcionario público o si por el contrario se trata de un profesional liberal que ejerce una función pública por delegación (que no concesión) del Estado.

Y esta determinación tiene consecuencias de diversa índole: administrativas, civiles, penales e incluso fiscales. De ahí la importancia de esclarecer doctrinariamente (ya jurisprudencialmente está zanjada la discusión) la discusión sobre la naturaleza de la persona que ejerce el notariado e incluso otras que sin ser notarios tienen fe pública como los Contadores Públicos Autorizados, los Médicos, etc. , puesto que calificar al notario público como funcionario público como lo hizo la Sala III en su momento, podría significar que el Estado tendría responsabilidad objetiva con relación a sus actuaciones, podría significar también quitarle a la inscripción como notario de su carácter vitalicio, y otras implicaciones que desarrollaremos en este artículo.

## **II. Naturaleza de la persona notaria pública**

Muñoz (1989) considera que la fe pública el Estado la delega por una necesidad social, como la de darle fijeza, certeza y relevancia a las relaciones jurídicas privadas. Normalmente, la fe pública está en el notario. Pero el hecho de que la función fedataria sea pública y delegada por el Estado no convierte al notario público en un funcionario público. El notario público es un profesional privado que ejerce una función pública (fedatario),

en forma independiente, pero no es un funcionario público.

No todo servicio público lo ejerce directamente el Estado. Por ejemplo, el transporte público es un servicio público, que mediante concesiones se ha permitido que el sector privado se haga cargo de este servicio.

La determinación de si la condición de fedatario público convierte al notario en funcionario público o tiene sus implicaciones, especialmente en lo que respecta a las responsabilidades del notario y del Estado, al régimen aplicable y a los principios que presiden la actividad. Es decir, ésta no es una discusión aséptica.

En general en Costa Rica han existido dos posiciones claramente definidas: la de la Sala Tercera que considera que penalmente el notario es un funcionario público y los demás órganos del Estado, apoyados por la doctrina mayoritaria nacional, que consideran al Notario un funcionario privado, que ejerce una función pública. En cuanto a la doctrina extranjera, la situación es diferente, pues el tema no depende tanto del jurisconsulto, sino de la posición de los notarios en cada Estado. La situación de los notarios, con relación a este tema, dentro del ámbito del notariado latino no es homogénea. Hay países como Noruega o Rumanía en donde el notariado es una función jurisdiccional donde existe la figura de notario-juez asalariado, en donde claramente el notario es funcionario público. Y en otros países, sobre todo socialistas, donde el notario es un funcionario administrativo asalariado, como en Cuba. En los países de tradición latina (este trabajo versa sobre el notariado latino y no sobre el notariado el sajón, al que no nos referiremos, pues tiene características muy diferentes) es donde se ha presentado la discusión sobre el tema que trabajamos.

Según Villalba (s.f.) sobre este tema hay tres posiciones: a) el notario es un profesional. b) el notario es un funcionario estatal, y c) el notariado es una profesión con función públi-

ca; y concluye que "...puede considerársele un concesionario del servicio público de autenticación, con derechos y obligaciones regidos por un contrato de naturaleza similar al de función pública". El Magistrado González (2004) no comulga con esta tesis: "El notariado no es una concesión del Estado. El taxista presta un servicio público, pero no tiene poder sobre el usuario. El notario tiene una esfera de poder, en la medida en que tiene la competencia para convertir en público los actos celebrados entre privados, con el carácter y los efectos jurídicos que todos conocemos".

Varios autores coinciden en la clasificación de VILLALBA WELSH, aunque agregan sus propias caracterizaciones, que se resumen así:

1) Notario Profesional: No es un funcionario público porque no es función del Estado redactar instrumentos que prueben el tráfico jurídico privado, es más propio de las funciones liberales. El nombramiento del notario se realiza por la sola acreditación de haber cumplido con los requisitos establecidos por la ley, no hay demarcación territorial y el número de profesionales es ilimitado (EUA, Suecia, Gran Bretaña).

2) Notario como funcionario estatal: Los que consideran que el notario es un funcionario público porque ejerce una función que sólo el Estado puede atribuirle, y en consecuencia actúa en su nombre, realiza una función rogada (carece de voluntad para determinar los términos del contrato con el cliente. Pueden ser de dos tipos: el notario funcionario estatal y el notario funcionario administrativo. Ambos son funcionarios públicos nombrados y pagados por el Estado.

3) Notario profesional investido de una función pública (imperan en la mayoría de países latinos, incluida Costa Rica). El notario es un profesional en derecho, que desempeña una función pública por delegación del Estado, siendo ésta esencialmente legitimadora y teniendo las escrituras fuerza aproba-

toría por sí. Hay dos variantes: a) notariado restringido, en donde el cupo de vacantes a asignar es limitado (España, Italia, Francia, Portugal, Panamá países sudamericanos) y b) notariado libre, por el número de vacantes ilimitado, sin demarcación geográfica, basta cumplir los requisitos (Costa Rica).

En Costa Rica encontramos la segunda y tercera posición:

### **III. El notario no es funcionario público.**

#### **a. El notario no es un funcionario público.**

La Corte Suprema de Buenos Aires (1998) resume la posición de quienes consideran que el notario público no es un funcionario público:

Si bien no cabe dudas de que el escribano como fedatario cumple una función pública por la investidura con la que el Estado lo somete a su superintendencia, es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público que permitan responsabilizarlos por las consecuencias de su desempeño. En efecto, no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integra, no está sometido al régimen de subordinación jerárquica que le es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración como puede serlo, en su medida, la remuneración. El escribano es un profesional en derecho, afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos. Aun admitiendo que la función fedataria sea la más trascendente de las que realiza el notario, no puede ignorarse que concurre con otras que no ostentan ese carácter y que son propias de su condición de profesional independiente; parece absurdo, entonces, que semejante dualidad se presente en quien se

pretende definir como funcionario público. Como igualmente inaceptable que, necesariamente sometido como tal a una típica subordinación disciplinaria, esta facultad del Estado pueda coexistir con el ejercicio de una superintendencia a cargo de organismos corporativos.

Este tema se discutió en la Asamblea Legislativa. Hernández (s.f.), de la Junta Directiva de la Unión Costarricense de Abogados, Comisión de Asuntos Jurídicos, 20 de abril de 1988: “Los contadores públicos tienen fe pública, y a nadie se le ha ocurrido decir que son funcionarios públicos. O sea, una persona puede tener fe pública sin que sea funcionario público. (...) Es una persona que el Estado le dio ese poder, pero no es un funcionario público”.

La Sala Constitucional, atendiendo a las características del notariado latino, considera que es incompatible la condición de empleado público con la de notario, lo cual significa no solo que por regla los empleados públicos no pueden ser notarios (salvo excepciones), sino que cuando ejercen privadamente (en la mayoría de los casos) por las razones apuntadas por la propia Sala no pueden ser considerados funcionarios públicos.

Las condiciones esenciales de la función notarial —independencia, imparcialidad y disponibilidad— no las puede cumplir un funcionario o empleado público, por una doble imposibilidad, la material y la jurídica, como son la superposición de horarios, el surgimiento del conflicto de intereses (de la institución para la cual labora y los de los clientes) y la imposibilidad material de tener oficina abierta, motivo por el cual la norma en cuestión —inciso f) del artículo 4 del CN— no es inconstitucional. Que el notario sea disciplinado por órganos del Estado, que preste un servicio público, no significa que sea funcionario público porque perdería su **independencia, imparcialidad y disponibilidad**.

