Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

Presentación 5

Sección I: Estudios:

Control sobre municipios en Costa Rica 13
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz

Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina: (I) Protección judicial de los derechos humanos. 53
Dr. Enrique P. Haba

La exención tributaria 73
Lic. Yanni Sterloff Charalampidu

Tres temas controversiales de nuestro proceso penal 77
Lic. José María Tijerino Pacheco

Los refugiados en América Central 83
Lic. Rodolfo Antonio Parker Soto

Los contraventores en el sistema penitenciario 91
Psicól. Andrés Umaña Di Palma

Proceso evolutivo de las usurpaciones de tierras en el cantón de Coto Brus 99
Lic. Mario Enrique Gómez Somarribas

Sección II: La Ciencia al Servicio de la Justicia.

Validez del cálculo retrospectivo de la alcoholemia 117
Lic. Rigoberto Blanco Sáenz

Comentario: El síntoma de la drogadicción 119
Dr. Carlos Matías González Lizano

Sección III: Reseña Legislativa Extranjera

El nuevo Código Civil peruano 123
Dr. Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sección IV: Reseñas Bibliográficas

Historia de la filosofía del Derecho (FASSO) 129

Caminos hacia el Estado de Derecho (BACHOF) 130
Dr. Enrique P. Haba

Sección V: Información Normativa. 133
Licda. Marcelina Zeledón Castillo

Sección VI: Pronunciamientos especialmente relevantes.

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés 139

Resoluciones recientes de interés 142
Licda. Cecilia Sánchez Romero

Sección VII: Jurisprudencia. 149
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACION

Al llegar a su número 35 la Revista Judicial ofrece, en su Sección de Estudios, colaboraciones en materia de Derecho Municipal, Derecho Constitucional Comparado, Derecho Tributario, Derecho Internacional del Trabajo, Derecho Procesal Penal, Derecho Internacional, Criminología y Derechos Reales, junto a sus secciones La Ciencia al Servicio de la Justicia, Reseña Legislativa Extranjera, Reseña Bibliográfica, Información Normativa, Pronunciamientos Especialmente Relevantes y Jurisprudencia.

Nos honra publicar, en primer término, del reconocido maestro del Derecho Público en Costa Rica, ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, **Lic. Eduardo Ortiz Ortiz, "Control sobre municipios en Costa Rica".** Antes de iniciar el examen de las disposiciones positivas costarricenses, el autor desarrolla una amplia y sistemática exposición sobre la noción de control en el Derecho Público y sobre la naturaleza de las medidas que comprende; aclara al respecto que la potestad disciplinaria no es necesaria para que pueda hablarse de control; diferencia "control" de "gestión directa" y reafirma la competencia exclusiva del controlado con relación a la conducta debida. Pasa luego a las autorizaciones y sustituciones; afirma que la desautorización tiene una función negativa: puede imponer una abstención, pero no una acción; sostiene que la sustitución más que forma de ejercicio de la libertad del controlado, tiene una función preventiva y represiva de la irregularidad. El licenciado Ortiz define el control como "una función auxiliar de la administración activa, para mantenerla dentro de los límites de lo debido, con respeto para la exclusividad y para la libertad de ejercicio de la competencia controlada, salvo norma expresa en contrario". Al comentar la naturaleza de los intereses protegidos por el control, es del parecer de que los "del sujeto controlado son parte importante del bien público a cargo del contralor, cuando no medios o instrumentos de su interés propio". Admite la posibilidad del control en atención a la naturaleza de la institución, por principio general no expreso. Menciona entonces los peligros tanto de la libertad como del control; entre estos últimos cita el permitir irregularidades, el controlar fuera de límites y la inercia del controlado por exceso de control. Pasa seguidamente a describir los tipos de control: sobre personas (que suprimen o ponen fin a la relación orgánica) y sobre actos (que atacan su existencia o eficacia). De la remoción y sustitución del titular, asevera la existencia de una doble función: contralora y disciplinaria, la que podría existir con relación a un regidor, a una mayoría colegial o al Concejo, junto con la intervención de su administración; sin embargo con relación a nuestro sistema considera que éste exagera la capacidad de gobierno municipal, la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que, a su juicio, debe estar sujeta a la planificación estatal, en lo que hay omisiones de nuestro Ordenamiento. Con relación al control sobre los actos enuncia diferentes formas: autorizaciones, aprobaciones, anulaciones, vetos y sustituciones del acto. Aunque acepta el carácter permisivo de la autorización con referencia al ejercicio de una preexistente potestad, pone junto a las meramente permisivas, las que están en función programática, con lo que se quiebra el adagio de que no hay control sin texto, ni más allá del texto. De las aprobaciones, entre otras cosas, especifica que condicionan la eficacia del acto controlado con un control de oportunidad. Acerca de las anulaciones critica la caducidad de la potestad de impugnación de la nulidad absoluta como algo jurídicamente aberrante. Explica que el veto suspende la eficacia del acto y que en la sustitución del acto lo que se persigue es evitar la inercia del órgano en violación de su deber, posibilidad prevista en general en Costa Rica en el ámbito de las relaciones jerárquicas, si bien no faltan ejemplos específicos en el Código Municipal. En general, destaca el hecho de que nuestro Ordenamiento favorece los controles y el de que una serie de prácticas administrativas se agregan como verdaderos requisitos; asimismo, el alivio que representa el silencio positivo. Enfatiza la circunstancia de que en el control de actos o actividades el énfasis del enfoque de la irregularidad está en los resultados y en los actos realmente decisivos. Distingue luego el control de legalidad y el de discrecionalidad, diferencia que corresponde al binomio "potestad reglada—potestad discrecional"; esta última encuentra su raíz en una ausencia de fijación imperativa del motivo o del contenido del acto, o de ambos aspectos. Hace notar que la apreciación jurisdiccional acuña verdaderos principios jurídicos a partir de valoraciones de oportunidad; el vicio de "inoportunidad grave" se da por violación de reglas elementales de conveniencia, expresión concreta del principio de razonabilidad, cuando la administración cruza el umbral de la arbitrariedad y del abuso; muestra igualmente que la legalidad tiene un bloque no escrito que recorta el marco de la oportunidad. Después de hacer la distinción entre control contínuo y periódico, revela la imbricación sistemática e ideológica de las dicotomías, las que configuran sistemas a partir de ideologías; así por ejemplo, en los sistemas autoritarios el eje es el control sobre las personas, mientras que ocurre lo contrario en los sistemas que favorecen la libertad y autonomía administrativas (con mayor respeto a la estabilidad del órgano y de su titular). El autor analiza luego las funciones que la Constitución otorga a la Contraloría General de la República, la existencia en América Latina de una ideología en favor del control de legalidad en contra del de oportunidad y el crecimiento del Estado y su impacto sobre la autonomía administrativa en Costa Rica; comenta las autorizaciones programáticas (otorgadas por organismos de dirección y planificación), los actos internos (modelos y circulares, que aunque no impugnables dentro de la organización administrativa juegan como reglas de control) y los reglamentos contralores (como el de la contabilidad municipal). Finalmente trata el sistema de control sobre la municipalidad en Costa Rica: las intervenciones legislativas, los vetos y recursos, las aprobaciones y la jurisdicción sobre órganos y la disciplinaria. En sus valoraciones del sistema mantiene la tesis de que falta que se respete la potestad tributaria que constitucionalmente pertenece a la municipalidad en nuestro país, cuyo ejercicio sólo debe la Asamblea autorizar o desautorizar en bloque, sin imposiciones ni reformas. En cuanto a las relaciones con el Poder Ejecutivo considera que peca el régimen normativo por omisión y la situación real por exceso. De desconsolador, cuando no desastroso califica al régimen de autorizaciones de la Contraloría (aclarando: "no por culpa de ésta"). En una docu-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mentada Sección de Derecho Comparado nos da cuenta de las reformas de España y Francia y del control por reexamen de Italia. En su aparte final, nos habla de la compaginación que se opera con la planificación sectorial regida por ley formal, reafirma la idea con respecto al tema de la autonomía municipal y su esfera de intereses, de que las atribuciones municipales no son exclusivamente locales por naturaleza. Juzga procedente en Costa Rica la consagración positiva del control sustitutivo y del control sobre órganos y titulares. Nos ofrece finalmente el ejemplo francés: la cooperación y la contratación entre Estado y entes locales y plantea la posibilidad de pensar en la incorporación de este modelo concertado de gestión pública local a nivel constitucional, como sistema de competencias compartidas de ejercicio conjunto.

Del **Dr. Enrique P. Haba,** Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica e Investigador Honorario de la Alexander von Humboldt Stiftung, ofrecemos **"Dimensiones constitucionales de los derechos humanos en América Latina: I. Protección judicial de los derechos humanos"**; con esta entrega iniciamos la publicación de una amplia investigación del autor; en esta ocasión ofrecemos la parte correspondiente a la protección judicial en la que se confrontan los regímenes de Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Honduras, México, Perú, Uruguay y Venezuela. Por su carácter parcial y la posibilidad de continuar su difusión en la Revista, se respeta la numeración original de notas al pie, lo que de ninguna manera afecta la inteligibilidad sustancial del trabajo. El autor realiza la presentación de las disposiciones constitucionales de los países referidos con base en los siguientes aspectos: control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad, instrumentos especiales de protección, garantías judiciales e independencia del Poder Judicial. Con relación a cada uno de los ordenamientos aporta sus conclusiones en las que indica la existencia de fisuras de protección de los derechos humanos, defectos y omisiones.

En notable aplicación de la teoría de la eficacia jurídica a la materia tributaria, el **Lic. Yanni Sterloff Charalampidu,** construye el concepto unitario de *exención tributaria,* a partir de sus características: el hecho imponible verificado y la exclusión de la obligación tributaria. El autor se cuestiona algunos problemas a que da lugar esta delimitación teórica: ¿es el hecho imponible siempre presupuesto de la exención? ¿surge siempre la obligación a pesar de la exención? Con relación al primer interrogante discrimina entre exenciones subjetivas, en las que se produce el hecho pero no surge la obligación y exenciones objetivas, donde algunas modalidades no la generan. Respecto al segundo punto, demuestra que hay casos, como el de las exenciones parciales donde surge la obligación. Seguidamente el Lic. Sterloff ofrece diversos conceptos doctrinarios sobre la exención. De ahí pasa al examen de la relación jurídica tributaria; explica así, la eficacia del hecho generador y el momento de existencia de la obligación tributaria. Reputa la exención como reversión de eficacia constitutiva de carácter excepcional. Finalmente expone algunas nociones centrales sobre el sentido de los incentivos.

Contamos con la valiosa participación del **Lic. José María Tijerino Pacheco,** Subjefe del Ministerio Público y Profesor de Derecho Procesal Penal, quien nos brinda **"Tres temas controversiales de nuestro proceso penal"**; tales temas tienen en común la frecuencia con que en torno a ellos se presentan en la práctica cotidiana interpretaciones erradas, a juicio del autor. La exposición se divide en tres partes: la primera la titula "El mal llamado auto de avocamiento"; censura como desafortunada la expresión "avocar" y prefiere las denominaciones "auto inicial" y "auto de vincu-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lación procesal". La segunda parte se refiere a la intimación al imputado; en ella el autor discute si se trata de un requisito de su sobreseimiento. Determina para ello el momento de adquisición de la condición de imputado: "desde que es objeto de una imputación" (y no desde que declare) y, dado que el sobreseimiento puede dictarse en cualquier estado del proceso, concluye conque "la declaración no es requisito del sobreseimiento". Finalmente desarrolla el tema de la "irrevocabilidad de la prórroga extraordinaria" y reprocha el error doctrinario con referencia a su pretendida revocabilidad. Termina asegurando: "sólo es revocable en virtud de un recurso de apelación; si adquiere firmeza, su existencia se mantendrá".

"Los refugiados en América Central" es el tema del trabajo que nos envía el distinguido abogado salvadoreño **Lic. Rodolfo Antonio Parker Soto,** trabajo que fue presentado al curso interdisciplinario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en 1984. El autor, inicialmente, realiza una exposición sobre generalidades acerca de las migraciones, tanto en Europa, como en América Latina y, particularmente, en América Central donde, según el informe Kissinger se habla de la tragedia de "más de un millón de personas desplazadas en la región". Aunque reconoce el papel de ACNUR, se resuelve por conceptuar como única solución verdadera la repatriación voluntaria. De seguido, reseña las causas externas e internas del fenómeno; entre las primeras identifica el mantenimiento de desigualdades en Centroamérica, si bien hace notar la excepción de Costa Rica; al referirse a las causas externas menciona la brecha de ingreso mundial, el deterioro paulatino de muchas economías y el hecho de que Centroamérica sea teatro de guerra de superpotencias. El Lic. Parker dedica la segunda parte a afinar algunos aspectos terminológicos sobre el asilo, separando el asilo político o diplomático, el asilo territorial y el refugio. En su parte conclusiva examina el asilo territorial en América Latina en particular e insiste en el papel determinante del Derecho interno de los Estados.

"Los contraventores en el sistema penitenciario" es el título de la investigación realizada por el **psicólogo Andrés Umaña di Palma** y su equipo en la Dirección de Adaptación Social que hoy ofrecemos. Los autores se proponen establecer las características de este tipo de infractor, para contar con elementos de juicio objetivos que permitan una adecuada planificación de las actividades tendientes a atender a este grupo. El importante estudio de campo fue efectuado en la Unidad de Admisión de San José y toma en cuenta distintas variables, como las estancias en prisión, el proceso ingresos-egresos-traslados, el tiempo de permanencia dentro del establecimiento penal, el tipo de infracción y el costo aproximado de atención. Tomando en consideración el marco legal de referencia, el trabajo llega a la conclusión de los caracteres diferentes del contraventor, desde el punto de vista criminológico, respecto a otros sujetos dentro del sistema penitenciario, a pesar del igual trato que reciben. Los autores denuncian con acierto, así los problemas que genera esta situación de aglutinamiento y en sus recomendaciones estiman imprescindible segregar la población de contraventores del resto de la población recluida por causas penales y proponen otras medidas.

El **Lic. Mario Enrique Gómez Somarribas** participa con su ensayo **"Proceso evolutivo de las usurpaciones de tierra en el cantón de Coto Brus"**, el que tiene objetivos informativos y se encuentra motivado, entre otras causas, por el aumento paulatino de causas por usurpaciones de tierras denunciadas judicialmente ante la Alcaldía de ese cantón. Después de una breve reseña histórica del Cantón de Coto Brus, donde

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

narra la cronología de los movimientos migratorios a la zona Sur y, en especial, de la colonización italiana, nos ofrece algunos aspectos de la situación socioeconómica del agro en el cantón y diversas consideraciones sobre la tenencia de la tierra. De las usurpaciones de tierra, en particular, el estudio aporta diversos cuadros comparativos, de los que se concluye la existencia de concentración de tierra en la región.

En la Sección "La Ciencia al Servicio de la Justicia", aparecen el **Lic. Rigoberto Blanco Saénz** con **"Validez del cálculo retrospectivo de la alcoholemia"**, y el **Dr. Carlos Matías González Lizano** con **"Comentario: El síntoma de la drogadicción".**

En la Sección "Reseña Legislativa Extranjera", presentamos unos breves comentarios sobre el nuevo Código Civil que se promulgó en el Perú el año pasado.

Contamos de nuevo con la colaboración del **Dr. Enrique P. Haba,** en la Sección "Reseña Bibliográfica", comentando obras de FASSO y BACHOF.

En la Sección "Información Normativa" la **Licda. Marcelina Zeledón Castillo,** continúa ofreciéndonos su inestimable contribución.

En "Pronunciamientos Especialmente Relevantes" la **Licda. Cecilia Sánchez R.,** nos brinda **"Contenido de votos salvados"** y **"Resoluciones recientes de interés".**

Como de costumbre, publicamos la Sección de "Jurisprudencia" a cargo del Digesto.