Tan independiente, imparcial y disponible es el notario público según la concepción lati-

na, que tampoco es ni puede ser empleado de un particular, y ni siquiera se puede considerar un mandatario privado. El notario no es un mandatario de las partes, sino que realiza una función pública. Arguedas (2004) afirma que no puede ser mandatario porque “El mandato puede ser revocado, pero la función del notario no puede ser revocada, por eso no podemos considerarlo un mandatario. Además, el mandante instruye al mandatario, aquí el notario tiene una actitud distinta, las reglas le vienen de afuera, no del compareciente, es un asesor de acuerdo al artículo 1° del CN, es un funcionario público con carácter de asesor”<sup>1</sup>. Y en el mismo sentido se pronuncia la doctrina extranjera (1998): “El escribano no es mandatario de ninguna de las partes, es un funcionario a quien la ley autoriza a extender escrituras públicas y por tanto puede ser instado por cualquiera de ellas para cumplir su cometido”. Se concluye que el notario no es un mandatario del Estado, ni lo es de los particulares; no es empleado de nadie porque así perdería su independencia e imparcialidad.

En el mismo sentido de la Sala Constitucional se pronunció el Tribunal Contencioso-Administrativo (2001) “El Notariado es ejercicio privado de la función pública, por lo que los notarios no son funcionarios públicos”.

En sus **lineamientos**, sección de principios éticos del servicio notarial de la Dirección Nacional de Notariado leemos en su artículo 2° (2005) que dice que el notario debe tener conciencia de su función: “Tener conciencia de la naturaleza jurídica de la función pública ejercida privadamente”.

La doctrina nacional se inclina por esta tesis. Weisleder Weisleder (2004), Presidente del Instituto Costarricense de Derecho Notarial (En adelante ICODEN) explica que “Los notarios tienen una función delegada por parte del Estado. De manera originaria es una función puramente administrativa, pero el no-

<sup>1</sup> Olman Arguedas, comunicación personal, 18 de noviembre del 2004.

tario no es funcionario público". En la misma dirección amplía esta hipótesis el magistrado González de la Sala Primera (2004):

"No es funcionario público. No tiene un acto de investidura, no tiene una relación de dependencia, no tiene una remuneración del Estado. No engarza dentro de la figura de funcionario ni de empleado público conforme a la Ley General de la Administración Pública, en los artículos 111 y 112. Lo he calificado de un privado en ejercicio de funciones públicas. Es, como diría Don Eduardo, un número pública. Tiene fe pública, lo que permite una fiscalización del Estado. Es un profesional liberal."

Leída la doctrina nacional y extranjera lo mismo que su jurisprudencia, y las normas que regulan al notariado costarricense se han establecido las siguientes razones para considerar que el notario no es funcionario público:

1.1. Solo tiene control disciplinario de resultados y no de procesos por parte del Estado (DNN).

1.2. Régimen sancionatorio fundamentalmente judicial, aunque de naturaleza administrativa.

1.3. El Estado cautela la parte pública de su actuación, pero no la estrictamente profesional.

1.4. Su misión es asesorar a los particulares en sus negocios privados (es modelador de actos jurídicos).

1.5. Es elegido por el particular (carácter rogado de la función 6 y 36 CN) Los funcionarios públicos actúan oficiosamente o a petición de parte, y se imponen a las partes, en cambio el notario actúa mediante el principio de rogación, por lo que no se imponen.

1.6. Es pagado por el particular y no por el Estado. Los ingresos que percibe no forman parte del Erario. El Estado no hace ningún

aporte para que sean remunerados los servicios notariales, excepto en el caso del notariado consular y los notarios del Estado.

1.7. No tiene horarios.

1.8. No ejerce función administrativa, por eso sus actos no son recurribles en sede administrativa. No se requiere agotar vía administrativa para ir a sede judicial.

1.9. Sus actos no se discuten tampoco en sede contencioso-administrativa.

1.10. La licencia notarial es vitalicia (puede ser suspendido temporalmente, pero nunca pierde la licencia, no existe acto de despedido), la función pública es temporal (se jubila, renuncia, lo despiden).

1.11. El notario solo es titular, el funcionario público puede ser interino o propietario (titular) o nombrado electoralmente.

1.12. Carece de potestad de imperio. No puede imponer a las partes el contenido del instrumento.

1.13. Otros profesionales tienen fe pública y no por eso son considerados empleados públicos.

1.14. Su función no concuerda con la que indica el artículo 111 de la LGAP<sup>2</sup>.

1.15. Más bien tiene impedimento (que la Sala lo consideró una incompatibilidad SVC649-93) de ser funcionario público (4 inc. f CN).

<sup>2</sup> Inciso 1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva" Inciso 2: "A este efecto considérense equivalentes los términos 'funcionario público' 'servidor público' 'empleado público' 'encargado de servicio público' y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario". Inciso 3: No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común".

1.16. No es nombrado por el procedimiento para contratar un empleado público.

1.17. Tiene competencia territorial en todo el país, incluso fuera (32 CN): la mayoría de los empleados públicos tienen competencia territorial definida.

1.18. Realiza tarea de elaboración jurídica: recibe e indaga la voluntad privada de las partes, para sus fines privados, y le da forma jurídica al instrumento.

1.19. Cumple una tarea de conservación temporal del documento (51 CN): para el tráfico jurídico expide testimonios o copias certificadas.

1.20. Su oficina debe estar abierta al público, pero es una oficina privada (7 a. CN), no es propiedad del Estado.

1.21. El protocolo debe pagarlo y es propiedad del Estado (51 CN).

1.22. Su responsabilidad es personal y no hay responsabilidad objetiva del Estado por sus actuaciones. El funcionario público, en cambio actúa por cuenta del Estado y éste tiene responsabilidad objetiva por sus actuaciones. El Estado no es responsable por las actuaciones del notario.

En síntesis, la posición predominante es que la fe pública (que es función pública) está depositada en el notario que la ejerce privadamente, mediante delegación del Estado, con independencia funcional, aunque en forma disciplinada (es fiscalizado por la Dirección Nacional de Notariado (En adelante DNN) y ésta le prescribe Directrices y Lineamientos sobre la forma de ejercer la función, . Esto hace que no sea un funcionario público.

## **b. El notario es un funcionario público**

Aunque la Dirección Nacional de Notariado había sostenido en su Directriz N° 004-2000 del 20 de julio del 2000 que el notario es fun-

cionario público, en la misma directriz sostiene que no puede ser funcionario público, por las características particulares ya mencionadas.

En realidad, la única sede en la que se ha calificado, de manera consistente, al notario de “funcionario público” es la sede penal, especialmente en el VOTO 2004-01046 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las 9:22 horas del 27 de agosto 2004, redactado por el magistrado Arroyo Gutiérrez.

Transcribimos lo que interesa del voto, por el análisis que se hará:

“... al notario público se le considera un funcionario público, de acuerdo con los artículos 1° del Código Notarial y 111 de la Ley General de Administración Pública y 59 y 60 del Código Penal (**sic**). En este sentido, el artículo 1° del Código Notarial es muy claro al indicar que se trata de un funcionario público, pues si bien define el **notariado** como una “**función pública ejercida privadamente**”, de inmediato advierte que la persona que realiza esta actividad lo hace como “**funcionario habilitado**”. Asimismo, el numeral 111 de la Ley General de Administración Pública explica que el funcionario público lo determina la función específica que desempeña o presta una persona a la Administración y no tanto el ligamen a esta bajo un régimen remunerativo, imperativo, permanente o representativo. Sobre los alcances del concepto de funcionario público, vale recordar lo que esta Sala había dicho al respecto, al explicar que: “En efecto, la jurisprudencia de esta Sala reiteradamente ha señalado que el concepto de funcionario público es mucho más amplio en Derecho Penal que en otras áreas del ordenamiento jurídico, utilizando un criterio que la doctrina moderna señala como objetivo, según el cual lo que interesa es que se desempeñe una función que en su esencia es pública. Es entonces la naturaleza de la actividad y no su ligamen con la Administración lo que, entre otros aspectos, caracteriza al funcionario público (ver en es-

pecial las resoluciones de esta Sala NS. 103-F de las 10:30 hrs. del 2 de junio de 1989, y 104-F de las 9:15 hrs. del 27 de abril de 1990 donde se analizó exhaustivamente dicho concepto).” (**Sala Tercera de la Corte**, voto **No. 208-F** de 9:30 horas del 10 de junio de 1994). En otras palabras, lo importante en estos casos es el carácter “**público**” de la tarea o “**función**” que se desempeña y no si la persona que la realiza está sometida a un régimen especial -de orden laboral- con respecto a la Administración. De igual forma, de manera concreta se ha dicho que se considera funcionario público al **notario público** en virtud de la actividad o “**función**” que realiza, al decirse que: “En determinados tipos penales el legislador en forma clara y expresa exige alguna característica especial al sujeto activo, de modo que no es cualquier persona la que podría realizar el hecho para que se tenga por configurado el ilícito, como ocurre, por ejemplo, en los artículos 348 ibídem (funcionario judicial o administrativo), ó 350 ejusdem (abogado o mandatario judicial), etc. Sin embargo, en la descripción de los tipos penales aplicados al sentenciado no se exige ninguna condición especial para figurar como sujeto activo, en cuyo caso no es atendible toda la argumentación dirigida a demostrar que no puede ser autor de esos delitos porque no era Notario Público a la fecha de los hechos. Lo que sí prevé el artículo 357 de comentario es una agravación para el que comete el delito siendo **funcionario público** y utiliza su cargo para ello (...) debe señalarse que contrariamente a cuanto afirma el sentenciado, en realidad sí concurren en la especie condiciones para estimar que estamos en presencia de la agravación. **Al tenerse por demostrado que el imputado es abogado y notario público**, y que prevaleciendo de su condición de Notario Público, según el título que lo acreditó como tal, utilizando el protocolo que le otorgó por esa razón la Corte Suprema de Justicia, aún suponiendo que estaba suspendido al momento de sus actuaciones, **realizó varias escrituras de contenido falso, es claro que el imputado actuó prevaleciéndose de su condición de funcionario público y de los instrumentos que**

**al efecto tenía por ostentar la calidad de notario público.**” (**Sala Tercera de la Corte**, voto **No. 475-F** de las 8:50 horas del 27 agosto de 1993, el subrayado no aparece en el original)<sup>3</sup>.

#### IV. ANÁLISIS DEL VOTO

Invoca el voto de mérito el artículo 1° del CN que indica que “*El notariado público es la función pública ejercida privadamente. Por medio de ella, el funcionario habilitado asesora ...*”. Hay muchas funciones públicas que no son ejercidas por funcionarios públicos. La fe pública es ejercida por muchos profesionales liberales como los Contadores Públicos Autorizados, los médicos, ingenieros, topógrafos, traductores oficiales, administradores aduaneros, corredores jurados, notificadores, etc. El servicio de taxis y de buses por ejemplo son servicios públicos, y quienes los operan ejercen una función pública, hay en ello un interés público, incluso de carácter constitucional involucrado. El hecho de que el

3 Este voto lo que hace en realidad es reiterar una vieja tesis de la jurisprudencia penal costarricense, más inteligente que el voto 1046-04 transcrito: “Se estima como funcionario público a quien desempeñe una función que en su esencia sea pública. Será entonces la naturaleza de la actividad, y no su ligamen con la Administración; lo que caracteriza al funcionario público, y se señalan los casos del sujeto que concurre a formar la voluntad del ente, cuando lo represente frente a terceros, cuando se ejercen poderes de coacción, de autoridad y de certificación [...]. Es así como también se ubica y se admite hoy la realización de funciones públicas por particulares [...], pero tampoco podemos llegar al exceso de calificar como función pública toda aquella actividad de interés de la comunidad. “ Para evitar una inflación de esta figura jurídica, - se afirma en doctrina - no basta... con que un particular despliegue una acción encaminada a un fin de interés público, dicha acción ha de ser pública en su aspecto objetivo, pero también en su aspecto subjetivo, es decir, ha de ser atribuida por el Ordenamiento jurídico a la Administración Pública, como una potestad de ella, si bien admitiendo la transferencia del ejercicio de dicha potestad en favor de un particular a través de alguna de las técnicas legalmente admitidas “ [...]. En otros términos, resulta indispensable que exista un acto de delegación, ya sea por ley, reglamento, o incluso un acuerdo o contrato administrativo, mediante el cual la Administración Pública delegue en un particular el ejercicio de una función pública, como ocurre con los notarios, los sacerdotes de la Iglesia Católica, los contadores públicos autorizados, etcétera. Se requiere, entonces, una publicidad en la esencia de la función (aspecto objetivo) y al menos una delegación de una actividad pública administrativa (aspecto subjetivo) “ Ver resolución de la Sala Segunda Penal, No. 12-F de las 10,30 h de 27 de mayo de 1976. Compárese con resolución de la Sala Tercera de la Corte, No. 103 de las 10,30 h del 2 de junio 1989.

artículo hable de funcionario habilitado, no podemos desligarlo de la otra parte del artículo que necesariamente hay complementar pues indica **“ejercida privadamente”**. Un funcionario público ejerce una función pública públicamente, y no privadamente, el artículo 114 LGAP señala taxativamente que **“El servidor público será un servidor de los administrados”**, circunstancia ésta que no se presenta en los notarios públicos que tienen que vérselas con rogantes, no administrados, puesto que la categoría de administrado implica subordinación y relación con el Estado, y ninguno de los usuarios de los notarios tiene estas características, salvo el propio Estado cuando es parte de una Escritura, pero en este caso y precisamente por eso las Escrituras donde es parte el Estado solo las puede otorgar el Notario del Estado, que por definición sí es funcionario público pues se trata de un Procurador de la República.

Confunde la Sala función pública con funcionario público, pues en el notariado latino, al que pertenecemos, **la función** tiene doble naturaleza, no así la posición del notario que no tiene doble naturaleza. La función que realiza el notario latino tiene una doble naturaleza (pública y privada, es decir, actividad autenticadora y asesora) en negocios privados. La función autenticadora es pública, la función asesora es privada, y la materia siempre es privada, aun cuando una de las partes sea el Estado (ver artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública) .

La función pública la ejercen los notarios como fedatarios. Así reza el artículo 1º del Reglamento Notarial español, citado por Delgado De Miguel (1993): “Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclamen su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar”.

La doctrina costarricense es clara al decir

que “... el notario ejerce una función pública, a pesar de ser un profesional de carácter privado, es decir, sin relación de jerarquía con respecto al Estado. No puede ser considerado como funcionario público, ya que no cumple con las características propias de tal servidor, por lo que el efecto de sus actuaciones no es igual” (Infante, 2005).

Además, al interpretar el artículo 111 de LGAP la Sala lo pone a decir cosas que no dice, señala el voto: *“el funcionario público lo determina la función específica que desempeña o presta una persona a la Administración y no tanto el ligamen a esta bajo un régimen remunerativo, imperativo, permanente o representativo”*. Omite la sentencia decir que el servidor público presta sus servicios *“como parte de la organización”* (de la Administración), y resulta evidente que el notario público no forma parte del organigrama del Estado, pues una cosa es que la DNN sea un órgano de máxima desconcentración del Ministerio de Justicia y Paz y otra que los notarios sean funcionarios públicos, pues, como dijimos, operan por delegación, de la misma forma que los vigilantes privados son fiscalizados por el Ministerio de Seguridad, eso no los convierte en policías estatales.. Señala este artículo 111 LGAP que el funcionario público *“presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta”*, y si bien es cierto el notario actúa por delegación del Estado no actúa ni a su nombre ni por su cuenta, ni lo involucra. El Estado (en principio) no responde por los actos del notario, solo ejerce fiscalización por medio de la DNN y del Juzgado Notarial.