Víctor Pérez Vargas

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CONTROL SOBRE MUNICIPIOS EN COSTA RICA

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

SUMARIO

Pág.

1. Noción amplia de control . . . 15
2. Incompatibilidad con administración activa y jerárquica . . . 16
3. El control supone y respeta la competencia exclusiva y libre del controlado . . . 16
   Las autorizaciones . . . 17
   La sustitución . . . 17
4. La naturaleza de los intereses protegidos con el control . . . 17
5. Fundamento del control . . . 19
6. Los peligros de la libertad y del control . . . 20
7. Los tipos de control y sus tendencias frente a la libertad . . . 21
   a) Control sobre las personas y sobre los actos . . . 21
      i) Remoción y sustitución del titular . . . 21
         Disolución del concejo e intervención de su administración . . . 21
      ii) Controles sobre los actos . . . 23
         Autorizaciones y planificación . . . 23
         Aprobaciones . . . 24
         Anulaciones . . . 24
         Vetos . . . 25
         Sustitución del acto . . . 25
      iii) Control de actos o de actividades . . . 26
      iv) Control de legalidad y de discrecionalidad . . . 27
      v) Control continuo y periódico . . . 30
      vi) La imbricación sistemática e ideológica de las dicotomías . . . 30
         Los alineamientos son tendenciales, pero claramente tales . . . 30

8. El ambiente y la opción autoritaria . . . 31
   a) La Constitución y la ley . . . 31
   b) La ideología ambiente . . . 32
   c) El crecimiento del Estado y su impacto sobre la autonomía administrativa en Costa Rica . . . 32
      i) Las autorizaciones programáticas . . . 32
      ii) Los actos internos: modelos y circulares . . . 32
      iii) Reglamentos contralores . . . 33
      iv) Dependencia real respecto del Estado . . . 34
   d) Conclusión . . . 34

9. El sistema de control sobre la municipalidad . . . 34
   a) Intervenciones de la Asamblea Legislativa . . . 34
   b) Vetos y recursos (ordinarios y extraordinarios) . . . 35
      i) Vetos . . . 35
      ii) Recursos ordinarios . . . 35
      iii) Recurso extraordinario de revisión . . . 35
      iv) Ventajas de la vía bifásica de recursos descrita . . . 35
      v) Recurso de insistencia . . . 36
   c) Aprobaciones . . . 36
   d) Sustituciones . . . 37

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

e) Jurisdicción sobre órganos y disciplinaria 37
f) Valoración del sistema 38
i) Asamblea Legislativa 38
ii) Poder Ejecutivo 38
iii) Administrado y Ejecutivo Municipal 38
iv) Contraloría General de la República 39

10. Las reformas de España y Francia y el control por reexamen de Italia 39
a) España 39
b) Francia 42
i) Supresión de la tutela preventiva 42
ii) Reafirmación de la tutela sustitutiva 43
iii) Control presupuestario global 43
iv) El control presupuestario parcial 43
c) Italia 43

11. La experiencia francesa de la planificación económica y territorial y de la gestión municipal concertadas (contratos programa, contratos plan, contratos de ciudades medias, de políticas globales, etc.) 44
a) La elaboración y la ejecución de los documentos básicos del urbanismo francés 44
b) La colaboración contractual 46

12. Cuadro final del contralor administrativo en Costa Rica 47
a) Enseñanzas recibidas 47
i) Autonomía municipal y planificación y dirección estatales 47
ii) Autonomía municipal y esfera de intereses propios. 48
iii) Autonomía municipal, control sustitutivo y control sobre órganos y titulares 49
iv) El ejemplo francés: la cooperación y la contratación entre Estado y entes locales 49
b) Las consecuencias de nuestro enfoque 51
i) Los controles a posteriori, periódicos y de resultados 51
ii) Los controles a priori, especiales y de legalidad 51
iii) Los controles sustitutivos 52
iv) La disolución del concejo 52
v) Función disciplinaria 52
vi) El concierto 52

13. Los supuestos permanentes de toda reforma municipal 52

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CONTROL SOBRE MUNICIPIOS EN COSTA RICA

ABREVIATURAS

L.G.A.P.	*(Ley General de Administración Pública).*
L.O.P.J.	*(Ley Orgánica del Poder Judicial).*
Código	*(Código Municipal).*
L.R.J.C.A.	*(Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).*
C.G.	*(Contraloría General de la República).*

1. Noción amplia de control.

Hay control, en sentido general, cuando un "centro de acción" (órgano o sujeto) tiene por misión establecer y declarar la conformidad de la conducta de otro (acto o actividad) a una regla preestablecida, y, concomitantemente, adoptar la conducta jurídicamente necesaria para impedir o hacer cesar la disconformidad, cuando existe.[1] Esta noción excluye el "autocontrol", referido a la conducta propia del contralor, quien sería uno mismo con el controlado; y las "declaraciones" sobre la validez o la legitimidad de la conducta de otro (según sea acto o actividad, respectivamente), cuando no pueden venir seguidas de una medida excluyente de la disconformidad encontrada. Esta medida puede ser de muy variada naturaleza y consistir tanto en la anulación (del acto inválido), como en una orden de cesar la actividad ilegítima y acomodar la realidad a Derecho (orden de rehacer las cuentas y de rendirlas nuevamente, de dictar el acto o iniciar la actividad indebidamente omitidos), etc. Pero no puede reputarse verdadero control el que sólo permite verificar la "regularidad" de una conducta ajena, sin poder influir ni en su existencia ni en su eficacia, en función de esa "regularidad".[2] El control se da como una potestad de influir imperativamente sobre la conducta ajena a partir de un patrón de valoración, en el sentido favorable a su observancia, sea para impedir la "irregularidad", sea para lograr la "regularidad". No es parte esencial del control la potestad disciplinaria, que puede o no darse, según que sea, o no, punible (administrativamente) la "irregularidad". Es obvio que puede haber sanciones de empleo múltiple, en cuanto sirven simultáneamente para la preservación del orden violado y para el buen funcionamiento de la institución controlada, como claramente ocurre con la función disciplinaria (tanto jerárquica como interinstitucional), que, como tal, busca eficiencia y logra, además, legalidad; pero hay controles, como la anulación, que sólo logran esto último, sin incluir disciplina alguna. Por todo lo cual puede bien decirse que si toda sanción disciplinaria supone el ejercicio previo de un control

1. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, vol. I, pág. 308.

2. Define el control como mera "declaración" (accertamento) sin inmediata conexión con una medida correctiva o preventiva: Luciano Salvi, *Premessa ad uno studio sui controlli giuridici*, Giuffrè, Milano, 1957, pág. 7.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

—en verificación de la falta— no todo control supone ni exige aquella sanción, la que es posible, pero no necesaria, para su existencia.

2. Incompatibilidad con administración activa y jerárquica.

Elemental resulta apuntar que, por su propia estructura, el control se expresa a través de actos que son distintos de la conducta controlada y, específicamente, de los actos jurídicos que son su objeto. Hay casi unanimidad al respecto.[3] En todo caso, si un llamado acto de control es elemento componente del controlado, no es control, sino gestión directa. Esto revela que la esencia del control está más que en su estructura, en su función: tiene por tal la de garantizar y restablecer la eficacia de la norma o regla de cuya aplicación depende su decisión final, a diferencia del acto controlado, que, por definición, tiene otro fin cualquiera. Ello distingue el control del llamado acto complejo (como el de presidente y ministro).[4]

El control es distinto, entonces, de todo acto que persiga fines públicos por vía distinta de la regularidad del acto controlado; pero también del que persiga fines distintos de esa regularidad, propios más bien del acto sujeto a control. Esto ocurre cuando el presunto órgano de control logra su misión dictando órdenes o sustituyendo al controlado. Se trata de otro dogma del Derecho Público: el contralor no puede ni ordenar, ni reformar, ni sustituir la conducta del controlado, salvo cuando, excepcionalmente, ello sea la única forma de evitar que la "irregularidad" se consume. La esencia de tal dogma es más profunda y significa realmente que el contralor no puede perseguir los fines del controlado, ni actuar como si los persiguiera, como tampoco lograrlos por sí, sino exclusivamente perseguir que el otro haga lo debido, o, al menos, que no haga lo indebido.[5]

3. El control supone y respeta la competencia exclusiva y libre de controlado.

Que la jerarquía sea incompatible con el control significa que el controlado nunca puede venir obligado a actuar ni a hacerlo en un sentido determinado por virtud vinculante del acto de control. Que el control sea incompatible con la potestad de reformar o sustituir el acto controlado significa que el controlado conserva siempre la exclusividad de la competencia para actuar. Estos dos datos definen la esencia del control y no desde el ángulo de éste sino desde el punto de vista de la función activa que el control auxilia o asiste. Es decir: el control es una función auxiliar, que sólo existe y opera en beneficio de la administración activa, que logra directamente las misiones y fines públicos encomendados al ente público correspondiente. Se da el control para contribuir a la eficiencia de la gestión administrativa, que es mayor si es "regular" y que, en todo caso, tiene que ser "regular" para que sea estable y no precaria, sujeta a anulación o a sanción (contra su autor). Por ese su carácter vicario y auxiliar, el control supone siempre que hay una competencia principal y exclusiva del controlado para una gestión administrativa, que excluye la posibilidad de que el contralor pueda realizar él mismo los actos o actividades correspondientes a esa gestión. Y supone igualmente que el dueño de la misma es quien está llamado a despejar las alternativas que esa gestión presenta en bien del interés público y, fundamentalmente, a establecer si actúa o guarda inercia al respecto. Lo cual, conviene advertir, es totalmente distinto del problema de si tiene, o no, que actuar en el caso, por deber u obligación derivada de los efectos del acto controlado.

En la hipótesis de un control favorable a éste, las obligaciones que de éste derivan no provienen, como es obvio, del acto de control, del que nunca

---

3. Maspetiol et Laroque, *La tutelle administrative*, Paris, Sirey, 1930, pág. 10. El punto ha sido discutido sobre todo en relación con la aprobación como acto de contralor, entre quienes sostienen que es condición de eficacia de un acto ya formado y, eventualmente, válido, que no alcanza eficacia si la aprobación es negada; y quienes sostienen que es elemento de un solo acto complejo, conjuntamente con el aprobado, sin el cual éste resulta absolutamente nulo. Para la primera tesis véase Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1957, vol. 1, pág. 291, lo mismo que Santi Romano, *Saggio di una teoria sulla legge di aprovazione*, en Scritti Minori, Giuffrè, Milano, 1950, tomo I, págs. 49 y 69; este enfoque es hoy prácticamente unánime. Pero léase en contra, sin embargo, Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1955, vol. I, pág. 417, así como André Buttgenbach, *Theorie generale des modes de gestion des service publics*, Maison Ferdinand Larcier, Bruxelles, 1952, pág. 219, donde este último autor, no obstante haber sostenido tesis contraria a la fusión de los dos actos en uno, concluye en que la "improbación" o "desaprobación" causa nulidad absoluta del acto no aprobado. Pero estas dos últimas voces son, al respecto, totalmente minoritarias.

4. Para una definición de acto complejo Manuel María Díez, *El acto administrativo*, Unión Tipográfica Editorial, Bs. Aires, 1956, págs. 88 y 89; Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Macchi, Bs. Aires, 1979, vol. 3, pág. IX.

5. Serge Regourd, *L'acte de tutelle en Droit Administratif français*, L.G.D.J., París, 1982, págs. 202, 211 y 212.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

emanan obligaciones para el controlado, excepto la de no hacer lo que el control desfavorable ha declarado indebido. La libertad del controlado para el ejercicio de su exclusiva competencia es, entonces, relativa y se da sólo para lo que ese contralor permite, sin imponerlo, es decir: para realizar la conducta debida. El controlado carece de libertad para realizar el acto indebido. Pero tal es la única limitación que el control impone a esa libertad, por lo que se ha dicho que la suya es siempre una función pasiva: impide realizar lo "irregular" pero no permite lograr que se haga lo "regular" y debido. Se trata siempre de un freno, no de un motor.[6]

Todo lo dicho exige una breve explicación de los únicos tipos de control que parecen enervar las anteriores conclusiones, a saber: la autorización y la sustitución de acto.

Las autorizaciones.

El control puede darse en cualquier tiempo de la conducta administrativa, por ejemplo: antes del acto (autorización), después (aprobación) y aun durante su ejecución o posteriormente (anulación). La autorización es el acto por el cual se declara que un proyecto de resolución administrativa es "regular" y puede convertirse en acto, según un juicio que generalmente es (también) de oportunidad. Consecuentemente, lo normal es que la autorización sea previa al acto y posterior a su proposición por el controlado. Desde este punto de vista, es anterior al acto y al ejercicio de la competencia del controlado, pero en ningún caso ataca la exclusividad de esa competencia ni la libertad para ejercerla. Si se "desautoriza" el controlado queda reducido a la inercia, pero si se autoriza conserva libertad para no realizar el acto autorizado, y en ninguno de los dos casos el contralor puede imponer un acto al controlado, ni hacer lo que corresponde a éste.[7] Como resulta claro de lo dicho, el efecto de la "desautorización" es jurídicamente impediente y el deber de no actuar o la prohibición de hacerlo nacen de la ley, no de una orden del contralor. Pero puede concederse lo contrario y sostenerse el carácter no "activo" del control, aun si se reputa la "desautorización" como mandato negativo (orden prohibitiva), porque, en todo caso, el control conservaría su función negativa y contentiva, imponiendo, a lo sumo, una abstención, no una acción, e impidiendo una irregularidad, sin garantizar ni causar el acto "regular".

La sustitución.

En lo que a ésta toca, cabe decir que sólo es posible cuando el controlado no cumple un deber legal precisamente establecido a su cargo, por la razón que sea, y, sobre todo, pero no exclusivamente, cuando ello obedece a negligencia administrativa. Si, como se dijo, el control sólo existe incluye la potestad de impedir la "irregularidad", la sustitución es necesaria, porque sólo se da cuando el caso sometido a examen es el de una omisión ilegal —culpable o no— del controlado, cuya aparición o prolongación solo puede evitarse o hacerse cesar mediante la realización de la conducta debida. En tal caso, la declaración de ese deber sin la sustitución dejaría las cosas como estaban y consolidaría más bien la ilegalidad declarada. La sustitución se explica, entonces, no tanto como una forma de ejercer por él la correcta y libre iniciativa del controlado, que la ha abandonado, cuanto como la única forma posible de ejercer el control, desde el punto de vista de su función preventiva o represiva (de la irregularidad).[8]

Sobre esta base puede precisarse más al decir que control es una función auxiliar de la administración activa, para mantenerla dentro de los límites de lo debido, con respeto para la exclusividad y para la libertad de ejercicio de la competencia controlada, salvo norma expresa en contrario.

4. La naturaleza de los intereses protegidos con el control.

Hemos hablado de impedir lo indebido. ¿Para quién y desde qué punto de vista?

Dominante ha sido la opinión de que el contralor sirve los fines de quien lo ejerce, no los del sujeto controlado. Normalmente, los del Estado,

---

6. Pero hay quienes tienen concepto opuesto del contralor y opinan que el mismo es hoy y en un Estado Social un medio de planificación y ejecución del plan nacional más que un freno contra lo irregular o disconforme con éste, para lo cual véase André Demichel, *Le controle de l'Etat sur les organismes prives*, L.G.D.J., París, 1960, vol. I, pág. 3; y se verá que hoy las autorizaciones programáticas son efectivamente un instrumento de planificación para un caso concreto.

7. André de Laubadere, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, L.G.D.J., París, 1956, vol. 1, pág. 147; Jacques Dembour, *Les actes de la tutelle administrative*, Maison Larcier, Bruxelles, 1955, pág. 146, núm. 87.

8. Eduardo Ortiz, *La autonomía administrativa costarricense*, San José, Lehmann, 1967, págs. 198 y 199.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

no los de la municipalidad. Caso opuesto, habría una inmisión en la esfera de competencia de éste, que precisamente por la libertad residual anidada en la exclusividad de su competencia, se supone ser el más capaz para gestionar y proteger los suyos. Y, todavía más claro, ello es mayormente así cuando se aplica el dogma de que el control puede perseguir únicamente la regularidad del acto controlado, no los fines propios de este último, porque ello sería acción administrativa y no control. El fin estatal del control sería, entonces, la coordinación y, de ser necesario, la subordinación del acto controlado frente al ordenamiento jurídico y a la utilidad y conveniencia del Estado o, en último término, de la comunidad nacional. La protección de la institución controlada frente a sí misma, el evitar la frustración de su misión pública, sería cosa exclusiva de la institución y extraña al control.[9]

Pero es evidente que esto último es insostenible cuando se trata de la observancia del ordenamiento general del Estado, incluyendo las normas creadas por la institución controlada e incorporadas a ese ordenamiento por disposición (remisión, delegación, reconocimiento, etc.) originaria de aquel. Y ello por una insoslayable razón, que es el máximo interés del Estado en la observancia del ordenamiento que él ha creado, demostrado por el acto mismo de su creación o reconocimiento por él. Luego, nunca un problema de legalidad puede ser extraño al control desde el estricto punto de vista de la estructura y función de éste, aun admitiendo que tal función sea excluyente de una tutela en favor de la institución controlada y de la realización de sus fines.[10] El problema surge únicamente en relación con la tutela de esos fines no a través del ordenamiento legal sino de criterios distintos y provenientes de otros órdenes no estatales, aunque también afecten intereses del Estado. Esto nos lleva casi directamente a la breve descripción de las técnicas de control y de su efecto sobre ambos intereses, el del contralor y el del controlado, sobre todo desde el punto de vista de los tipos de reglas aplicables como criterio de "regularidad", que llamaremos "reglas del control".

Pero podemos concluir, desde ahora, en que es errada la tesis que asigna al contralor la exclusiva función de tutelar los suyos propios, exactamente por la misma razón ya apuntada respecto de la legalidad administrativa. Y es que resulta evidente que los fines e intereses del sujeto controlado son parte importante del bien público a cargo del contralor, cuando no medios o instrumentos de su interés propio. Ello es indudable en relación con los entes-fundaciones, cometidos a fines de ellos impuestos por el fundador y obligados a realizarlos única y exclusivamente en beneficio de la comunidad nacional o de otra parcial, pero siempre extraña a la fundación. El ente instrumental —como debe llamarse a la entidad pública fundacional— persigue necesaria (aunque indirectamente) fines e intereses que son tanto del Estado como propios. El problema parece surgir únicamente en relación con corporaciones, territoriales o sectoriales. Su inmediación respecto de la comunidad de base ha llevado a ilustres juristas a calificar a muchas de ellas como corporaciones sectoriales de base privada, públicas en cuanto a sus actos de autoridad o de servicio público, privadas en su naturaleza y en lo demás.[11] No creemos posible este enfoque, no al menos en Costa Rica. Todas las corporaciones de origen legal —territoriales o sectoriales— reúnen en Costa Rica los requisitos para ser públicas, con todo lo que ello conlleva. Se trata de lo siguiente: son entes creados por ley para el ejercicio de funciones y servicios públicos, que así resultan su verdadera causa y razón de ser. El origen legal no es decisivo para darle al ente naturaleza pública si su régimen de organización y funcionamiento es privado por obra de la ley. Pero si es público, en cuanto distinto del que corresponde a entes colectivos privados, el ente es público. Y las corporaciones sectoriales lo son porque su causa de ser y servir es un fin dado por su ley orgánica, para ser cumplido obligatoriamente por ellas, a través de una función o de un servicio públicos, salvo derogación de ley.[12] En Costa Rica, además, con sujeción a los principios básicos del servicio

9. Dembour, op. cit., pág. 8.

10. Luciano Parejo Alfonso, *Relaciones inter-administrativas y régimen local*, Madrid, 1983, pág. 215; Eduardo García de Enterría, *La ejecución autónoma de la legislación del Estado*, Civitas, Madrid, 1983, págs. 102 y 104.

11. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1981, vol. I, págs. 328 y sigtes.

12. Fabio Roversi Monaco, *Gli enti di gestione*, Giuffrè, Milano, 1967, págs. 293, 297, 378 y 379. Renato Alessi, *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1981, *Questione processuali e sostanziali in materia di rapporto di dipendenti degli enti pubblici economici*, pág. 483.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

público, aun si la comunidad de base es voluntaria y no obligatoria (hipótesis de las asociaciones mutuales del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo) y aun si los moldes y el régimen de la actividad son privados (hipótesis de las empresas públicas creadas por ley) (art. 4 L.G.A.P.).[13] Si voluntariamente la corporación no cumple su misión legal, viola la ley; si la misión no es obligatoria por ley, la corporación es privada. La existencia de fines legalmente obligatorios es signo seguro de la publicidad del ente, sea cual sea su origen. Tales fines no se dan en los sujetos privados, libres para escoger los propios.

Ahora bien: si el ente corporativo es público, es sujetable en principio al control estatal, porque su creación —que es acto de soberanía— sólo puede explicarse como dirigida a la realización del cometido orgánico de la corporación. Que este interés sea de grupo y no sólo estatal, no significa que sea sólo del grupo y menos todavía que pueda darse normalmente contra el Estado, salvo disposición de éste en contrario. En principio, el control es posible frente a todo ente cuya misión pública —en cuanto causa y sostén obligatorio del ente— haya sido dada por acto del contralor o del Estado, porque ello significa que la misma integra el bloque del bien público para estos últimos y no sólo para el controlado.

No hay posibilidad de deslindar ambos intereses y menos de fundar por esa vía la distinción entre control y acción, entre fiscalización y administración.

El fin del control es siempre, al menos, doble, a saber: buscar el acomodo de la conducta administrativa a lo debido en bien de su eficiencia, para la realización tanto del bien público a cargo del contralor como del que está a cargo del controlado; o, todavía mejor, es una sola misión y consiste en lograr la regularidad de la administración en bien de los fines públicos creados e impuestos por el Estado, aunque estén a cargo de otro. Ambos tipos de fines integran el bien común que el contralor trata de proteger. No hay nada en principio que vede el control administrativo sobre un ente público, en función de sus fines propios y de los otros que el Estado persiga, por sí o a través de otras instituciones.[14] El problema no se pone desde el punto de vista de la titularidad de los intereses tutelados. El problema se pone desde el ángulo de la libertad concedida por el Estado al ente controlado.

5. Fundamento del control.

Cuando el control es intersubjetivo y abarca, al menos, dos sujetos de Derecho, exige una norma de base que lo cree, por tratarse, según lo dicho, de una potestad de imperio, que implica una sujeción del sujeto controlado. Nace aquí la justificación del adagio de que "no hay control sin texto ni más allá del texto", tenazmente sostenido por la jurisprudencia del Conseil d'Etat. En Francia ello significa que una norma expresa tiene que autorizar el control, aunque no sea una ley de la Asamblea Nacional, sino un mero reglamento.[15] Significa lo mismo en Costa Rica.[16] La regla implícita es la de que todo texto base del control y el régimen de éste como función pública tienen que interpretarse restrictivamente contra el control y a favor del sujeto controlado.[17] La autonomía, en otras palabras, es la regla y el control la excepción, en evi-

---

13. Art. 4. L.G.A.P.: "La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios".

    Esta norma sujeta todo servicio público en Costa Rica en un régimen administrativo de conjunto, aun si se trata de servicios industriales o mercantiles, pues aun en estos rigen los cuatro principios clásicos que enuncia e impone el artículo 4 transcrito. En materia de servicios públicos industriales o mercantiles es el principio de trato igual el que más importa, pues todos los usuarios tienen derecho a trato igual si se hallan en condición similar; véase al respecto Jean de Soto, *Droit Administratif, Theorie générale du service public*, 1981, Montchrestien, págs. 50, 51 y 55; J.M. Auby y R. Ducos Auder, *Grands services publics*, Themis, París, 1969, vol. I, págs. 32, 33, 42 y 43.

14. Guy Melleray, *La tutelle de l'Etat sur les communes*, Sirey, París, 1981, págs. 39 a 46, donde se llega a elencar la protección y tutela de intereses privados entre las funciones del contralor administrativo.

15. Jean Pierre Dubois, *Le controle administratif sur les établissements publics*, L.G.D.J., París, 1982, págs. 57 a 60 y 86.

16. La mayoría de los entes públicos menores son instituciones autónomas en Costa Rica, sujetas a y favorecidas por el régimen constitucional previsto por el artículo 188 de la Constitución, que incluye una reserva de ley en lo que toca a su potestad de gobierno. Pero las leyes respectivas sólo excepcionalmente se han dictado, y las orgánicas de dichos entes consagran su irrestricta autonomía funcional en esa materia frente al Poder Ejecutivo.

17. José Antonio García Trevijano Fos, *Tratado Derecho Administrativo*, vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, pág. 457.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dente paralelismo con el otro y más fundamental dogma de que la libertad individual es la regla y es excepcional y textual la potestad de imperio (principios de libertad y de legalidad). Pero ello tiene excepciones, sobre todo en razón de reglas técnicas que complementan el régimen expreso de las instituciones de ese Derecho para garantizar el logro de su función pública, salvo ley expresa en contrario. Esto conduce a la admisión de formas de control implícito en esas instituciones, que tienen rango constitucional cuando éstas son constitucionales: así, por ejemplo, el control parlamentario sobre el gobierno, a partir del carácter de supremo representante del pueblo propio de la Asamblea Legislativa, que no está expresamente contemplado en nuestra Constitución y que es normalmente preterido, cuando no ignorado, en la letra de las constituciones correspondientes a regímenes presidenciales. Y se explica la diferencia con el principio de legalidad, porque éste protege la libertad del hombre, que es valor mucho más importante que la autonomía de los entes públicos, instrumentos al servicio no sólo del hombre sino del Estado. De ahí también la regla básica de que los derechos humanos sólo corresponden a un ente público por analogía y compatibilidad, no por aplicación directa.[18] Cuando la naturaleza de la institución exige sujeción a otro ente, su autonomía plena no debe existir y el control debe ser posible, por principio general no expreso, que sólo puede derogar texto expreso de ley.[19]

El grado en que ello es así depende obviamente de los textos y, en segundo término, de la naturaleza de la institución y de los imperativos de su estructura y de su función institucionales. Y depende, sobre todo, de la ley, que en Costa Rica ha sido desfavorable a la existencia de controles no expresamente creados por norma escrita, aunque se trate de entes públicos fundacionales y no de municipalidades, beneficiarios de tal enfoque por mayoría de razón.

6. Los peligros de la libertad y del control.

Fácil resulta concluir de todo lo anterior en que el peligro que el control encierra está en lo que puede impedir, no en lo que puede imponer. Y, al respecto, las alternativas son dos, una autónoma y otra dependiente de la primera, a saber:

a) si se corre el riesgo de permitir lo "irregular" hasta su consolidación o consumación, eliminando todo control;

b) caso opuesto, si se opta por el control, con qué límites en relación con la libertad de acción del controlado.

Como es obvio, la respuesta a esta última cuestión depende ante todo de criterios materiales sobre lo que es indebido y su rango peyorativo; es decir: se requiere primero conocer bien la regla de control, de cuya aplicación depende permitir o impedir la conducta del controlado. Esto sólo puede lograrse con vista de las instituciones positivas y de los principios generales que las sustentan. Pero, en segundo término, es necesario establecer el alcance del control, pues las posibilidades van desde la de prohibir todo lo indebido hasta la de permitirlo todo, excepto que sea gravemente lesivo a la norma de control. Para observar tal gradación de intensidad en el control resulta inevitable poner en juego diferentes procedimientos, cuya instrucción permita al contralor alcanzar el máximo de éxito en su función, según la meta preestablecida.

Es muy claro ahora el peligro a evitar: es la inercia del controlado, por un exceso de control. Se operan técnicas tales que alcanzan a prohibir o impedir todas las conductas del controlado necesarias para el buen cumplimiento de su gestión. El polo opuesto arrojaría igual ineficiencia, por exceso de libertad del controlado, que podría

18. Philippe Braud, *La notion de liberté publique*, L.G.D.J., París, 1968, págs. 208 y 209.

19. Esto permite una concepción de la autonomía local como una suma de potestades limitadas por principio y tanto por las necesidades de unidad (de estructura y funcionamiento) del Estado, como por aplicación del principio de igualdad en el ámbito nacional a todos los usuarios de los servicios locales, los cuales, sin necesidad de ser uniformes, deben ser equivalentes; véase al respecto Luciano Parejo, *Estado social y administración publica*, Civitas, Madrid, 1983, págs. 224, 230, 231, 233 y 234. En Francia se justifica la necesidad por principio del contralor administrativo estatal sobre los entes locales sobre la base de parecidas razones, para lo cual véase Mellery, op. cit., págs. 27 a 30 y 89. Pero no puede ignorarse que en Derecho Comparado es claramente dominante la opinión que exige ley o reglamento —y no un principio general de Derecho— para que haya control estatal sobre municipalidades; véase al efecto Dubois, op. cit., pág. 48. Véase igualmente Charles Debbasch, *Institutions et Droit Administratifs*, vol. I, Themis, París, 1976, pág. 413. La tutela tácita y de principio encapsulada en la descentralización y fundada en la subordinación de la misma al Estado ha sido objeto de demostración por varios autores franceses, opuestos a la regla sentada por el C.E., para lo cual véase Dubois, op. cit., págs. 83 y 84 y nota 12 ibídem, dando cuenta de la posición de Roland Drago y sus seguidores al respecto; pero estos autores —según la cita— dejan fuera de la tutela extratextual de principio a todas las municipalidades y corporaciones territoriales, a las que reputan libres por principio en razón de la autonomía sustancial del interés que representan, propio de una comunidad local distinta de la nacional o estatal.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

hacerlo todo sin impedimento alguno, con permanente peligro de abuso o de dispersión y derroche de medios y de energía.

7. Los tipos de control y sus tendencias frente a la libertad.

Los tipos de control más corrientes y, en todo caso, los que pone en juego el control sobre municipios son de sobra conocidos y resulta innecesaria su pormenorizada explicación. Lo que ahora importa es resaltar su relación con la libertad del controlado y con la eficiencia de la administración pública (como actividad).

a) Control sobre las personas y sobre los actos.

Es la división fundamental. Los primeros van dirigidos a surtir efecto sobre la relación orgánica y de servicio del titular del órgano sujeto a control, suspendiéndola o poniéndole fin; los segundos atacan la existencia o el efecto del acto o actos controlados.[20]

i) Remoción y sustitución del titular.

La potestad de remover al titular es, con la de sustituirlo, la más drástica que conlleva la función de control. Tiene la característica de poder ser acto de doble función, disciplinaria y contralora al tiempo. Así es cuando se funda en faltas del afectado; cuando el motivo no es una falta, sino la perturbación grave del funcionamiento del órgano por deficiente o nulo desempeño de su titular sin culpa de éste, se trata de una función pura de control, sin ingrediente sancionatorio o retributivo. En este último caso es un procedimiento preparatorio de otro definitivo, también de control, que es la designación del sucesor; pero se trata de verdadero "presupuesto" de esta designación, que lesiona al removido y que, pese a su carácter preparatorio, se reputa como "externo" para efectos de su impugnación.