Es cierto que el notario tiene un acto de habilitación que le otorga la DNN, pero no es este acto de investidura el que convierte a una persona en servidor público, puesto que en el sistema hay entes públicos que realizan actos de habilitaciones sin producir *“servidores públicos”*, como lo son todos los colegios profesionales. El notario se INSCRIBE en la DNN y ésta lo HABILITA, pero eso no constituye un acto de investidura, sino de delegación. El Colegio de Abogados es un ente público no

estatal habilita a los abogados y no por eso son funcionarios públicos. De modo que no es ni la función ni la habilitación lo que hace a una persona funcionario público. La doctrina distingue entre investidura y habilitación (para distinguir funcionarios públicos de privados): “*La designación del servidor: se realiza a través de la investidura o nombramiento o elección. En este sentido la misma autora dice que cumple con una función pública mediante el acto administrativo llamado habilitación*” (Arias, s.f.). Sería impropio decir que el acto mediante el cual un funcionario se convierte en empleado público es un acto de habilitación, porque para conseguir la habilitación es suficiente cumplir con ciertos requisitos (un título habilitante, por ejemplo), en cambio para ser nombrado funcionario público eso no es suficiente o en ocasiones ni siquiera es necesario, por ejemplo, en el caso de los funcionarios designados por elección.

Y lo que es hermenéuticamente más grave, el artículo 111 LGAP, que es mal citado por la sentencia, señala que esto es “*con independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado o público de la actividad respectiva*” (el subrayado no es original); nótese que estos calificativos señalan **las actividades y no a las personas**, de modo que sí es relevante la relación orgánica que pueda tener la persona con la Administración para determinar la posición, y no su actividad. Y la remuneración del funcionario, no de la actividad sí es relevante para determinar su status, según la doctrina “El funcionario nace, crece, vive y muere a la sombra del presupuesto del Estado... y cuando viene la hora de la jubilación el presupuesto lo pensiona todavía” (Danés Y Torras, 1965), también lo son sus relaciones orgánicas, laborales, funcionales para establecer su posición. “La falta de relación de subordinación jerárquica, de sueldo pagado por el Estado y de responsabilidad de éste por los actos del escribano, son las notas más singulares que se han manejado para negar carácter de funcionario público al escribano” (Pelosi, 1980). “La remuneración: sin mayores comentarios se puede decir que entre el Estado y el Nota-

rio (salvo el notario consular o del Estado), no existe ninguna relación laboral y por ende no se recibe remuneración alguna” (Arias, s.f.). Es una función delegada, pero sin retribución por parte del Estado. La paga el particular. No es nombrado como se nombran los funcionarios públicos. No está inscrito ni en la jerarquía ni en la disciplina de los funcionarios públicos. No está sujeto al principio de legalidad como lo entiende el artículo 11 de la LGAP.

Nótese que el funcionario público actúa por cuenta del Estado, según el artículo 111 de la LGAP, citado, pero no analizado por la sentencia, en este caso “La representación, pues el funcionario representa al Estado por cuenta y riesgo del mismo. El notario no tiene esta posibilidad ya que realiza la función notarial por cuenta y riesgos propios, y eso se evidencia en la responsabilidad del mismo ya que el notario es el único responsable de sus actos y el Estado no responde ni solidaria, ni subsidiariamente” (Arias, s.f.). Habría que analizar las consecuencias que para el Estado tiene esta sentencia, pues, implica que el Estado tiene responsabilidad objetiva por los actos ilícitos del notario, cuando se han sentado responsabilidades penales.

Tampoco tiene el notario público poder de imperio como lo tienen los funcionarios públicos (tema abordado arriba). Todo poder implica una responsabilidad. Al notario no se le puede responsabilizar de un poder que no se le ha conferido. La doctrina administrativa así lo indica (1993): “Poder de imperio es el poder que tiene el Estado a través de sus servidores, de dictar actos que se les imponen a los destinatarios en forma inexorable, no pudiendo negarse éstos, a cumplir los mandatos o prescripciones que ordenan estos actos, dictados sin pedir consentimiento a los destinatarios, en virtud de la necesidad de realizar los fines de bienestar general, propios del Estado”. El notario no tiene una relación vertical con los comparecientes, sino horizontal, pues los comparecientes voluntariamente suscriben los instrumentos. Sorprende que un Voto que, en sede penal,

utiliza la analogía, expresamente prohibida en el artículo 2 del Código Penal, no haya invocado el artículo 112 inciso 4 de la LGAP que prescribe que *“Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos”*. No obstante, aquí tampoco cabría el abuso de la analogía, puesto que el sujeto *“dichos servidores”* se refiere a los *“obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración”* (artículo 112 inciso 2. LGAP), que se refiere a empleados propiamente públicos que hacen trabajos manuales (barre caños, electricistas, chóferes, mecánicos, etc.). Evidentemente el notario público no cumple las características de este tipo de empleados no calificados.

Por otra parte, señala el mencionado voto que los artículos 59 y 60 (sic) del Código Penal es el que endilga a los notarios el carácter de servidores públicos. Hay un evidente error de cita, pues se trata de los artículos 359 y 360 del Código Penal que se refieren a Falsificación de documentos públicos y falsedad ideológica, puesto que los artículos 59 y 60 del Código Penal se refieren a la ejecución condicional de la pena que es materia ajena al análisis subjudice. Estos descuidos muestran la ligereza con que el Magistrado Instructor, Arroyo Gutiérrez, trató el tema. Nuevamente fuerza la Sala sus argumentos, pues el artículo 359 no se refiere a los funcionarios públicos como únicos agentes de la *“Falsificación de documentos públicos y auténticos”*, puesto que este delito lo pueden cometer tanto personas privadas como públicas. La Sala al auto citarse especifica que *“En determinados tipos penales el legislador en forma clara y expresa exige alguna característica especial al sujeto activo, de modo que no es cualquier persona la que podría realizar el hecho para que se tenga por configurado el ilícito”* y, como se dijo el agente en el delito previsto en el artículo 359 puede ser tanto un funcionario público como uno privado. La misma Sala dice refiriéndose a los delitos que se analizaron que *“Sin embargo en la descripción de los tipos penales aplicados al sentenciado no se exige ninguna condición*

*especial para figurar como sujeto activo”*, entonces, si no se exige ninguna condición especial para ser sujeto agente del tipo penal en estudio ¿Por qué se empeña el Voto en sostener que de esos artículos se deriva la condición de funcionario público del notario? La única referencia que dicho artículo hace a los funcionarios públicos es en su segundo párrafo, que agrava el tipo penal; pero una cosa es una circunstancia de agravamiento y otra es encasillar el tipo penal como exclusivo de los funcionarios públicos (es violar el principio de tipicidad), y el artículo 360 se refiere al artículo 359, por lo que no agrega nada a lo dicho.

Citándose a sí misma, la Sala sigue diciendo: *“...lo que interesa es que se desempeñe una función que en su esencia es pública. Es entonces la naturaleza de la actividad y no su ligamen con la Administración lo que, entre otros aspectos, caracteriza al funcionario público”*. Según este criterio, por vía de ejemplo, todos los funcionarios del Aeropuerto Juan Santamaría son funcionarios públicos, porque prestan una función pública, aunque el servicio aeroportuario esté concesionado. Los dos elementos (naturaleza de la función y ligamen con la Administración) son esenciales para determinar la posición del notario como funcionario. Indudablemente la función notarial es pública, pero el notario no tiene una subordinación jurídica con la Administración, la que sólo realiza controles de resultados y no de procedimientos. Es un funcionario privado aquel a quien el Estado ha investido de fe pública reglamentada, y representa al Estado en esta función. No es funcionario en el sentido administrativo, sus resoluciones no son recurribles con los procedimientos administrativos, ni se discuten en la vía contencioso administrativa.

Declara la Sala que *“el concepto de funcionario público es mucho más amplio en Derecho Penal que en otras áreas del ordenamiento jurídico, utilizando un criterio que la doctrina moderna señala como objetivo, según el cual lo que interesa es que se desempeñe una función que en su esencia es*

pública". Si la moderna doctrina (que no cita la Sala, se exime de la prueba) señala que lo que convierte a un funcionario público es su función, sería interesante haber sabido por qué esa afirmación (de prueba pendiente) es solo aplicable al Derecho Penal, en donde las interpretaciones deben ser restrictivas, y no a otras ramas del Derecho. Y sobre todo porque son contrarias al Derecho Penal, por ser materia odiosa, las interpretaciones extensivas o analógicas.