Contralor-sanción. Puede recaer sobre un regidor o sobre una mayoría colegial, cuando es ésta quien pone votaciones gravemente ilegales o contrarias a Derecho, aun si se trata de violaciones graves de contratos, que no son fuente de nulidades pero sí de responsabilidades, tanto personales y disciplinarias de sus autores (los que formaron la mayoría respectiva) como puramente civiles, en cuyo caso recaen normalmente también sobre la municipalidad. Sólo puede recaer sobre los regidores autores de la o las violaciones, pero resulta dudoso que pueda afectarlos si éstas no se dan, aunque haya habido un voto ilegal de algunos miembros de minoría, pues, entonces, no habría daño, aunque hubiese votos ilegales. Responsabilidad disciplinaria y ejercicio cabal de control pueden darse también en contra de un regidor por sí y aparte de su calidad de miembro del concejo, cuando éste lleve a cabo ilegalidades graves actuando como regidor pero fuera de votaciones concejiles. En cualquier caso, las faltas graves o reiteradas contra el orden jurídico por parte del regidor o de una mayoría concejil carecen de regulación en el Código, que sólo contempla la ausencia injustificada y prolongada (por tres meses) del regidor como causa de cancelación de su credencial por el Tribunal Supremo de Elecciones, como se verá con más detalle.

Disolución del concejo e intervención de su administración.

En esta hipótesis, la remoción del titular colegiado no supone necesariamente una falta, de un regidor o de una mayoría del concejo respectivo, sino una perturbación grave y excepcional en su funcionamiento o, más bien, el no funcionamiento del órgano colegiado, que bloquea o paraliza la administración municipal como un todo, aun cuando no medie violación de leyes (por ej.: por empates de votación debidos a enfrentamientos partidistas en el seno del concejo). En este efecto enervante —y no la falta que eventualmente pueda haberlo causado— lo que justifica la remoción del colegio concejil mismo, cuando de éste proviene la perturbación causante de la inercia. De conformidad con lo dicho ahora, esta causa puede ser incluso una falta disciplinaria, pero no se aprecia como tal sino como hecho jurídico consistente en el resultado producido, que es la grave perturbación del funcionamiento o la parálisis del concejo y de la administración municipales. Como consecuencia de ello, es todo el concejo el que resulta disuelto, para ser sustituido por otro que pueda superar la crisis, sobre las bases que le ponga un funcionario central nombrado a tal efecto, llamado comisario, interventor o comisionado estatal. Y ésta es la parte más importante en la estructura del procedimiento del caso, pues la disolución del concejo municipal sólo tiene por mira hacerlo suceder de inmediato por tal funcionario, para des-

20. Melleray, op. cit., págs. 256 y sigtes.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pués dar acceso posterior y ya definitivo al nuevo colegio, sucesor normal del cuerpo colegial disuelto. Como se dijo, respecto de estas investiduras posteriores, la disolución es meramente acto preparatorio, pero impugnable no sólo por los regidores afectados —que son todos y sus suplentes— sino también por la municipalidad como tal, que tiene derecho a su funcionamiento normal a través de la dirección del cuerpo colegial previamente electo con ese fin. No está claro en doctrina quién es responsable por los actos del interventor, pero sí sus límites: sólo puede actuar en la medida estrictamente necesaria para restablecer el orden normal o poner las bases del mismo, resolviendo los problemas que causaron —con o sin culpa— el bloqueo de la administración municipal. Se trata, en nuestro concepto, de otro caso de sustitución, pero no de acto o por acto, sino del titular normal por otro extraordinario, que es un órgano municipal competente para administrar por cuenta de la municipalidad en tiempos de crisis, y que, por ello mismo, es distinto del concejo y necesariamente temporal. Los resultados de sus actos deben, en nuestro concepto, imputarse siempre a la municipalidad. Pero esto es polémico y hay opiniones en contra, que refieren el órgano extraordinario y sus actos y responsabilidades consiguientes al Estado en cuanto éste ha nombrado al interventor.[21]

Este tipo de control, por remoción del titular propietario para sustituirlo por intervención extraordinaria, sólo está previsto en Costa Rica por el artículo 98 L.G.A.P., para los casos en que haya desobediencia reiterada e injustificada del inferior no jerárquico —como el concejo municipal frente al gobierno— de las directrices recibidas dentro del marco de la capacidad planificadora del Estado sobre los entes descentralizados en general, por virtud de los artículos 26.b y 27.1 ibídem. Es posible que pueda reputarse que tal artículo 98 L.G.A.P. no es aplicable a la municipalidad por el origen electoral del concejo, que legitima cualquier discrepancia programática suya respecto del gobierno, a modo de título para darse su política propia aun en contra de la planificación central.[22] Opinamos que ello es así actualmente en Costa Rica, con vista de la autonomía plena de gobierno que confieren a la municipalidad costarricense los artículos 169 y 170 de la Constitución, que se la otorgan sin cortapisas. Pero creemos indebido que así sea y que, más bien, la Constitución debe proclamar claramente esos límites y, como el fundamental, la sujeción de la municipalidad y de su capacidad de gobierno a la planificación estatal, siempre con recaudos constitucionales que, al restringir sectorialmente y tipificar esta planificación central al máximo posible por todo otro concepto, la hagan compatible con aquella autonomía municipal. Como se verá, lo que sugerimos al respecto es una reserva de ley no sólo en lo que toca a la capacidad pública de acción y a la esfera de atribuciones de la municipalidad, sino también en cuanto a la potestad de planificación, dirección y control sobre ella, con especificación de límites que operen o hagan posible aquella necesaria convivencia, obviamente con el también necesario predominio del Estado. En todo caso, valga la importante observación de que en ordenamientos que no tienen previstos mecanismos de control de democracia directa o semidirecta, la disolución de cuerpos electivos o la remoción de sus integrantes suele atribuirse al gobierno, si no hay otro órgano constitucionalmente competente al efecto. En Costa Rica lo hay.

En Costa Rica corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones declarar la nulidad de credenciales de los regidores municipales, cancelarlas por los motivos de ley y aceptar las renuncias de los regidores cuando fueren procedentes, todo en sede y función jurisdiccionales, si ello se hiciere contencioso (art. 31 del Código). Tal es importante garantía en Costa Rica, pues se trata de tribunal del Estado, cuyos titulares son nombrados por la Corte Suprema de Justicia, y que tiene a su cargo en forma exclusiva y totalmente autónoma la organización, dirección y vigilancia de todo lo relativo al sufragio, con el rango e independencia de los otros Supremos Poderes (art. 9 de la Constitución).

Quede claro, en todo caso, que la disolución del concejo puede estar motivada por todos aquellos hechos que lo paralicen o perturben gravemente e, incluso, por faltas graves de sus integrantes como regidores o como miembros de una

21. Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Bs. Aires, tomo 1, págs. 507 y 509, quien opina que el interventor representa al Estado y tiene facultades limitadas, que pueden ser menores, pero nunca mayores que las del cuerpo intervenido; en contra, en cuanto al carácter del órgano interventor, que reputa local y no estatal, pero de acuerdo en cuanto a la índole limitada de sus poderes de gestión, Buttgenbach, op. cit., pág. 235.

22. Fabio Roversi Monaco, *Profili giuridice del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1970, págs. 243, 249 y 250.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

mayoría que las cometa, por votaciones atentatorias contra valores fundamentales del ordenamiento o del interés público, tanto local como nacional. En esta hipótesis, como ya se apuntó, su adopción es, además de sanción, medida de control administrativo y preparatoria de una intervención administrativa.

Es claro, por otra parte, que las omisiones de nuestro ordenamiento en punto a la disciplina sobre los regidores y a la disolución del concejo con intervención de la administración municipal, en casos de faltas graves o de cualquier otro hecho que haya paralizado o perturbado gravemente su funcionamiento, representan típicas lagunas, que —según el art. 5 L.O.P.J.— debe llenarse por empleo de los principios generales de Derecho. ¿Será posible sostener la existencia de contralores administrativos con base en principios generales, que, en el caso, podrían ser los del estado de necesidad y de la urgencia? Parece debido contestar afirmativamente, por lo grave que podría ser la inercia estatal ante los abusos o abandonos graves —eventualmente delictivos— de la municipalidad en contra del interés público en general o, en especial, del encomendado a ella, en forma lesiva para el Estado, al público o terceros en particular. Todo lo cual confirma la necesidad de examinar caso por caso la posibilidad de contralores de principio y extratextuales, en derogación de la rígida regla opuesta sentada por la jurisprudencia del Conseil d'Etat y acogida legislativamente en Costa Rica.

Hay quienes reputan este control, sobre las personas u órganos, como excluyente del que se da sobre los actos y, en todo caso, no acumulable al mismo, pero tal incompatibilidad habría de estar creada por ley para ser aplicable, lo que no se da en Costa Rica.[23]

ii) Controles sobre los actos.

Los controles más importantes sobre los actos son las autorizaciones, las aprobaciones, las anulaciones, los vetos (estos últimos de índole cautelar) y las sustituciones de acto.

Autorizaciones y planificación.

Suponen las autorizaciones una potestad preexistente y operan como permisivas de su ejercicio. Si se deniegan, al petente le queda prohibido actuar y resulta jurídicamente obligado a la inercia; si se dan, el interesado puede escoger entre actuar o no hacerlo, salvo que su potestad al respecto se halle previamente vinculada por virtud de otro hecho o acto extraño a la relación de control.

Su omisión causa nulidad relativa, subsanable por aprobación a posteriori (art. 188 L.G.A.P.). Suponen un control total del acto, puesto que se dan sobre su proyecto también total y, por ello, un escrutinio incisivo de su legalidad y oportunidad hasta en sus menores detalles. Por este su resultado eventualmente impediente de toda conducta del controlado, se reputa el control preventivo más intenso y restrictivo de su libertad y se reserva, por ello mismo, para aquellos actos más importantes o trascendentes del controlado. Cuando son discrecionales e inciden sobre una actividad y no sobre un acto —entendida aquella como comportamiento continuo por lapso prolongado y llamado a producir resultados materiales— crean una relación de sujeción especial del controlado e invisten al contralor con una potestad de inspección, que conduce eventualmente a una revocación de la autorización, por faltas o hechos supervinientes que alteran nociva o peligrosamente la relación entre los intereses inicialmente afectados por la actividad. El fenómeno es complejo, sobre todo, si tanto motivo como contenido de la autorización son discrecionales, pues entonces la autorización puede conformar el contenido mismo del derecho autorizado, al imponer regulaciones y condiciones para su ejercicio que sólo la autorización contiene. Y, finalmente, el fenómeno se hace más grave y complejo cuando, fuera de tal discrecionalidad, la autorización conlleva el ingreso a una actividad programada o planificada, de mayor o menor interés público. Si se trata de actividad sujeta a dirección y planificación continuas y de alcance general para la actividad en cuestión, nace lo que suele llamarse un ordenamiento de sector, donde el único vínculo preciso y determinable al momento de la autorización es el contenido inicial y provisional de ésta en relación con un fin sectorial delimitado. Se trata, en tal caso, de autorizaciones que desarrollan la planificación, haciéndola cada vez más concreta y localizada, hasta ajustarla exactamente a las dimensiones, circunstancias y capacidades de un ente en particular. Este fenómeno deja ver que, a la par de

23. Dubois, op. cit., pág. 345; en igual sentido Francisco Sosa Wagner, *Organización y control del sector público empresarial en España*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971, pág. 105.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las autorizaciones meramente permisivas y puramente de control, se dan también las llamadas autorizaciones en función programática o de programación, que ya no se limitan a impedir un daño sino que instrumentan a su titular en función de un plan o programa del contralor o de otro ente, en cuyo beneficio real se da la autorización, aparentemente favorable sólo al autorizado.[24] Es decir: la autorización deja de ser un instrumento de control para convertirse, si es libremente aceptada, en uno de dirección y planificación, que configura y, por ahí, crea el derecho que autoriza o, en el peor de los casos, lo sujeta a la configuración futura que pueda imprimirle la potestad reguladora, directriz y de ordenación del contralor, quien puede ser otra autoridad pública. La autorización se convierte ante todo en una fuente de deberes públicos. En esta hipótesis el llamado control permite la quiebra del adagio "no hay control sin texto ni más allá del texto", pues la autorización implica, sin decirlo la norma de base, potestades inherentes o concomitantes como las descritas, de alcance opresor contra la autonomía del controlado mucho más grave que el de la autorización meramente contralora. Se ha emigrado inadvertidamente al campo de la planificación, bajo la máscara del control por autorizaciones.[25] Este nuevo enfoque de las autorizaciones —realista como es— contiene una peligrosa quiebra de los principios de legalidad y de reserva de ley, en contra de la libertad de empresa privada.

Aprobaciones.

Condicionan la eficacia del acto controlado, que no puede producir efectos ni legitimar su ejecución sin ella, aunque sea acto válido en sí. Hay quienes creen que no se distinguen de las autorizaciones, no sólo porque éstas pueden ser tardías y darse después de dictado el acto, sino principalmente porque, cuando las aprobaciones son discrecionales y posibles por motivos de oportunidad, su problemática es igual a la de las autorizaciones, de las que se reputan más bien una especie. En efecto: las hay también de control y de plan o programa, con la consiguiente drástica pérdida de libertad en perjuicio del controlado. Según la doctrina dominante, la norma de control que las rige y según la cual debe decidirse el fondo del control operado, es también de oportunidad salvo regla expresa en contrario.[26]

Anulaciones.

Es el más benigno de los controles sobre los actos, porque no exige darse en etapa anterior ni al acto ni a su efecto y suele darse frecuentemente después de su ejecución. Su carácter es declarativo cuando se funda en la existencia de la nulidad, nulidad absoluta o de pleno Derecho, entendida como una ineficacia jurídica intrínseca e insubsanable, en razón de una violación grave al orden público o al orden basilar del Derecho Público, aunque, como tal, no sea gravemente nociva para otros bienes en el caso concreto. Su declaración es obligatoria, es perpetua la potestad para hacerla y produce efecto retroactivo, con las salvedades en favor de situaciones consumadas e irreversibles —jurídica o materialmente—, que, como tales, son más efectos del hecho jurídico de su consumación que del acto declarado nulo. El artículo 174 L.G.A.P sujeta los recursos administrativos y la acción de anulación o de declaración de nulidad del acto absolutamente nulo (o nulo de pleno Derecho) a sendas caducidades de cuatro años, lo

---

24. Massimo Severo Giannini, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, págs. 180 y sigtes., esp. 190 y 200; García de Enterría y Fernández Rodríguez, op. cit., págs. 123 y sigtes.

25. El fenómeno ha sido estudiado sobre todo por la doctrina italiana, para lo cual véase: Flaminio Franchini, *Le autorizazzione amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione pubblica e i privati*, Giuffrè, 1957, pág. 67; Mario Nigro, *L'edilizia popolare como servizio pubblico*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Giuffrè, 1957, págs. 187, 188, 189, 192 y 194; Gustavo Vignochi, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Giuffrè, 1974, pág. 49, así como *Aspetti pubblici del servizio del credito*, Studi In Memoria di Guido Zanobini, tomo II, Giuffrè, págs. 605 y 607; y Massimo Severo Giannini, *Sull'azione dei pubblici potere nel campo dell'economia*, Rivista Diritto Commerciale, Università di Milano, Giuffrè, 1959, pág. 321; y, del mismo autor, Diritto Amministrativo, Giuffrè, Vol. 1, pág. 166. La doctrina española ha estudiado también el fenómeno, para lo cual véase: Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, op. cit., vol. II, págs. 126, 127 y 133 y sigtes., esp. 139 a 144; J. Manzanedo y otros, *Curso de Derecho Administrativo Económico*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976, págs. 693 y sigtes., esp. 702 a 704; y sobre todo, la obra de Manzanedo, *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1968, págs. 410 y 413. La sistematización de las autorizaciones directrices o programáticas ha puesto en crisis la figura misma, que hoy ya no supone siempre un derecho preexistente; Manzanedo expone esta crítica brillantemente en su última obra antecitada, págs. 415 y sigtes.

26. Regourd, op. cit., pág. 128 y literatura ahí citada; Dubois, op. cit., págs. 295, 296 y 324 a 328; Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Estudios de Administración, Madrid, 1980, vol. I, pág. 488 y literatura ahí citada; Donato Donati, *Scritti di Diritto Pubblico*, CEDAM, Padova, vol. II, pág. 9.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que hace posible esa impugnación eventualmente en un lapso de ocho. Se trata de uno de los gazapos mayores de la Ley General, técnica hasta el preciosismo en otros aspectos. Y es tan grave la falla, al desconocerse el carácter perpetuo que debe tener la posibilidad de impugnación de la nulidad absoluta, que hemos dicho ya que nuestra jurisprudencia tendrá que ignorar el artículo 175 L.G.A.P. y, por encima o a espaldas de su texto, crear la inexistencia del acto administrativo, como válvula de escape a imperativos de justicia en casos en que sean insoslayables por el rango de los valores o bienes jurídicos lesionados (véase Eduardo Ortiz, Nulidades del Acto Administrativo en la L.G.A.P., *Revista de Ciencias Jurídicas,* Seminario Internacional de Derecho Administrativo, 1981, págs. 441 y 442). Porque, en síntesis, la acción de impugnación de la nulidad absoluta es perpetua por la naturaleza de las cosas, aunque sea caducable por ley. Todo lo cual, como bien se entiende, resulta procedente también en contra de la aplicación o, más bien, de la aplicabilidad del artículo 173.4 ibídem, que igualmente sujeta a caducidad cuatrienal la potestad de anulación de oficio en vía administrativa del acto absolutamente nulo, aunque sea declaratorio de derechos. Caducidad que, como la de la potestad de impugnación de la nulidad de pleno Derecho, creemos jurídicamente aberrante y destinada a la desaplicación progresiva por nuestros tribunales, cuando así lo exija la justicia e importancia social del caso. Panorama diverso y más bien opuesto, en todo concepto, presenta la anulabilidad o nulidad relativa, tanto doctrinariamente como en el articulado de la Ley General.

Los efectos de la anulación que se funde en aquella —según ambos enfoques— son constitutivos y hacen cesar una relación propiamente jurídica y hasta ese momento viva que, según arbitrio del legislador, puede desaparecer sólo hacia el futuro (ex nunc) o retroactivamente (ex tunc). En esta hipótesis es discrecional la declaración, son caducables la potestad y la acción respectivas, y, además, es subsanable el vicio por saneamiento de los elementos defectuosos (hipótesis de la incompetencia, de la falta de motivación, de la adopción de motivo primeramente ignorado pero existente, etc.). Pero no obstante la benignidad que de la anulación se predica como forma de control, supone también perturbación grave de la actividad del controlado, y expone al contralor a reclamaciones resarcitorias por los daños y perjuicios que causa si son ilícitos, especialmente si aquella tiene lugar después de iniciada y, peor aún, de terminada la ejecución del acto anulado. En todo caso, es acto de "préalable", que típicamente anticipa una decisión jurisdiccional en ejercicio de la autotutela administrativa, pues ésta, precisamente por ser tal, pierde cada día más terreno en beneficio de la auténtica justicia, judicial en la mayoría de los países de habla española, a la cual cada día más quiere entregarse, en definitiva, todo conflicto de legalidad con la Administración. La anulación es compatible y acumulable con los controles de autorización y aprobación, que, como se dijo, suelen ser normalmente de mérito u oportunidad, salvo norma en contrario.

Vetos.

Son medios de suspensión de la eficacia de un acto, por el contralor, en tanto reúne los elementos de juicio para ejercer el control en forma definitiva o para que acceda el caso al superior del órgano de veto, normalmente el jerarca de la Administración central en el ramo afectado, todo dentro de plazo precluyente del control desfavorable, con lo que se tiene por favorable después. Preceden normalmente la anulación y la aprobación y se expresan no como verdaderos actos de voluntad sino más bien como manifestaciones y transmisiones de opinión sobre la invalidez o irregularidad del acto vetado, con el efecto legal de abrir de inmediato el plazo precluyente para el ejercicio definitivo del control que prepara. Vimos ya que en Costa Rica abren la etapa de impugnación judicial del acto vetado, si éste es rechazado, lo que conduce obligadamente al Juez que habrá de fallar agotando la vía administrativa, no la jurisdiccional, que siempre queda abierta. Meros actos preparatorios del verdadero control, como son, su utilidad y conveniencia depende de la que tengan los actos que preparan, de modo que serán aceptables si éstos lo son como modo de control administrativo, y a la inversa.

Sustitución del acto.

Se da cuando hay un deber legal de actuar a cargo de un ente administrativo, deber que sólo existe cuando los hechos configuran un motivo que obliga al órgano a actuar y a hacerlo con un cierto contenido, todo en término que la ley define. Es esto lo que los franceses suelen llamar vinculación de segundo grado, porque abarca no sólo el motivo ni sólo el contenido, sino ambos elementos del acto. En consecuencia, lo que esta

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sustitución persigue es evitar que la inercia del órgano, en violación de su deber, pueda consolidarse y mantenerse produciendo, además, daños y perjuicios eventuales a la misma Administración controlada, a aquella de que depende el contralor, o a tercero. Parejamente, se dará el interés tutelado con la sustitución, que podrá ser tanto —y en la mayoría de los casos es— el del contralor como el del controlado y también el de terceros. Pone la responsabilidad nacida del acto dictado en sustitución a cargo del sustituido, quien tendrá que mantenerse en actitud de respeto, que prolonga su inercia, mientras actúa el contralor en su lugar. Es la forma más intensa de intervención del contralor y, como se dijo, no desnaturaliza su función, pues cuando la ilegalidad consiste en una inercia el único medio de eliminarla es actuar en lugar de la Administración omisa.

En Costa Rica está previsto este método de control como regla general para toda la Administración Pública por el artículo 97 L.G.A.P., pero sólo dentro del ámbito de la relación jerárquica y como integrante de ésta. No hay norma específica que contenga igual disposición general y de principio en relación con las municipalidades u otros entes públicos en general, frente al Estado. Pero sí existen, como veremos, casos específicos de sustitución de acto dispuestos por el Código Municipal, sobre todo en materia de administración presupuestaria y financiera en general.

Como conclusión general puede hacerse ver que en Costa Rica, contra lo que sostiene la doctrina más autorizada, el Derecho favorece y configura todos los controles sobre los actos antes mencionados como de pura legalidad, salvo excepciones por texto en contrario, por lo que necesariamente son reglados por motivo y contenido. Pero debe advertirse que topan, y aquí emerge este magno problema, con múltiples reglamentos y, sobre todo, circulares, instrucciones y modelos administrativos (actos-tipo), cuya observancia se impone como condición de su otorgamiento favorable al controlado. Es decir: se integran para ese efecto, al bloque de la legalidad, fuentes informales de Derecho Administrativo, espurias pero efectivamente tales, generalmente consagradas por viejas praxis de la Administración, que vienen a agregar requisitos al otorgamiento de lo pedido y al contenido de lo otorgado, como si se tratase más bien de control de oportunidad, según criterios personales y cambiantes de la Administración. Para aliviar la situación precaria en que todo ello coloca al controlado, el artículo 330 L.G.A.P. ha creado el silencio positivo y favorable a él en las hipótesis de fiscalizaciones y controles por la vía de las autorizaciones, aprobaciones, licencias y permisos, y de lo que equivale, en general, al género de los procedimientos de autorización (según su concepto dentro de la ya clásica tripartición italiana de los procedimientos administrativos, a la par de los que son concesionales y ablativos o de sacrificio). Según el artículo 331 el control por autorización —en tal sentido genérico entendido— se reputa otorgado como fue pedido un mes después de recibido el expediente completo y listo para resolución final. El control favorable así obtenido sólo será anulable en la vía administrativa, si fuere declaratorio de derechos en favor del particular (o del controlado en este caso), cuando padeciere nulidad absoluta, dictaminada como tal por la Procuraduría General de la República; caso opuesto la anulación exigiría un contencioso de lesividad.

iii) Control de actos o de actividades.

Estas pueden componerse de una sucesión de actos, pero en el control por actividad lo que cuenta no es la causa sino el efecto, el resultado. No se trata de saber si la sucesión de actos es regular o irregular en sí, en todos, en cada uno o en algunos, sino de confrontar todo lo hecho en un periodo con los objetivos propuestos y los resultados alcanzados. Es obvio que la causa de la irregularidad puede radicar en un acto, pero habrá cambiado el enfoque, en primer término, de la irregularidad, al cambiar el patrón de valoración, que será la cuantía y calidad de los resultados y no el acomodo de la conducta a preceptos aplicables a cada porción o componente de ella; y, además y en segundo término, cobrarán relieve no cualesquiera actos y ni siquiera los más importantes por su función ideal, sino aquellos que, en los hechos, fueron efectivamente decisivos para el funcionamiento u orientación del ente público en un lapso. Pero este control presenta el grave problema de la imprecisión de los criterios para juzgar la actividad, en gran parte dependientes de su desarrollo histórico y, sobre todo, de prioridades y valoraciones respecto de resultados que a menudo son personales, cuando no partidistas. Tiene la ventaja de dar a la institución controlada mucho más libertad de criterio en su actividad, precisamente por la laxitud del encuadramiento ideal o normativo en que se la ubica a todo lo largo de su realización. Especies de este control de resultados son los llama-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dos de "eficiencia" y de "calidad", más propios de empresas públicas llamadas a una economicidad respecto del costo que de entes de servicio público, como los municipios. La importancia que tiene el identificar el control por actividad es que en el mismo la regla de control es normalmente técnica y científica o, si jurídica, flexible y adaptable a las circunstancias, más bien a modo de regla directriz o programática que de imperativo referido a hipótesis de aplicación exactamente definibles.

iv) Control de legalidad y de discrecionalidad. Es la más rancia de las dicotomías jurídicas en punto al control de los actos y suele emplearse correlativamente con la otra que corresponde a potestad discrecional y reglada, en los siguientes términos: discrecionalidad-oportunidad, vinculación-legalidad. La discrecionalidad, en efecto, nace de dos tipos de relación del acto imperativo de la Administración con la norma: o bien ésta confiere una opción entre conductas que especifica; o bien omite la regulación de algún elemento del acto y, más específicamente, del motivo o del contenido, delegando implícitamente en el órgano aplicador la creación de una regla complementaria y casuista que lo subsane, con vista de los hechos. En ambas hipótesis el ordenamiento escrito se abstiene de fijar el motivo o el contenido del acto, para permitir que al menos uno de los dos pueda escogerse y configurarse con vista de la circunstancia, para su mayor acomodo posible con el otro. Esta relación de proporcionalidad entre motivo y contenido no legalmente determinados, para dar máxima realización al fin del acto, es lo que persiguen las reglas de oportunidad.[27] Las mismas, como se ve, no son escritas ni generales, sino dictadas por los hechos que mueven la actuación administrativa. Más específicamente, su formulación depende de la importancia o jerarquía que revista el fin legal del acto —presente en la potestad conferida a nivel normativo— con los otros intereses que los hechos aportan a conocimiento de la Administración, que tienen que ir subordinados a aquel fin legal si es que la opción es emitir el acto. La opción puede ser la abstención, si los otros intereses del caso cobran importancia mayor que aquel fin legal dentro de la circunstancia, desde el punto de vista del bien común, tal y como lo concibe la autoridad. Caso de optarse por la realización del acto, las reglas de la oportunidad sirven también para armonizar el fin legal y preponderante —desde el punto de vista de la ley de base— con los intereses secundarios a su respecto aportados por los hechos. Regla de valoración que permite detectar, jerarquizar y armonizar intereses concurrentes con el fin legal del acto, y adecuar la resolución a su motivo circunstancial, según esa previa valoración, eso sería, en síntesis, la regla de oportunidad.[28] La doctrina italiana suele decir que es la regla que guía el ejercicio de la discrecionalidad para satisfacer al máximo el fin legal del acto.[29] Esa satisfacción, sin embargo, no es la maximización del interés legal preponderante, sino su armonización mejor posible con los intereses secundarios puestos por los hechos alrededor y, eventualmente, en contra del fin legal del acto. Suelen llamarse también reglas de conveniencia o de buena administración. La distinción entre regla jurídica y regla de oportunidad o mérito padece, sin embargo, de un pecado original notorio, que es el supuesto de partida de que la única regla jurídica es la general y abstracta. Según este enfoque, la regla de oportunidad no es jurídica, aunque sea claramente advertida y resulte perfectamente aplicable para cualquiera en la misma circunstancia, precisamente por ser circunstancial. Tal enfoque ignora que el carácter casuista de la regla es compatible con su imperatividad normativa a condición de ser objetiva su existencia. Esto llama a la otra vieja distinción en el mundo de la responsabilidad civil entre apreciación "in abstracto" e "in concreto" de las reglas de prudencia y diligencia, cuya existencia nadie niega, no obstante ser igualmente casuistas. Se distingue a su respecto la apreciación in abstracto y la apreciación in concreto, con lo que quiere decirse o bien igual para todo el que se encuentre en igual situación de hecho; o bien distinta según sea el sujeto que hace la valoración.[30] La regla es objetiva, aunque sea circunstancial, si no es subjetiva, porque es aprehensible y aplicable por igual en función de los hechos del caso, sea

27. Jean Claude Venezia, *Le pouvoir discretionnaire*, L.G.D.J., París, 1959, págs. 20, 21, 22, 30 y 31.

28. Giannini, *Diritto. . ..* op. cit., tomo I, págs. 480 y 481.

29. Renato Alessi, *Principi di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, vol. I, págs. 318 a 320; en igual sentido, por una correlación entre legalidad y razonabilidad, pareja de otra entre oportunidad y excelencia a partir de una cuantificación o gradación en la satisfacción del interés o fin públicos, véase Javier Salas, *Descentralización administrativa y organización política*, Alfaguara, vol. II, pág. 381, nota 130.