Por otra parte, la única forma de conciliar la prohibición del artículo 9 inciso 3. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), que prohíbe a los funcionarios judiciales ejercer cargos públicos, con la permisón del artículo 5 inciso b. del CN, que permite a los jueces con menos de 3 meses de nombramiento, ejercer el notariado, es considerando que el notario no sea empleado público.

Además, tan privada es la actividad notarial que un notario público tiene prohibición para atender sus asuntos profesionales de particulares en las oficinas de la Administración Pública, instituciones estatales descentralizadas o empresas públicas estructuradas como entidades privadas, donde preste sus servicios (artículo 7 inciso a. CN).

Más bien la doctrina moderna, tanto nacional como extranjera, indica todo lo contrario. Oviedo (s.f.) indica que:

"El notario no actúa en representación del Estado, no tiene delegación de facultades directamente del Estado —o jerarca superior— sino sólo por imperio de ley, no tiene sueldo, la función autenticadora o certificadora no es pública, ni hay responsabilidad penal como un funcionario público. El notario no recibe ninguna retribución directa del Estado<sup>4</sup>, no recibe jubilación del Estado ni

existe responsabilidad del Estado por errores que provengan de la actuación del notario; por lo que no se le puede considerar un funcionario público".

Y agrega "...el que se considere a la función notarial como una función pública no implica que sea un servicio administrativo, y que el notario sea un funcionario público".

Gattari (s.f) hace una comparación entre lo que es funcionario público y lo que es un notario, precisamente para llegar a la conclusión de que en este no concurren las características de aquél. Dice que el **funcionario público** tiene una relación con el Estado proveniente de un acto de imperio unilateral del Estado, que es un nombramiento regido por el Derecho Administrativo, además sirve a la administración pública; está sujeto a una escala jerárquica; tiene un poder público compartido con otros funcionarios públicos, por lo que integra el cuerpo público y no en forma personal; el Estado es responsable por sus acciones u omisiones; goza de sueldo, goza de escalafón jerárquico; goza de vacaciones pagadas éste. En cambio, estas características no se presentan en los notarios, pues **los notarios** ejercen un oficio público (*munus publicum*) distinto al funcionario público por las siguientes razones: Su nombramiento tiene régimen especial (distinto del de los funcionarios públicos); presta servicios jurídicos a personas físicas y jurídicas, privadas o públicas; no existe jerarquía de ninguna especie: el poder fedante es personal y no lo tiene por estar incorporado, sino que está incorporado porque tiene poder fedante: no recibe sueldo del Estado, sino honorarios por su actividad (cobro éste que está completamente vedado a los funcionarios públicos). A los empleados públicos se les paga por salario y por eso no les aplica ningún arancel de Honorarios, por ser esos propios de los profesionales liberales, además los notarios no tienen ningún régimen de vacaciones pagadas por el Estado ni privado (pues la contratación por salario les está vedada); su régimen no tiene que ver con la administración pública. Finalmente dice que solo en países como Cuba y

4 "La prestación del servicio notarial lo pagan los usuarios de conformidad con la tarifa oficial, sin que los ingresos producidos entren a formar parte del tesoro público. Con el dinero obtenido los notarios quedan obligados a costear y mantener la totalidad del servicio, o sea, el Estado no hace ninguna clase de aporte pecuniario para la administración de justicia notarial" (ORTIZ RIVAS, Hernán. Op. Cit. Pág. 54)

China el notario es funcionario público. En el caso costarricense solo los cónsules (que son notarios por Ministerio de ley según el artículo 14 CN) y los Notarios del Estado (que son Procuradores) son funcionarios públicos, y estos ganan salario, son nombrados como funcionarios públicos, están jurídicamente subordinados a las jerarquías respectivas.

Con base en el caso anterior, es de señalar que la relación de los funcionarios públicos con el Estado es relación laboral, con independencia de que defina como estatutaria regida por el Código de Trabajo, pues en los funcionarios públicos concurren los tres elementos de la relación laboral: salario, prestación personal y subordinación. Los notarios no reciben ni salario del Estado ni de los otorgantes, reciben honorarios, si bien la prestación es personal, pero requiere de un aparato adicional que no se le exige al empleado público (como oficina privada) y si bien es cierto recibe instrucciones de la DNN (Lineamientos y Directrices) éstas versan sobre resultados y no sobre procedimientos (horarios, lugar del servicio, etc.)

Recientemente la Unión Internacional de Notariado Latino (en adelante UINL) (cito doctrina moderna) al formular LOS PRINCIPIOS DEL NOTARIADO LATINO formuló el siguiente postulado: "La función notarial es una función pública que el notario ejerce en forma independiente sin estar encuadrado jerárquicamente entre los funcionarios al servicio de la Administración del Estado u otras corporaciones públicas" (Pág. 48)<sup>5</sup>. De modo que función pública no se asimila con la de funcionario público. "Se aproxima el concepto dado por Zanobini, de que se trata del instituto del ejercicio privado de la función pública" (Pelosi, 1980). Arias (s.f.) lo resuelve de la siguiente manera: "El notario no es un empleado público ... es un auxiliar de la Administración Pública" , y en consecuencia puede ser público o privado, pues la auxiliaridad no prejuzga sobre la naturale-

za del empleo.

Para Garrido el notario ejerce una función pública, pero la actividad la realiza liberalmente, sin vinculación orgánica al Estado. Que el Estado lo discipline no significa que sea su empleado. También el Estado disciplina a los conductores de vehículos, por ejemplo, que deben realizar una actividad reglada (las leyes de tránsito) y no por eso a alguien se le ocurriría pensar que los chóferes son empleados públicos. Arias (s.f.) es del parecer que "... a fin de dotar a la Función Notarial de la necesaria independencia, el Notario ejerce su función en el marco de una profesión liberal que abarca todas las actividades no contenciosas. //// Por ello el Notario es un funcionario público —al menos en la dicción de las leyes españolas— pero sólo en tanto en cuanto ejerce una función Pública, pero sin que ello suponga su inserción en cualquier Administración Pública, ni su dependencia de la misma, ni siquiera del poder ejecutivo o judicial, fuera de los aspectos de control de su actuación o del resultado de su función. /// Y por ello es un profesional liberal, pero sólo en cuanto ejerce su profesión con independencia, pero sometida no exclusivamente a unos principios deontológicos propios de toda profesión liberal, sino a unos principios más estrictos derivados de las consecuencias públicas de su actuación".

La obligación notarial es de resultados, y el Estado se limita a controlar estos resultados, no los procedimientos, eso hace que el notario tenga la independencia de que no goza un empleado público, quien tiene control de resultados y de procesos.

Finalmente hay que señalar que la tesis de la Sala Tercera quiebra el esquema legal previsto para regular el ejercicio del notariado, pues según el artículo 9º del CN la responsabilidad civil del notario descansa en una Póliza de Responsabilidad Civil (anteriormente Fondo de Garantía), que no se exige a los funcionarios públicos por tener responsabilidad objetiva del Estado por los daños que provoquen con base en el artículo 1048 Có-

5 En: Memorias del Cincuentenario 1948-1998 de la Unión Internacional de Notariado Latino. Bs. As, 1998, Páginas 48 a 51

digo Civil. Al convertir la Sala Tercera al notario en un empleado público el Estado tendría responsabilidad objetiva por sus actuaciones, de modo que sería civilmente responsable, de tal suerte que una víctima no tendría que recurrir a la Póliza de Responsabilidad Civil para resarcirse, puesto que podría recurrir al propio Estado, de conformidad con el artículo 1048 del Código Civil, 191 y 201 de la LGAP. La póliza existe precisamente porque el Estado no responde al no ser el Notario funcionario público, de lo contrario la Póliza no tendría razón de ser.