30. François Chabas, *Responsabilité civile et responsabilité penale*, Editions Montchrestien, París, 1975, págs. 54 y 55.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

quien fuere el sujeto ubicado en ellos. Es subjetiva y no es regla, si es producto de la personalidad o de la libertad de cada uno, no de los hechos del caso, que aquí resultan irrelevantes como fuente jurídica de reglas casuistas. El hecho de que sirvan como fuente no ha impedido nunca, sino que más bien ha justificado, el nacimiento de la responsabilidad civil que apareja su violación. No hay razón para negar igual rango de parámetros jurídicos a las reglas de oportunidad objetivamente cognoscibles y aplicables a la conducta administrativa de gestión y decisión en función de los hechos del caso y del fin legal perseguido. Si la regla de oportunidad es tal y perfectamente enunciable y aplicable en el caso y a partir del mismo, es, entonces, jurídica, y su violación trae consecuencias igualmente jurídicas, como, eventualmente, la nulidad del acto inoportuno o la responsabilidad por el daño así causado. Regla de oportunidad sería, en este enfoque, la regla jurídica casuista que descubre —y no inventa— el órgano para orientar su decisión en cuanto a la configuración de los elementos discrecionales de la potestad que le ha sido conferida, en función de los hechos que inician y motivan la actuación necesaria para su ejercicio. Es lo que un ilustre jurista ha llamado la "regla discrecional".[31] Pero no puede ocultarse el hecho de que este enfoque contradice más bien el tradicional y dominante, en cuanto éste sustenta la dicotomía entre oportunidad y legalidad, dentro de la cual tal regla discrecional no sería jurídica sino, por ello, de oportunidad.[32]

La distinción entre reglas de oportunidad y de legalidad soporta el peso de otra tensión básica entre legalidad escrita y no escrita, principalmente en lo que toca a los límites de la potestad discrecional. Estos límites también son casuistas y reflejo en la circunstancia de los imperativos de la justicia, la racionalidad y la oportunidad, al hilo de los hechos. Tales reglas tienen por objeto más que elementos del acto los procesos intelectivos y volitivos que le dan existencia, y que son los mismos que permiten descubrir y aplicar las reglas de oportunidad en la conciencia de la Administración y del Juez. Es decir: hay una lógica colindancia —ya apuntada en este trabajo— entre límites de la discrecionalidad y reglas de oportunidad, con tendencia clara hacia una ampliación a costa de estas últimas de las fronteras de la legalidad y del contralor jurisdiccional. Reglas que eran de oportunidad se convierten jurisprudencialmente en verdaderos principios jurídicos, tan obligatorios y, en ocasiones, tan precisos como una ley. Es el caso del nuevo principio acuñado por el Conseil d'Etat, ya citado, del "debido equilibrio" entre "presupuesto-costo y beneficio del acto" (bilan-cout-avantages), inaugurado por arret Ville Nouvelle Est, 28 de mayo de 1971, según el cual "una expropiación no puede ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los agravios a la propiedad privada, el costo financiero y los inconvenientes eventuales de orden social que conlleva no son excesivos en relación con el interés que presenta". Tal apreciación jurisdiccional suplanta una valoración que, antes de tal precedente, era típica y exclusivamente de la Administración.[33]

Todo lo anterior pareciera conducir a una extensión del control —administrativo y jurisdiccional— sobre aquellos órdenes no jurídicos cuya articulación con la ley es diariamente necesaria para la aplicación de ésta y que hasta ahora formaban el reino de la oportunidad. Un síntoma claro de ello está no sólo en informes internacionales que apuntan la tendencia, sobre todo en América Latina (por ej.: CLAD, *Las empresas estatales en América Latina*, Caracas, 1979, págs. 173 y 174), sino también en la doctrina y en logros positivos. Así, disponen los artículos 16, 158.1.2.3. y 4 y 160 L.G.A.P.:

> "Art. 16.1.—En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica *o conveniencia.*
> 2.—El juez podrá controlar la conformidad con estas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como si ejerciera contralor de legalidad".
> "Art. 158.1.—La falta o defecto de algún requisito del acto administrativo, expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico, constituirá un vicio de éste.

---

31. Aldo Piras, *Discrezionalità*, Enciclopedia del Diritto, págs. 76, 77 y 85, haciéndose eco de Costantino Mortati, *Sul potere discrezionale, Problemi del Diritto Pubblico nella attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Raccolta di Scritti, Giuffrè, Milano, 1972, págs. 1000 a 1002.

32. Agustín Gordillo, *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Civitas, Madrid, 1981, págs. 109 y 110.

33. André de Laubadere, *Le controle jurisdictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence recente du Conseil d'Etat*, Melanges Offerts a Marcel Waline, L.G.D.J., París, 1974, págs. 531 y sigtes., esp. 541, 543 y 547.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2.—Será inválido el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico.
3.—Las causas de invalidez podrán ser cualesquiera infracciones sustanciales del ordenamiento, incluso las de normas no escritas.
4.—Se entenderán incorporadas al ordenamiento, para este efecto, las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso. . .".

"Art. 160.—El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia *o de conveniencia,* según lo indiquen las circunstancias de cada caso".

Como se desprende de tales normas, la oportunidad mínima del acto es requisito sustancial de su validez, cuya ausencia o defecto causa su nulidad, y objeto de control jurisdiccional como si se tratara, según texto expreso del artículo 160, de cuestión de legalidad. Esto consagra lo que podría llamarse el vicio de "inoportunidad grave" por violación de reglas "elementales de conveniencia", como las llaman los artículos 16.1 y 160 transcritos. Es decir: el acto totalmente inconducente a su fin o gravemente inconveniente para la colectividad, incluso si el bien dañado es el servicio público prestado por el controlado, es, por ello mismo, ilegal e inválido. No otra cosa que una expresión y concreción del principio de "razonabilidad", de añeja formulación por los Consejos de Estado europeos y por la Corte Suprema de Justicia argentina.[34]

A tal tipo de reducción del control de oportunidad —en bien de su introducción jurisprudencial— es al que también alude recientemente la doctrina latinoamericana, eco consciente en ello de la más nueva doctrina jurisprudencial del Conseil d'Etat, por éste llamada del "error manifiesto". Gordillo, en la doctrina argentina, propugna por la admisión de recursos y contralores administrativos por "inoportunidad grave", fundados "en la irrazonabilidad, arbitrariedad o falta de sustento fáctico suficiente del acto", que así puede resultar "gravemente inoportuno, especialmente torpe o totalmente impolítico" *(Problemas del Control de la Administración Pública en América Latina,* Civitas, 1981, págs. 115 y 116). Y no es otra cosa el tipo de vicio del acto —que también puede ser de la actividad— aludida y hecha valer por el Conseil d'Etat contra la Administración cuando inicia en 1961, C.E. 15 de febrero, Lagrange, Rec. 121, la línea de decisión que le permite, en palabras de un agudo autor francés, sancionar con la anulación el "error grosero y en cierta forma imperdonable" en la aplicación de los conceptos indeterminados empleados por la ley al definir los motivos del acto administrativo (Bernard Pacteau, *Le Juge del'Exces de Pouvoir et Les Motifs del'Acte Administratif,* L.G.D.J., Bordeaux, 1977, pág. 246). Es la inauguración de la doctrina jurisprudencial francesa del "error manifiesto", para abrir al Conseil d'Etat dominios administrativos que le estaban vedados por sus propios precedentes.

En efecto: hasta 1961 el Conseil d'Etat había rehusado y denegado el control sobre la aplicación de conceptos indeterminados empleados por la ley al calificar ese motivo (del acto administrativo) en ciertas zonas de la acción administrativa de alto interés público; reputaba tal calificación parte de la discrecionalidad, aunque fuera claro el error de la Administración, por ejemplo: en materia de policía de extranjeros o de urbanismo. Por el fallo antecitado —hoy afirmado por múltiple jurisprudencia— el Alto Tribunal francés inicia una línea de decisión en favor de la anulación de actos administrativos ubicados dentro de esos dominios, cuando clara y flagrantemente éstos aplican mal el concepto legal indeterminado a los hechos probados del caso, motivo del acto censurado. Los juristas franceses abundan en comentarios sobre la necesidad de distinguir este vicio de uno de inoportunidad, sobre la base de que debe ser "tan evidente como grave, grotesco, notorio aun para quien no es jurista" (Auby et Drago, *Traité du Contentieux Administratif,* L.G.D.J., París, 1975, Vol. II, pág. 394), así como que "debe ser un error que el Juez pueda censurar sin vacilación, y sin tener lugar para tomar en cuenta las nociones cuya imprecisión, complejidad o tecnicismo han conferido razonablemente una esfera de discrecionalidad a la Administración" (Bernard Pacteau, op. cit., pág. 248). En otras palabras: se trata de casos en los que la Administración ha cruzado el umbral de la arbitrariedad y del abuso, al valerse de conceptos imprecisos o indeterminados de la ley para perjudicar al ciudadano. Se trata, como ha dicho otro jurista francés, M. Braibant (citado por Pacteau, op. cit., pág. 241), de "imponer a la Administración un mínimo de lógica y de sentido común". Pero la doctrina francesa es concorde en reconocer que, hasta el momento de su inauguración, el error manifiesto se reputaba por la doctrina y la juris-

34. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo,* Macchi, Bs. Aires, 1974, vol. I, Cap. VIII, págs. 30 a 32.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

prudencia —sobre todo por ésta— como parte de la libertad legítima de la Administración en uso de su discrecionalidad. Todo lo cual coincide con doctrinas posteriores en nuestra lengua que abiertamente abrazan igual tesis, no al hilo de la jurisprudencia francesa, sino que la doctrina alemana pionera en el asunto (Eduardo García de Enterría, *La Lucha contra las Inmunidades del Poder*, Civitas, 1974, págs. 32 y sgtes.). Esto anuncia una nueva tendencia —aunque, por ahora, sólo referida a la justicia administrativa— que pretende arrancar zonas enteras, verdaderos bloques, del dominio de la discrecionalidad y de la oportunidad administrativas, para entregarlos sin más al control de o contra la Administración, eventualmente administrativo. Los órganos titulares de este control, en efecto, pueden volver su espalda a la doctrina, pero no a la realidad de las leyes y de los fallos.

Finalmente, ha de apuntarse que la legalidad tiene un bloque no escrito, como se apuntó, principalmente formado por principios generales de Derecho, que son la armazón del régimen jurídico de la Administración Pública (como sujeto) y como actividad, y que recortan gravemente el campo de las reglas de oportunidad, de otro modo librado a la valoración y escogencia subjetivas del funcionario.[35]

En síntesis: cada día más hay menos discrecionalidad administrativa; y cada día es más difícil ejercer el control de legalidad del acto discrecional sin invadir y hacer propio el campo de la oportunidad administrativa. Y, en todo caso, cada día es más evidente que reglas refutadas de oportunidad son jurídicas, aunque no sean decretadas, por venir llamadas jurídicamente a perfilar y llenar el contenido y alcance de las potestades legales discrecionales, a las que emigran desde el mundo de la ciencia, la técnica o las valoraciones sociales. Esto es particularmente así en las hipótesis en que tales reglas de valoración son leyes científicas o preceptos dictados previamente por la Administración, pero ocurre también cuando se trata de guías impuestas "in abstracto" por los hechos de cada caso.

v) Control continuo y periódico.

Como su nombre lo indica, son continuos los que son permanentes y pueden jurídicamente abarcar —aunque no lo hagan así— toda la línea de actividad de la Administración, globalmente o acto por acto; son periódicos los que se dan en fecha o por fecha, normalmente sobre actos determinados.

vi) La imbricación sistemática e ideológica de las dicotomías.

Lo importante es advertir que las dicotomías enumeradas son constelaciones, no focos aislados de actividad contralora. Es decir: configuran sistemas, a partir de ideologías, que también operan en la materia, fundamentalmente por exigencia interna del sistema constitucional de base. De este modo es posible sostener, como lo ha hecho alguien en Italia con el llamado control de oportunidad por petición de reexamen del acto controlado, que hay sistemas autoritarios y sistemas democráticos de control.[36]

Los alineamientos son tendenciales, pero claramente tales.

El control sobre las personas tiende a ser eje de los sistemas autoritarios y se acompaña generalmente de una intervención penetrante sobre los actos. En punto a éstos, son más sofocantes y perturbadores de la actividad y de la libertad de la Administración los controles a priori, que por su estructura misma pueden ser impedientes y son normalmente por acto y no por actividad, y necesariamente permanentes, única forma de advertir y aislar la emisión del acto controlado de entre la masa continua de la Administración; su lógica impone que también sean de oportunidad y no de legalidad, por el ambiente de continua convivencia funcional entre los sujetos de la relación de control en que se dan y porque su función es evitar sólo las dislocaciones más graves del interés público por obra del controlado, que pueden provenir tanto de la legalidad como de la inconveniencia de su conducta. Por ser de lista, los controles a priori suelen recaer sobre los actos institucional y políticamente

35. La obra clásica al respecto es de Bennoit Jeanneau, *Les principes de Droit Administrative*, Sirey, 1954, esp. págs. 234 y sigtes.; el rango de los pp.gg Generaux es suprarreglamentario y puede ser constitucional, para lo cual véase J.M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J., París, 1984, vol. II, pág. 352. El rango de los pp.gg puede ser superior al de la norma escrita —según el art. 7.3 L.G.A.P.— y superior al de la ley, cuando se trata de pp.gg de origen constitucional. ¿Podrá hablarse de pp.gg supraconstitucionales, en cuanto sustraídos a la potestad de reforma de la Constitución? Creemos que sí, para lo cual véase George Burdeau, *Traité de science politique*, L.G.D.J., París, 1966, vol. IV, pág. 266 y literatura ahí citada. Este último tema es vasto, pero la conclusión afirmativa y favorable a la existencia de las llamadas "cláusulas constitucionales pétreas" es hoy dominante.

36. Feliciano Benvenutti, op. cit., págs. 377 y sigtes.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

más importantes del ente controlado, que son los que así resultan distorsionados. Su ejercicio sobre la base de una vigilancia general y permanente sobre este último, los convierte en una arma de presión poderosa para imponer al controlado las políticas del control, más allá de su legítima función meramente preventiva.[37] Y, por todo ello, son reputados cada día más —por su régimen jurídico y por su historial— como formas disfrazadas de cogestión o codecisión, que, dada la superioridad del Estado en todos los órdenes frente a los entes menores, esconde, a su vez, un uso y abuso de éstos por aquel.[38]

Los controles sobre la actividad tienden a agruparse en sentido simétricamente opuesto, en favor de la libertad y la autonomía administrativas. Así, el control sobre la actividad es simultáneamente periódico, necesariamente a posteriori y principalmente regido por reglas técnicas del ramo de actividad correspondiente, sin que ello excluya de su campo la aplicación de las de estricta legalidad. Pero, en tal materia, estas últimas más bien se remiten a aquellas, que son las que, en definitiva, permiten apreciar los resultados obtenidos, diagnosticar las falias y diseñar el futuro. El control técnico es doctrinariamente, en general, y positivamente, en Costa Rica (arts. 15 y 16 L.G.A.P.), un control de legalidad. El control sobre la actividad, como masa de acción prolongada, es, pese a ello, mucho más prospectivo que retrospectivo y tiende a orientar la acción administrativa mucho más que a impedirla o sancionarla. Puede requerir —sin que tenga que ser así— de controles sobre las personas y de algunas escogencias básicas de mera oportunidad, en el sentido, únicamente admisible en este trabajo, de preferencias subjetivas y libres del funcionario respecto de la coyuntura y de los hechos en que actúa, variables de persona a persona. Se alude con ello también a la distinción básica entre planes y programas de realización, aquellos como decisiones iniciales y jurídicamente incondicionales sobre las metas, y los programas como la concreción de metas y actividades intermedias para obtenerlas con vista de la coyuntura, enmarcados por los planes.[39] Cuando la planificación nacional es defectuosa, omisa o inexistente, se suele hacer a nivel de control, inventando el plan, sus metas y sus reglas fundamentales de prioridades y estrategias en el acto mismo de su aplicación. De este modo, el control de eficiencia o por resultados puede degenerar en una arbitraria imposición de criterios valorativos improvisados y empíricos.

Pero en este tipo de controles la tendencia es hacia un respeto a la estabilidad del órgano y de su titular, sujeto a remoción únicamente por violación clara de políticas preexistentes (oportunamente comunicadas); y la base del control es el plan nacional y su desarrollo para el ente o el tipo de ente controlado. Se trata de sistema mucho más ventajoso para la autonomía y la eficiencia de las instituciones, pese a sus apuntados defectos.

8. El ambiente y la opción autoritaria.

Claramente en Costa Rica —como en el resto de los países iberoamericanos o, al menos, en la gran mayoría de ellos—, la opción se ha dado por el sistema autoritario de control administrativo, de legalidad, a priori, impediente, por acto, permanente, casi siempre acompañado de otro sobre los funcionarios jerarcas de los entes públicos menores, sujetos a remoción estatal. El hecho de que ello sea común a los entes administrativos de servicio público y a nuestras empresas públicas nada dice en contra de tal constatación, pues aquí nunca los controles se han ajustado al tipo de ente que regulan, con rígida tendencia a la uniformidad.[40] La uniformidad la dan la existencia de un control (legítimo) de legalidad a la par de una ilegítima y clandestina preponderancia del Estado sobre la municipalidad y los entes públicos en general, que le permite política y factual —aunque ilegalmente— una verdadera dirección de todo el sector público. Los factores que lo explican son múltiples.

a) La Constitución y la ley.

El peso casi entero del control administrativo en Costa Rica recae sobre nuestra Contraloría General de la República, fenómeno que también creemos continental, sea cual fuere el nombre que el contralor asume (Tribunal de Cuentas, Contaduría del Estado, etc.). Dado el carácter fundamentalmente financiero del control que aquella

37. Dubois, op. cit., págs. 189 y 190.

38. Dubois, op. cit., págs. 320 y 321.

39. Roversi, *Gli enti . .*, op. cit., págs. 35 y 93.

40. Gordillo, *Problemas del control . .*, op. cit., pág. 71.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

está constitucionalmente llamada a cumplir, natural, sino inevitablemente, resulta que, además, su función es de mera legalidad, sin autorización legislativa ninguna —con las muy contadas excepciones que configuran los artículos 70 y 77 del Código Municipal— para aplicar reglas políticas o de conveniencia. Las funciones todas que encomiendan a la Contraloría General los artículos 184 de la Carta y 4 y 5 de su Ley Orgánica son de cotejo de piezas y actos de aministración financiera con la ley del ramo. El control es por acto y casi sin excepciones por aprobación de legalidad.

b) La ideología ambiente.

El orden coincide con la realidad institucional y social que rodea, motiva y sostiene la función contralora en Costa Rica. Como agudamente lo ha puesto de manifiesto Gordillo en su obra antecitada, hay en Latinoamérica toda una ideología popular —y no sólo oficial— a favor del control de pura legalidad, en contra del de oportunidad, eficiencia o coherencia con el rumbo político planeado.

Se espera del funcionario y de las instituciones que sean "legales" en su conducta, no que sean acertados ni eficientes; y se espera tanto de ellos, desde tan variados criterios conflictivos con la eficiencia y la calidad, que más bien se los censuraría si las lograran a costa de esos otros valores u objetivos de poderosa circulación política y social (generosidad en el gasto y el empleo públicos en bien de las clases necesitadas; sumisión y fidelidad al partido político gobernante; aceptación del burócrata mediocre y rechazo del trabajo como logro individual y vocacional, etc.).[41] El control de legalidad, por otra parte, es el más fácil, por la objetividad, claridad y aceptación de la norma que le sirve de base, y así estimula el menor esfuerzo que es, en síntesis, un valor sacrosanto de nuestra Administración Pública en todos sus niveles, no importa el partido gobernante. Y ello mismo lleva a multiplicar los reglamentos y recaudos precautorios que cumplir contra la ilegalidad o la deshonestidad administrativas, incluso mediante autorreglamentación por parte del jerarca o del burócrata, que así ponen a su disposición parte de las reglas de control, reducen su deber y sus metas a cumplirlas y evitan toda censura legal o social.

c) El crecimiento del Estado y su impacto sobre la autonomía administrativa en Costa Rica.

El Estado en crecimiento tiene que planificar, abierta o encubiertamente, y aumentar su poder para encuadrar el desarrollo social —no sólo el de su administración y gobierno— dentro del plan. Ello se puede hacer abierta y legítimamente mediante la planificación y dirección del país, por leyes o decretos, sobre todo si el plan es una verdadera ley para ser aplicada mediante la actividad interpuesta de la Administración, y no meramente un reglamento de ésta, derogable a su antojo. Pero normalmente se complementan la planificación y la dirección estatales de la vida burocrática y social mediante mecanismos mucho más confinados, de alcance concreto, que, sin embargo, son eficaces medios para ampliar sus regulaciones y para garantizar sus resultados, convirtiéndose en fuentes secundarias de planificación y dirección de la vida institucional.

i) Las autorizaciones programáticas.

Nos hemos referido ya a ellas. Las otorgan organismos que no son de control, sino generalmente de dirección y planificación, como el Banco Central, el Servicio Nacional de Electricidad, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, la Caja del Seguro Social, la del Sistema Nacional de Ahorro y Crédito, el Instituto Nacional de Seguros en sede de monopolio del ramo, etc. Las regulaciones y condiciones que incorporan a los permisos y licencias que otorgan, sujetan al ente público o privado que las obtiene a la futura autoridad, de vigilancia y eventual sanción, de la institución que las da.

ii) Los actos internos: modelos y circulares.[42]

También los hemos mencionado. Aquí sólo cabe hacer ver que en Costa Rica casi nunca tienen fundamento legislativo ni pueden equipararse a verdaderos reglamentos, pero son cada día más abundantes para una serie de operaciones importantes, si no necesarias, para entes públicos de servicio, como los municipios, que sólo pueden obtener crédito, aprobar tasas, proponer impuestos, planear la vialidad, el saneamiento de zonas pobres y antihigiénicas, hacerse cargo de establecimientos de enseñanza o dictar planes de urba-

41. Gordillo, op. cit., págs. 77 a 81.

42. Véase a este respecto la obra ya clásica de Pierrette Rongere, *L'acte type*, L.G.D.J., París, 1968.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

nismo, etc., de conformidad con "machotes" o modelos administrativos elaborados por otro ente, central o descentralizado. Sólo tienen rango de medidas internas, obligatorias únicamente para el ordenamiento de la organización pública correspondiente, pero son adoptados a menudo por el contralor como pautas de valoración, con fidelidad que sólo merece una norma de verdadera autonomía.

El fenómeno es similar —si no igual por estructura— al que presenta la potestad jerárquica de dictar circulares, instrucciones y órdenes generales dentro de la organización administrativa, las cuales —como internas— son extrañas al ordenamiento general del Estado. Si bien se trata de medidas no impugnables como tales en la vía contenciosa, juegan frecuentemente como reglas de control. Hay una clara tendencia —doctrinal y jurisprudencial— a convertir en impugnables tales medidas, como si fueran externas y sujetas a control ellas mismas.

iii) Reglamentos contralores.

El artículo 140 del Código delega en la Contraloría General la reglamentación de la contabilidad municipal y la faculta para agregar atribuciones a las que el mismo Código fija para el auditor y contador municipales. Es esta la fuente más importante de reglamentos atinentes al sistema municipal en particular y la Contraloría la ha aprovechado con abundancia. Las potestades contraloras de reglamentación del patrimonio, contabilidad, presupuestos y administración financiera de las municipalidades son muy amplias y abarcan expresamente los aspectos más importantes y delicados de su hacienda y gestión, base la más importante para el ejercicio de un control sobre las finanzas locales. Así, todo el sistema y nomenclatura de la contabilidad está sujeto a reglamentación contralora, que ha de dictarse de acuerdo con el tipo y la orientación del control que se pretende ejercer, a raíz de lo cual las reglas ya existentes denotan claramente la intención de establecer única y exclusivamente la legalidad de los actos y contratos, y de las cuentas municipales, principalmente por cotejo con comprobantes y documentos de respaldo. Con ese fin la C.G. puede regular, y ha regulado, la codificación y clasificación de dichas cuentas. La C.G. puede regular los sistemas de estimación de los ingresos, a efecto de que sea sincera y realista; y es dueña de aumentar las competencias del contador y del auditor municipales para convertirlos en más eficaces auxiliares suyos y de la municipalidad misma en bien de la legalidad de su administración financiera. Finalmente, es la misma Contraloría la que tiene jurisdicción para fallar los juicios por responsabilidad de sus funcionarios contables, entendidos como aquellos que son custodios o administradores de fondos y competentes para su disposición y empleo, pero con carácter de cosa juzgada formal; pese a ellos creemos que esta atribución contralora —dada por el artículo 74 del Código— es violatoria del monopolio de la jurisdicción contenciosa atribuido al Poder Judicial por el artículo 153 de la Constitución, no obstante al carácter meramente formal de la cosa juzgada que sus fallos producen. El procedimiento respectivo consiste fundamentalmente en una audiencia informal, sin régimen de trámite reglamentado, antecedida por un auditoraje, y es insuficiente para garantizar, en nuestro concepto, el cabal ejercicio de la grave función jurisdiccional encomendada. Debe hacerse notar, por otra parte, el formidable reforzamiento del contralor financiero que procura a la Contraloría la potestad adicional de reglamentación de la conducta, hacienda y administración financiera municipales, pues así puede también imponer las reglas de fondo aplicables al ejercer su función. Normalmente, el control y la reglamentación de la conducta del controlado se reputan, por ello mismo, como incompatibles; el contralor tiene la facultad de hacer observaciones y recomendaciones al controlado, pero no la de dictarle las reglas de su conducta. Cuando supedita su aprobación a la observancia de aquellas recomendaciones se da una clara violación, si el control es meramente de legalidad, pues una recomendación no es una regla jurídica. Si, como ocurre con la contabilidad municipal, el contralor es quien la reglamenta en todos los aspectos de importancia, tales opiniones suyas pueden expresarse como normas y adquirir, por ello, instantánea fuerza de obligar, con drástica sujeción del controlado.[43]

43. El tema es tratado extensamente por Dubois, op. cit., págs. 68 y sigtes. En general la doctrina es conteste en que las aprobaciones y autorizaciones deben ser puras y simples, pero admite que pueden acompañarse con las recomendaciones y reglas generales que definan su política futura para otorgar o denegar el contralor correspondiente, lo que parece peligroso, primero, por anticipación de criterio en materia casuista; y, segundo, porque ello equivale a reconocerle a dicha autoridad una potestad reglamentaria disfrazada, lo que va contra el orden de las competencias; véase al respecto Buttgenbach, op. cit., págs. 214 a 216; y Dembour, op. cit., pág. 121; así como Javier Salas, *Descentralización política y organización constitucional, El tema de las competencias*, Alfaguara, Madrid, 1973, vol. II, pág. 476.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

iv) La dependencia real respecto del Estado.

Es técnica y es económica. Esto también fue apuntado. Casi ningún ente público sobrevive hoy sin subvenciones y préstamos del Estado o canalizados por su medio, lo que le permite condicionar su entrega a sus exigencias de conducta y subordinar el ente menor a sus planes y programas, sobre todo a su propia planificación. Cuando, por otra parte, se trata de realizar dichos planes, e, incluso, los propios del ente menor, surge frecuentemente —sobre todo cuando se habla de los municipios— un neto desbalance entre el nivel técnico del burócrata estatal y del descentralizado. Esto le permite al Estado, en no pocas ocasiones, adueñarse de la dirección u orientación del plan que ayuda, no obstante ser propio del ente menor.

d) Conclusión:

En síntesis: el ambiente institucional, político y social en que se ejerce el control coadyuva a que el mismo se convierta insensiblemente en un instrumento de coordinación o subordinación al Estado de los intereses y políticas del sector descentralizado en general, sobre todo a través de las subvenciones y del control de legalidad financiera y presupuestaria de carácter preventivo. La supremacía real del Estado —económica, técnica o política—; las exigencias de la planificación y dirección nacionales y sus instrumentos; el fárrago de regulaciones estatales y administrativas, en general, que sofocan el funcionamiento de los entes menores, tanto si son legítimas cuanto si son espurias, y la sicología y la ideología ambientes, han producido y justificado una invasión estatal de las autonomías institucionales, o, al menos, un condicionamiento político, financiero y jurídico de su independencia por el Estado, que en el área municipal ofrece graves proporciones.

9. El sistema de control sobre la municipalidad en Costa Rica.

Desde el ángulo del Derecho Comparado y sobre el trasfondo descrito de las relaciones que hoy suele guardar el Estado con los entes menores en función de contralor y, solapada o abiertamente, de rector de la vida pública del país, la situación en Costa Rica es alentadora, pero está lejos de ser recomendable. El cuadro del control sobre las municipalidades en Costa Rica se monta sobre cinco procedimientos de intervención, a saber:

a) vetos del ejecutivo municipal;
b) recursos de revocatoria, apelación y revisión del administrado;
c) aprobaciones legislativas o de la Contraloría General de la República;
d) sustitución de acto;
e) remoción de regidores.

Todos fueron ya descritos en la primera parte de este trabajo, en cuanto técnicas jurídicas. Conviene ahora valorarlos por su contenido específico según el Código y la ley, a efecto de lo cual conviene recordar algunos de sus rasgos esenciales. Cabe iniciar el examen por el de las intervenciones legislativas.

a) Intervenciones de la Asamblea Legislativa.

El artículo 174 de la Constitución Política remite al legislador la fijación de los casos en que será necesaria autorización legislativa a las municipalidades para "contratar empréstitos, dar en garantía sus bienes o rentas, o enajenar bienes muebles o inmuebles". En desarrollo de la norma constitucional el artículo 105 del Código Municipal establece la necesidad de autorización legislativa para celebrar empréstitos extranjeros, en cuanto "vayan a realizarse con entidades extranjeras o cuando se efectúen en el país con capital extranjero".

Es evidente, dada la autoridad de las disposiciones formalmente legislativas en que consisten las autorizaciones exigidas por dichas normas, que las mismas son especies del contralor de oportunidad, que pueden darse con derogación de cualesquiera leyes. Pero no se requiere de una especial, sino que bastará con una cualquiera, aunque sea ordinaria y general, que dé la autorización necesaria.

El artículo 67 del Código exige también aprobación legislativa —que será igualmente de mera oportunidad— para hacer donaciones, préstamos de sus bienes circulantes o fijos y para arrendarlos o extender garantías en beneficio de terceros, lo que resulta inconstitucional en la medida en que cubre casos no incluidos en el texto del artículo 174 de la Constitución Política.

Se explicó ya que el artículo 15 del Código exige aprobación legislativa de todo convenio de coparticipación municipal para la organización y prestación de servicios públicos o para la realización de obras conjuntamente con otras municipalidades, cuando "impliquen la creación de un organismo distinto de las partes contratantes", sea: un nuevo ente público. La disposición versa sobre materia no prevista por el artículo 174 de la Constitución y podría, por ahí, reputarse

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

como una restricción inconstitucional a la autonomía municipal; pero es lo cierto que, por principio general de Derecho Público, hay reserva de ley formal para la creación de nuevos entes públicos, sobre todo si han de funcionar como constitucionalmente autónomos, pues, según el artículo 188 de la Constitución sólo una ley reforzada puede crear tal tipo de entes.[44] Pareciera, desde este doble ángulo, que el artículo 15 del Código en comentario, es constitucional.

b) Vetos y recursos (ordinarios y extraordinarios.

i) Vetos. Nada hay que agregar a lo ya dicho al respecto en la primera parte de este trabajo. El hecho de que el trámite del veto municipal sea el mismo bifásico de los recursos municipales (administrativo y judicial) lo hace digno de valoración positiva igual a la que merecen tales recursos, como se verá.

ii) Recursos ordinarios: revocatoria y apelación. Explicamos ya extensamente que los mismos desembocan, si no hay acogimiento municipal de su tesis, en la elevación (constitucionalmente automática, inconstitucionalmente sujeta a recurso de parte interesada según el Código) al Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo del Poder Judicial, especializado en la materia, para resolver el asunto en vía administrativa y agotándola, con posibilidad para el reclamante de acceder a la jurisdiccional y contenciosa ordinaria si su reclamo o petición resultan rechazados. En ambos casos —vetos y recursos— el control es estrictamente de legalidad, pero ya se ha visto la labilidad del concepto (respecto de su opuesto, la oportunidad). En cuanto al veto vimos bien que su rechazo por el mismo Tribunal, a la inversa, clausura y finiquita el diferendo en favor de la municipalidad, dada la carencia de legitimación de un órgano —como el ejecutivo municipal— para accionar contra el ente del cual depende.[45] Si recursos o vetos tienen éxito, el Tribunal anula en la vía administrativa.

iii) Recurso extraordinario de revisión. El recurso de revisión que contemplan los artículos 175 y 180 del Código es extraordinario, como se apuntó, y procede únicamente si se dan conjuntamente cuatro supuestos:

1) Que se refiera a acto consentido y firme, por omisión del recurso de apelación existente, lo que supone notificación cabal y regular del acto, en el caso de partes; y que el requisito no es exigible de terceros, a quienes no se notifica.