Para el magistrado González (2004)<sup>6</sup> la hipótesis de responsabilidad objetiva del Estado por los daños que provoque el notario tiene fundamento en la resolución de la Sala Tercera.

La hipótesis de que haya responsabilidad objetiva del Estado por las actuaciones del notario no es “descabellada”, cuando es vencido en sede penal que lo considera funcionario público. Eventualmente sí, sí es viable que comprometa patrimonialmente al Estado. Más que por culpa in vigilando e in eligendo, muy característica de lo civil, sí habría más bien una instrumentalización del ejercicio en el cargo, lo que significa que estaríamos permitiendo a través de la habilitación para el ejercicio público de una función equis, a través de un funcionamiento anormal de la Administración con lo que denominamos la doctrina administrativista como un nexo de ocasionalidad causal que se traduce en la instrumentalización para la producción del daño. En la medida en que el Estado instrumentalice para la producción del daño, es decir, en la medida en que habilite a una persona equis para que esté en condición de realizar una determinada actividad y en el ejercicio de esa actividad realice daños lo podría perfectamente comprometer. Bajo el concepto del artículo 191 de la Ley General de la Administración Pública, en la instrumentación de la causa del daño, bajo

el concepto de nexo de ocasionalidad causal bien podría alcanzarse la responsabilidad del Estado. Habría que prever una posición restringida de los jueces”.

Tal parece que la relación costo beneficio social de la resolución de la Sala es muy alta, y más grave aún es que la Sala incurra en lo que algunos llaman legislación judicial o judicialización de la función legislativa, pues evidentemente la Sala se está extralimitando en sus funciones hermenéuticas.

## V. Conclusiones:

Del análisis *sub judice* se desprende la diferencia que existe entre una función pública y la persona que la ejerce. Desgraciadamente hay una serie de términos polisémicos que se ha confabulado para crear confusiones doctrinales y jurisprudenciales también. Es quizá el término “funcionario” a secas el que ha provocado jurisprudencia contradictoria, aunque no oscilante. Salvo en los casos señalados de los países socialistas, además de Rumanía y Noruega, el notariado latino tiene la tendencia a considerar al notario público como un profesional liberal, con todas las consecuencias que eso implica.

Aunque la Sala III resolvió, en su momento, que el notario era funcionario público en 2004, en un voto que no era sostenible ni de conformidad con los antecedentes de la misma Sala III (ignorando el voto 103 de la Sala III de las 10,30 horas del 2 de junio 1989, *ut supra*), ni con un análisis riguroso desde los principios y normas que informan el Derecho Penal, vino a ser la Sala Constitucional la que enderezó el yerro mediante Resolución N° 08043 – 2017, 14 años después. Desde luego este voto tiene consecuencias, tanto en el estatus penal del notario como en las responsabilidades del Estado y del notario.

Hoy día está claro que para el derecho costarricense el fedatario público no es funcionario público, siempre que ejerza liberalmente y no bajo otros esquemas, pues hay fedatarios que sí pueden ser empleados públicos y/o

<sup>6</sup> O. González, comunicación personal, 01 de diciembre de 2004

privados como los médicos, los topógrafos y otros. No así el notario público que tiene una incompatibilidad expresa para ser funcionario público en el artículo 4 inciso f. del CN.

## Bibliografía

Arias Sancho, M. (2001). La Dirección Nacional de Notariado como ente rector de la actividad notarial en Costa Rica. Tesis para optar al grado de licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José.

Armella, C. (1998). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. T.III, AD-HOC s.r.l., Villela Editor.

Danés Torras, D. (1965). El notario como funcionario, como técnico en derecho, consultor y asesor. En: Estudios de Derecho Notarial. Publicación de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España con motivo del Centenario de la Ley de Notariado Madrid.

Delgado De Miguel, J. F. (1993). La función notarial. En: VI Jornada Notarial Iberoamericana, Quito, 1993. Consejo General del Notariado, México.

Asamblea Legislativa de Costa Rica, Expediente N° 7764 Vol. 2

Garrido Cerda, E. (1995). Funciones públicas y sociales del notariado. En: XXI Congreso Internacional de Notariado Latino, Berlín. Gráficas Minaya, Guadalajara.

Gattari, C. (1997). Manual de Derecho Notarial, Ed. Depalma.

Gobierno de México. (s.f.). Fedatario público. Gobierno de México. <https://e.economia.gob.mx/glosario/fedatario-publico/#:~:text=Un%20fedatario%20p%C3%BAblico%20es%20quien,y%20juzgados%20en%20materia%20judicial>.

Infante Meléndez, G. (2005). Naturaleza Ju-

rídica del Notario Costarricense. Revista de Ciencias Jurídicas N° 106, San José, Enero-Abril.

Muñoz Céspedes, W. (1989). Ética Notarial. Colegio de Abogados de Costa Rica, San José.

Oviedo Sánchez, A. (2003). Delitos cometidos en sede notarial y su responsabilidad penal. Tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho, UCR, San José.

Pelosi, C. (1980). El documento notarial. Ed. Astrea.

Pelosi, C (1980). El documento notarial. Ed. Astrea.

Real Academia Española (2022). funcionario, ría. Real Academia Española. <https://dle.rae.es/funcionario>

VILLALBA WELSH, ALBERTO. "El Estado y el escribano. Naturaleza jurídica de la relación funcional". *Revista del Notario*, 529-626

## Resoluciones

Resolución No. N° 004-2000 (200, 20 de julio) Dirección Nacional de Notariado.

Resolución No. 293-2001. (2001, 19 de diciembre). Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

Resolución No. 12-F. (1976, 27 de mayo). Sala Segunda Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución No. 103. (1989, 2 de junio). Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Resolución No. 08043. (2017, 26 de mayo). Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

# SECCIÓN ESPECIAL ANECDOTARIO

**Con cariño para don Román Solís Zelaya (Q.E.P.D)**

En esta edición homenaje, y como se dijo anteriormente, se ha querido recordar al maestro, magistrado y jurista apasionado, pero también a la persona, amigo, colega, profesor y compañero.

La siguiente sección especial de la Revista, recoge varios recuerdos de personas que de alguna u otra forma compartieron con don Román Solís Zelaya parte de sus días. Todos esos momentos se guardan en la memoria y cuentan sólo un pedacito de quién era este gran señor.

3



# Por: Dr. Fernando Castillo Víquez

---

A Román lo conocí en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Él iba unos años más avanzado. En esa época, fue poco lo que compartí con él. Román llegó a ser procurador en la Procuraduría General de la República; mientras que yo ingresé a laborar a la Asamblea Legislativa al Departamento de Servicios Técnicos.

En la década de los ochenta teníamos encuentros ocasionales -en la Universidad, en la vía pública, en actividades académicas, etc.- donde intercambiamos opiniones acerca de la situación política y social del país. A ambos nos unía una preocupación constante por los temas nacionales e internacionales, lo que me permitió conocer su pensamiento y forjar una amistad para toda la vida. Lo que más me impresionaba de él, era que poseía una inteligencia muy aguda y una capacidad para expresar su pensamiento de una manera profunda, directa y clara. Siempre fue un gran gusto conversar con él, aunque no siempre coincidíamos.

Una vez nos encontramos en la vía pública, concretamente en el bulevar que está entre los edificios de los Tribunales y el Organismo de Investigaciones Judiciales. Luego de narrarme lo engorroso de un trámite que estaba haciendo para obtener un préstamo en una entidad bancaria, me expresó su preocupación porque el gobierno no había designado al nuevo procurador General de la República. Pasó mucho tiempo después de ese encuentro y, finalmente, el Consejo de Gobierno lo designó como procurador General de la República, nombramiento que fue ratificado por la Asamblea Legislativa, lo que me llenó de una enorme satisfacción, pues se nombraba a una persona honesta, con experiencia, con atestados académicos muy sólido y con visión política.

Cuando quedó vacante el puesto de procurador constitucional, tanto Román como Farid Beirute Brenes -procurador General Adjunto-, me ofrecieron ese puesto, a lo que accedí con gran entusiasmo y entrega. A partir de ese momento, la relación con Román se volvió más cercana, prácticamente todos los días laborables nos reuníamos para discutir temas propios del trabajo y, de paso, intercambiar opiniones sobre temas nacionales e internacionales.

En el año 2001 la Asamblea Legislativa designa a Román como magistrado de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, por lo que la relación permanente que teníamos se hizo menos constante. Era precisamente en los pasillos de la Universidad Escuela Libre de Derecho, pues coincidían nuestros horarios, donde aprovechamos para intercambiar opiniones sobre los más diversos temas.

Finalmente, en el año 2009, cuando la Asamblea Legislativa me designa como magistrado de la Sala Constitucional, los contactos con Román se hacen más constantes, pues ya no solo nos encontramos en la Universidad, sino también todos los lunes en las sesiones de la Corte Plena.

Con Román Solís Zelaya me unió una amistad franca, la que la disfrute, pues a pesar de que no siempre estábamos de acuerdo, encontraba en él posturas sólidas, fruto de una reflexión bien sopesada. Román, además de ser un intelectual en toda la extensión de la palabra, era

un demócrata convencido, una persona preocupada por la cuestión social, pues soñaba con una sociedad más justa y próspera. Al escribir estas líneas, doy gracias a Dios por haberme permitido gozar de la amistad de Román.

# Por: Dr. Sergio Donato Calderón

---

Conocí a don Román a finales de la década de los ochenta, cuando ingresó a la Procuraduría General de la República como Procurador Adjunto. Sólido en sus conocimientos, coherente en sus argumentaciones y de trato siempre amable.

Una de las facetas que más disfruté de la relación con él, y que probablemente muchos desconocen, fue las conversaciones de pasillo en la Feria del Agricultor de Zapote. Puntualmente y durante muchos años, los domingos en la mañana nos encontrábamos en ese lugar tan pintoresco. Lo normal era que nos topáramos de salida porque él llegaba normalmente antes de las seis de la mañana, cual insigne madrugador, y yo apenas iba llegando a eso de las seis y treinta de la mañana. Él ya llevaba el carro lleno con la compra de frutas y verduras, teniendo siempre la oportunidad de saludarnos y de conversar sobre algún tema de interés común, ya fuera en lo judicial o en lo académico.

El país perdió a un jurista y la Feria perdió a un asiduo y especial cliente.

Que el Cielo le guarde.

# Por: Dra. Aida Meléndez Araya

---

Buenos días, qué buena idea el homenaje a don Román Solís, gran jurista, me encantaba hacer tribunales con él, aprendía mucho del Derecho Administrativo, sabía de muchas jurisprudencias y entonces no era el examen solo preguntitas como qué es el acto administrativo o enumerar sus elementos, sino poner casos pequeños para resolver. Además, cómo persona muy respetuosa, siempre lo admiré.

# Por: Lic. Ronald Ruiz Hidalgo

---

Allá por el año 1991, siendo don Román mi profesor de Derecho Administrativo, irreverentemente me reí de algo en su clase y don Román, suspendió la misma y me dijo en tono amable “ Disculpe joven, está muy divertida mi clase”, me asusté, me disculpé y no pasó a más.

Hará 20 años, siendo profesor de la universidad, igualmente un estudiante irreverentemente se puso a reír en mí clase, la cual suspendí, pero yo no con la buena cara de don Román le dije disculpe “Como me dijo el maestro don Román Solís unos años atrás, está muy divertida mi clase.”. La frase me quedó para siempre para utilizarla con otros estudiantes.

# Por: Sra. Lucía Durán Fernández

---

Recuerdo que en mis primeros años trabajando en la universidad, por ahí del 2006, cuando aplicaba las evaluaciones de los cursos, estaba Don Román en el aula 119-A, en el curso de Derecho Administrativo I. Les estaba hablando claro a los estudiantes sobre los resultados de los exámenes y en eso ingresa “Durán”, le solicita permiso para evaluar y me dice: ¡usted llega tarde, tome asiento!; automáticamente corrí y les dije a los estudiantes de la primera fila que se corrieran. Al final todos terminamos en silencio ¿y adivinen qué? la evaluación quedó para la siguiente semana. Esto es lo que significaba esta persona para mí, sencilla presencia.

# Por: Lic. José Alberto Rosales Obando

---

Siempre con nosotros... Aún recuerdo aquel día por ahí del año 2013, cuando luego de dos años de trabajar en la Sala Primera me dijeron: ¡José te vamos a ubicar en la Oficina de don Román!!! Lo primero que pasó por mi mente fue temor, mucha ansiedad y emoción. El temor porque aún recordaba sus clases de "Derecho Administrativo" en la Universidad Escuela Libre de Derecho, donde imperaba su gran tenacidad y conocimientos. Ni qué decir y lo confieso sin reparo alguno, me intimidaba su gran voz.

No obstante, en el camino (durante esos nueve años siguientes), de primera mano les puedo decir, don Román no era solo ese profesor y jefe magistrado, él fue un extraordinario ser humano: empático, amigo, maestro, un caballero en todo sentido.

De hecho, la vida me ha puesto varias pruebas complejas y siempre conté con el apoyo de mi Jefe, ese ser humano quien más que cuestionar o debatir, entendía y apoyaba a su personal. Mi familia y yo estamos muy agradecidos.

En suma, don Román o el jefe, no solo fue ese líder de la oficina 508 a quien se le entregaba trabajo cada día, sino que era esa persona que también supo escucharnos, aconsejarnos, orientarnos, pero sobre todo entendernos. Algún día podré contarle a mi hijo la historia de mi Jefe don Román y como indirectamente él también recibió su ayuda.

# Por: Lic. Diego Rudín Arguedas

---

Don Román, el gran profesor - no solo mío, sino también de muchos -, líder y amigo; de gran tamaño y corazón, sabía ser también humilde. Me cuenta mi compañero Gerald Daley Cruickshank, secretario de la Oficina 805 de la Sala Primera de la Corte – otrora 605 -, la que dirigió por tanto tiempo Don Román, con carisma y ánimo paternal para con sus allegados colaboradores, que al fallecer su madre, Doña Irma, en su vela, su querido amigo y jefe, Don Román, contó a sus tíos – los de Gerald -, que ésta lo llamaba por teléfono para decirle que, si Gerald se portaba mal, le avisara para ponerlo a raya. ¡Qué tacto Don Román! No permitir que una historia tan amena, tan llena de humildad y empatía quedara sin contar. Honrando la memoria de la madre, recordó, cuando Gerald más lo necesitó, que ella estuvo pendiente de él, y encontró confianza en un gran y accesible hombre, para que le hiciera saber si debía jalar las orejas a su hijo. Ahora, honremos también a Don Román, cuyo liderazgo iba más allá del mando; en cambio, ofrecía una amistad, una relación verdadera, sin que esto obstara, en modo alguno, su excelencia. En definitiva, esta agradable historia nos hace ver la dulzura de carácter que, cual gigante de un cuento de hadas, encontró todo aquel que tuvo la suerte de conocerlo e ir más allá de su imponente presencia.

# Por: Licda. Priscilla Sánchez Conejo

---

En mis años como estudiante, siempre admiré del Dr. Román Solís Zelaya (Q.E.P.D) su capacidad técnica y amplio conocimiento del Derecho Administrativo. En virtud de esto, sus clases sembraron una semilla en mí, de donde nació mi pasión por los procesos contenciosos administrativos, pasión que me hace siempre recordarlo con alegría, orgullo y nostalgia. En mis años como profesional, aprendí a admirarlo como un magistrado indispensable e irremplazable, garante de la legalidad en la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, cuando se refería a su trabajo, en particular cuando resolvía sobre la materia tributaria. En mis clases, siempre hay un momento en que le comento a los estudiantes sobre él, para mantener así su legado y su memoria viva. Asimismo, he adoptado muchas de sus formas como profesora, entre las que destaco, apreciar el esfuerzo y dedicación de un estudiante, más allá de una nota reflejada en un examen. Así era él, era como un estandarte de la justicia. Me hubiera gustado agradecerle en persona, por todo lo que me enseñó, lamento no haber podido encontrar el tiempo para ello y es por eso que hoy quiero, al menos, dejarlo plasmado en este anecdotario. Magistrado, amante del Derecho, profesor, amigo, consejero, ejemplo, eso fue y seguirá siendo él para mí.

# Por: M.Sc. Cristina Gómez Fonseca

---

Recuerdo a don Román como el gran profesor, respetable maestro, excelentísimo profesional y colega roquero con el que coincidí en varios conciertos. Pero en especial quiero recordar a don Tito, el entrañable y leal amigo de mi papá. Años atrás, mi papá, le pidió a su amigo que por favor fuera a votar por su hija en las elecciones para la Junta Directiva del Colegio de Abogados y Abogadas. Don Tito, que ese día venía de fuera de San José y llegó faltando 5 minutos para que cerraran las urnas, subió la cuesta del Colegio a toda velocidad y diciéndole, a viva voz, a todos los que trataron de interceptarlo para saludarlo e informarle que las elecciones estaban suspendidas, qué él: *“necesitaba votar por la chiquita de su gran amigo y que ya no le iba a dar tiempo”*. ¡Ese también era don Román!

# Por: M.Sc. Andrés Bogarín Bustamante

---

Cuando fui estudiante de licenciatura allá por el año 1999, don Román impartía el curso de Derecho Administrativo los viernes a las siete de la mañana. Cuando no podía dar la clase del viernes, realizaba la reposición de la misma el sábado siguiente. Bueno, resulta que en una ocasión que nos repuso la clase un sábado, nos contó que el día anterior fue a un concierto en el Mélico Salazar del afamado ex tecladista de la banda inglesa de rock progresivo YES, Rick Wakeman. Me sorprendió que don Román asistiera a un evento así, porque nunca me imaginé que mi profesor de Derecho Administrativo era amante de ese género musical, ya que ese tipo de música es de mi completo agrado y en mi mente no era usual que un Procurador General de la República tuviera dichos gustos musicales.

Don Román nos contó qué para dicha presentación, la organización del evento no le fue posible traer desde Japón los teclados del artista y como Wakeman no deseaba cancelar su primera presentación en el país, le brindaron el piano de cola del Mélico para que diera un concierto “acústico” y único en su gira promocional. Luego de contarnos los pormenores del evento nos dijo con mucha firmeza: “Estimados, hay algo que es cierto.... Los estadounidenses inventaron el Rock, pero los ingleses lo hicieron mejor. ¡Ahora sí, comencemos la clase!”. Esas palabras siguen retumbando en mi oído musical y les doy plena validez cada vez que hablo sobre música con mis allegados. Gracias don Román por sus intensas clases de derecho administrativo y por ese atinado comentario que mostraba su exquisito gusto musical.

**DOCUMENTOS  
DIGITALES**

**4**



# PODCAST

CAPÍTULO 11  
4TA TEMPORADA

ESCUELA LIBRE DE DERECHO  
UNIVERSIDAD

M.Sc. Magally Pochet



LA FUERZA FEMENINA  
DEL DERECHO

DÍA INTERNACIONAL DE LA MUJER

Trayectoria de la M.Sc.  
Magally Pochet Meléndez

www.uescuelalibre.cr

Ayer y Hoy  
En La Libre

CAPÍTULO 12  
4TA TEMPORADA

ESCUELA LIBRE DE DERECHO  
UNIVERSIDAD

Licda. Giselle Solórzano Guillén



LA FUERZA FEMENINA  
DEL DERECHO

DÍA INTERNACIONAL DE LA MUJER

Falta de proporcionalidad  
y equidad del trato del  
cónyuge superviviente, como  
heredero legítimo.

www.uescuelalibre.cr

Ayer y Hoy  
En La Libre

CAPÍTULO 13  
4TA TEMPORADA

ESCUELA LIBRE DE DERECHO  
UNIVERSIDAD

M.Sc. Maureen Solís Madrigal



LA FUERZA FEMENINA  
DEL DERECHO

DÍA INTERNACIONAL DE LA MUJER

Trayectoria de la M.Sc.  
Maureen Solís Madrigal.

www.uescuelalibre.cr

Ayer y Hoy  
En La Libre

CAPÍTULO 14  
4TA TEMPORADA

ESCUELA LIBRE DE DERECHO  
UNIVERSIDAD

M.Sc. Angie Cruickshank L.



LA FUERZA FEMENINA  
DEL DERECHO

DÍA INTERNACIONAL DE LA MUJER

Trayectoria de la M.Sc.  
Angie Cruickshank  
Lambert.

www.uescuelalibre.cr

Ayer y Hoy  
En La Libre

# PODCAST

CAPÍTULO 15  
4TA TEMPORADA

ESCUELA LIBRE DE  
**DERECHO**  
UNIVERSIDAD

Dra. Doris Arias Madrigal.



LA FUERZA FEMENINA  
**DEL DERECHO**

DÍA INTERNACIONAL DE LA MUJER

Trayectoria de la Dra. Doris  
María Arias Madrigal.

www.uescuelalibre.cr

Ayer y Hoy  
En La Libre



Ayer y Hoy  
En La Libre



ESCUELA LIBRE DE  
**DERECHO**  
UNIVERSIDAD

amazonmusic

CAPÍTULO  
**01**

**Dr. Jaime Rodríguez-Arana**

TEMA: Homenaje Doctor honoris causa en Derecho por la Universidad Escuela Libre de Derecho de Costa Rica.

5TA TEMPORADA



amazonmusic

ESCUELA LIBRE DE  
**DERECHO**  
UNIVERSIDAD



**Ayer y Hoy**  
En La Libre

CAPÍTULO  
**02**

**MSc. Bernal Eduardo Alfaro Solano**

TEMA: Dos beneficios fiscales en Costa Rica que no todos "conocen".

5TA TEMPORADA



Ayer y Hoy  
En La Libre



amazonmusic

ESCUELA LIBRE DE  
**DERECHO**  
UNIVERSIDAD

CAPÍTULO  
**03**

**DR. ALBAN BONILLA SANDÍ**

TEMA: Deontología jurídica, moral y ética

5TA TEMPORADA



# PODCAST

Ayer y Hoy  
En La Libre

ESCUELA LIBRE DE  
**DERECHO**  
UNIVERSIDAD



CAPÍTULO  
**04**  
5TA TEMPORADA

**IGNACIO ALFARO MARÍN**  
TEMA: Delimitación entre el dominio privado y el dominio público en los derechos de autor.

Ayer y Hoy  
En La Libre

ESCUELA LIBRE DE  
**DERECHO**  
UNIVERSIDAD



CAPÍTULO  
**05**  
5TA TEMPORADA

**Dr. Gerardo Parajeles**  
TEMA: Conozca sus Derechos de Deudor y Fiador.

Ayer y Hoy  
En La Libre

ESCUELA LIBRE DE  
**DERECHO**  
UNIVERSIDAD



CAPÍTULO  
**06**  
5TA TEMPORADA

**Lic. Jorge Cerdas Pérez**  
TEMA: ¿Qué hacer si su propiedad no tiene salida o salida suficiente a vía pública?

**VIDEOCONFERENCIAS**

**5**



# El Contencioso Administrativo Español-Costarricense: Innovaciones.



Dr. Jaime  
Rodríguez-Arana



Dr. Oscar  
González Camacho

PONENTES:



**19 JUL**  
06:00 PM



# TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN  
DIGITAL

Edición 12 / 1, Agosto 2023

Costa Rica