2) Que no haya transcurrido un plazo de diez años desde que se comunicó debidamente el acto (aunque el Código hable de que no hubieren transcurrido diez años "de tomado el acuerdo", pues un plazo no puede correr contra un recurrente sino desde el conocimiento del acto recurrido, aun si tal conocimiento ha tenido lugar por vía diversa de la debida comunicación); lo cual tampoco es exigible de terceros.

3) Que el acto no se hubiese consumado por su ejecución irreversible, pues la reversible y reparable no obstaría; y

4) Que haya dictamen de la Procuraduría General de la República declarando absolutamente nulo o nulo de pleno Derecho el acto. Esto debe ponerse en relación con los artículos 173 y 183 L.G.A.P., según los cuales el acto con tal tipo de nulidad es de obligada anulación en la vía administrativa, previo el referido dictamen favorable y vinculante, aunque el acto sea declaratorio de derechos en favor de su destinatario. Y esta debe ser la regla general en la hipótesis de recursos, pues los derechos de la contraparte en un recurso administrativo, respecto del recurrente, no pueden ser óbice para la anulación del acto en esa vía, ni aun cuando se trate de nulidad relativa o anulabilidad. Hay concordia doctrinal al respecto.[46]

iv) Ventajas de la vía bifásica de recursos descrita. Mención expresa debe hacerse de la utilidad y eficacia de esta vía administrativa bifásica —inicialmente municipal y finalmente judicial— para zanjar conflictos de legalidad, únicos que pueden dirimirse dentro de su esfera, con ahorro

44. El artículo 188 de la Constitución Política exige al efecto ley reforzada por votación de dos tercios de la totalidad de los votos de la Asamblea Legislativa, lo que condiciona la aplicación de un régimen constitucional tutelar de la autonomía administrativa así creada, consistente básicamente en la necesidad de ley igual y consulta previa con el ente autónomo para pasar cualquier cambio legislativo de su régimen (arts. 188 y 190 de la Constitución). Según el artículo 15 del Código Civil la creación de la persona jurídica es reserva de ley.

45. El órgano, en cuanto parte, no puede accionar, ni recurrir contra el ente público del que es parte (art. 10.5 a de la L.R.J.C.A.).

46. Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, tomo III, pág. 116.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de múltiples juicios innecesarios. El fallo del Tribunal, en efecto, es usualmente acogido por las partes como sentencia, aunque no lo sea, y ahí termina el conflicto. Agustín Gordillo ha exaltado las virtudes de los tribunales administrativos en óptimo artículo.[47] La vía judicial en función de autotutela administrativa municipal, que comentamos, presenta la mayoría de las ventajas certeramente aducidas en favor de dichos tribunales, sobre todo de imparcialidad y celeridad. En efecto: el Tribunal Superior de lo Contencioso falla con las formalidades y limitaciones de un Juez, según el Código de Procedimientos Civiles en lo relativo a apelaciones en juicio no ordinario (con cosa juzgada formal), no obstante tratarse de una vía administrativa. Esto implica términos precluyentes y limitaciones en cuanto a prueba, que está legalmente tasada. Pero hay suficiente compensación por la celeridad, rigor técnico e imparcialidad totales del trámite, que han terminado por constituir esta vía y la del Tribunal Fiscal Administrativo (en materia tributaria) en las únicas formas de justicia efectiva contra la Administración que hoy existen en Costa Rica.

v) Recurso de insistencia.

Los presupuestos ordinarios y extraordinarios de las municipalidades, y sus modificaciones, están sujetos al contralor de legalidad.

Ambos tienen que ser aprobados por la C.G. Si ésta imprueba totalmente el presupuesto o alguna partida, la municipalidad tiene a su disposición el recurso de insistencia ante la Asamblea Legislativa (art. 6.e Ley Orgánica de la Contraloría), el cual, no obstante el carácter legislativo de la decisión final, es de estricta legalidad, pues lo que está en discusión es precisamente el cumplimiento de las regulaciones presupuestarias por la municipalidad recurrente, como expresamente lo exige la norma antecitada, al restringir la improbación a las hipótesis de desajustes con las leyes y reglamentos respectivos, que deberán indicarse en la resolución. La improbación debe venir precedida por un trámite frustrado, pero obligatorio, de conciliación o arreglo con la municipalidad o entidad públicas afectadas, sin lo cual es improcedente e inválida. La norma prevé la posibilidad de "las medidas que fueren necesarias", por parte de la Asamblea, al resolver el recurso de insistencia, pero no indica, ni se entiende, cuáles podrían ser. Esto sobre todo porque, según la misma norma, la Asamblea limitará su conocimiento al "punto o puntos sobre los que hubiere controversia", lo que implícitamente le prohíbe disponer otra cosa que confirmar o anular la improbación dictada; reformarla sería resolver cosa distinta de la pedida, tanto por la municipalidad como por la Contraloría. Y dada la confirmación, tanto como la anulación, el efecto querido por la parte triunfadora se produce por sí mismo, sin necesidad de ulterior intervención legislativa. El recurso de insistencia, como los jerárquicos impropios, sólo permite confirmar o anular, no reformar la improbación ni el acto improbado. La resolución del recurso, formalmente legislativa, es administrativa y agota la vía respectiva, por ser administrativa —en cuanto sujeta a la ley ordinaria— la potestad de la Asamblea; consecuentemente, es resolución jurisdiccionalmente accionable en la vía contencioso-administrativa municipal, por relación entre los artículos 1.4.6 y 84 y sigtes. de la L.R.J.C.A. No hay posible vicio de constitucionalidad en tal recurso de insistencia, como no lo hay en el de apelación ordinaria ante el Tribunal Judicial de que se ha hecho mérito, por tratarse en ambos casos de recursos de estricta legalidad, que no envuelven sobreposición de la discrecionalidad administrativa de un ente u órgano extraños a la que es propia de la municipalidad, que está sujeta a la ley, pero no a las libres apreciaciones de oportunidad del Estado o de otro tercero. Si éstos son nada más la voz de la ley, su intervención es legítima y constitucional.

Los acuerdos municipales que aprueban presupuestos no son vetables, en defensa de la continuidad de los servicios a cargo de la corporación local, pero sí objetables por el Ejecutivo Municipal (sin efecto suspensivo), con razones que han de presentarse ante la C.G., y que ésta deberá tomar en cuenta en su decisión final de contralor, haciéndolos objeto de expresa consideración.

c) Aprobaciones.

Las aprobaciones administrativas se dan, en su gran mayoría, en materia de administración presupuestaria y financiera de las municipalidades, como lo demostrará su enumeración. Valga reiterar que, en todos los casos, las aprobaciones administrativas exigidas se dan por razones de mera legalidad,

47. Gordillo, Agustín, *Problema del control de la administración pública en América Latina*, Civitas, 1981, págs. 35 y sigtes.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

excepto en el previsto por el artículo 79, para las operaciones con inmuebles pericialmente estimados en más de ₡ 50.000,00, hipótesis en la cual la C.G. puede entrar también a considerar razones de oportunidad. Pareciera dudosa la constitucionalidad de este aislado caso, según lo ya dicho en la primera parte de este estudio.

Las más importantes aprobaciones legislativas en materia municipal son las que se imparten sobre los presupuestos municipales, ordinarios y extraordinarios, según los artículos 118 y 124, ya comentados. Se dan, además, las aprobaciones en las siguientes materias:

Endeudamiento:

a) crédito interno (art. 105);
b) emisión de bonos (art. 106);
c) compras plurienales (art. 110).

Hay sustitución de oficio por la C.G. en la segunda hipótesis, mediante inscripción presupuestaria de las partidas omitidas por la municipalidad para el servicio de empréstitos o emisiones de bonos (art. 107).

Ingresos:

a) tasas, en cuanto a creación y monto (art. 4 Ley Orgánica C.G.);
b) contribuciones especiales: en cuanto a su creación, monto y distribución per cápita (art. 90);
c) impuestos: sabemos ya que las municipalidades carecen de la autoridad impositiva que les otorga el artículo 121.13 de la Constitución, por suplantación inconstitucional de su competencia al efecto por la Asamblea Legislativa. Esto hace excepción en cuanto al impuesto de patente (por licencia industrial o comercial), que sí crea la municipalidad, pero dentro del máximo de tarifa fijado por la C.G. (art. 96 del Código).

Egresos:

a) donaciones y préstamos no de dinero (art. 67);
b) contratos de toda índole por más de ₡ 10.000,00, excepto si fueren de trabajo (art. 80);
c) aceptación de reclamos por suma igual a la anterior (art. 80).

d) Sustituciones.

Los casos de sustitución contralora frente a la municipalidad legalmente previstos con carácter tasado y taxativo, son:

Sustitución de la municipalidad por la Contraloría:

i) en materia de confección y emisión del presupuesto no oportunamente presentado (art. 119);

ii) mediante inclusión de oficio de partidas en el presupuesto municipal para servicio de empréstitos y emisión de bonos (art. 107);

iii) mediante registro rogado (por el actor triunfante) de fallos firmes y líquidos contra la municipalidad, con el efecto de paralizar la aprobación de presupuestos por no pago de sentencias firmes contra la municipalidad, de conformidad con los artículos 77 y sigtes. L.R.J.C.A.

Según el artículo 119 de la C.G. tiene potestad para sustituir a la municipalidad en la emisión de su presupuesto ordinario si el mismo no ha sido presentado para su examen y aprobación antes del 30 de setiembre respectivo, a efecto de lo cual la C.G. podrá excluir las partidas de egresos por gastos ya consumados y pagados e incluir los ingresos para equilibrar el presupuesto en relación con obligaciones o programas nuevos de necesaria inclusión, por haber sido ya contraídos en firme o por corresponder a proyectos ya iniciados, respectivamente. Pareciera desprenderse, de ello, que la C.G. no puede aumentar egresos ni ingresos por su cuenta, sino en la medida necesaria para equilibrar el presupuesto sobre la base de los actos y disposiciones dictados por la municipalidad, durante el año fiscal anterior, o a la fecha de intervención del contralor. La C.G., finalmente, liquida los presupuestos municipales al término del año fiscal (solar), para lo cual las municipalidades tienen que rendirle informe sobre todo el ejercicio correspondiente y sujetarse a las potestades de inspección más amplias de la C.G.

e) Jurisdicción sobre órganos y disciplinaria.

Está contemplada sólo parcialmente por los artículos 26.b y 31.c del Código, puestos en relación, de la cual resulta que el Tribunal Supremo de Elecciones puede cancelar la credencial de un regidor por "abandonar la función por más de tres meses continuos sin causa justificada o permiso expreso del Concejo". La disposición, de una laxitud inmoral, es, además, taxativa y prohíbe a contrario sensu, pero claramente, otras sanciones para otros casos de falta a la función. En efecto:

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

es norma de interpretación estricta y su letra sólo permite cancelar la credencial del regidor por ausencia injustificada y prolongada en los términos que define, con lo que excluye cualesquiera otros motivos disciplinarios. ¿Qué decir de faltas graves distintas y eventualmente delictivas? ¿Resultarán impunes? Opinamos que no, y no por analogía —que no la hay con las normas sancionadoras— sino por aplicación directa de una potestad disciplinaria y contralora de principio, que existe y debe ejercerse por todo Gobierno siempre que haya falta grave sancionable de una institución o corporación públicas, de no darse norma expresa en contrario.

El artículo 140.8 de la Constitución da pie para entender este principio existente en Costa Rica en favor del Poder Ejecutivo, cuando dispone:

> "Art. 140.8.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:
> "...Vigilar el buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativos...".

Esta potestad de vigilancia incluye —en este enfoque— una potestad directriz y disciplinaria, sobre todo por violaciones graves de ley, distinta de la que se refiere al cumplimiento de las políticas, tal y como la contemplan los artículos 97 y 98 L.G.A.P., pero existente por mayoría de razón.

Un autor nacional lo sostiene así en relación con los entes descentralizados y empresas públicas en general, reconociendo al Poder Ejecutivo y, específicamente, al Gobierno formado por el Presidente y Ministro del ramo (art. 130 ibídem), las potestades, implícitas y concomitantes con tales otras de vigilancia, de anular actos ilegales de aquellos entes y empresas y de remover a sus directores y jerarcas por faltas graves en sus cargos, consistentes en infracciones legales o de políticas.[48] La tesis es compatible en este trabajo, que admite la existencia de una tutela administrativa de legalidad tácita y de principio, de rango constitucional; pero es inadmisible a la luz de la doctrina dominante, todo como ya se explicó al comentar la jurisprudencia y la doctrina francesas al respecto.

Pero más bien pareciera que en Costa Rica tutela y potestad de sanción tales, de existir por principio constitucional, como lo aceptamos, se daría bajo titularidad del Tribunal Supremo de Elecciones, Poder Constitucional que en Costa Rica tiene a su cargo —como ya se explicó— todo lo relativo a materia electoral. Y lo es toda aquella —toda norma y todo acto de cualquier índole— que afecte tanto un proceso electoral como una elección ya hecha.

En último término, el principio de base para toda potestad oficiosa de sanción estaría en la regla universal que admite el estado de necesidad como fuente de potestades de urgencia o emergencia para conjurar crisis graves contra el bien común, si los delitos o ilegalidades de la municipalidad o del regidor llegaren a ser gravemente lesivos de la Constitución, de la ley o de altos valores nacionales.

f) Valoración del sistema.

i) Asamblea Legislativa. Lo creemos inmejorable en lo que toca a las relaciones con la Asamblea Legislativa, que son prácticamente inexistentes. Falta sólo que la Asamblea respete la potestad tributaria que constitucionalmente pertenece a la municipalidad en Costa Rica, cuyo ejercicio sólo debe autorizar o desautorizar en bloque, sin imposiciones ni reformas.

ii) Poder Ejecutivo. En punto a las relaciones con el Poder Ejecutivo la situación es la de una inexistencia total de tales relaciones a nivel normativo. La realidad, como se dijo, es otra y total la dependencia económica, técnica y política de las municipalidades respecto del gobierno, si son del mismo partido las mayorías concejales; o, caso opuesto, del respectivo partido político nacional, del que normalmente los regidores son la más pobre categoría. Peca el régimen normativo por omisión y la situación real por exceso. Un punto intermedio sería lo ideal.

iii) Administrado y Ejecutivo Municipal. En cuanto al contralor por el administrado y el Ejecutivo Municipal —a través de vetos y recursos— bien podría pensarse en reformarlo, según se dirá, pero conviene dejar claro que no se trata de uno verdaderamente tal, por el carácter judicial —no jurisdiccional— que formalmente reviste su última fase, según se apuntó. Y ese carácter judicial, aunque sólo formal, comporta las ventajas de independencia e imparcialidad efectivas del juzgado, sin la

48. Mauro Murillo, *Perfiles jurídicos de la empresa pública en Italia y Costa Rica*, Revista de la Contraloría General de la República, núm. 15-1972, San José, Librería e Imprenta Lehmann, págs. 42 y 43. El autor invoca en su apoyo doctrina italiana que reputa dominante.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

duración ni las trabas de un verdadero proceso, lo que lo acabala y recomienda su conservación y perfeccionamiento. Juzgamos esta solución, de un tribunal judicial para el agotamiento de la vía administrativa según un trámite sumario de recurso, técnica mejor de contralor administrativo que la española y la francesa, en sus recientes versiones, porque éstas suponen la intervención del Juez en función jurisdiccional común y el agotamiento de un verdadero proceso contencioso-administrativo con cosa juzgada material, con mucho más consumo de tiempo, dinero y energías, estatales y municipales. Sobre todo si, como es, la técnica costarricense comentada culmina igualmente —sin impedirla— en ese proceso declarativo, pero sólo subsidiariamente.

iv) Contraloría General de la República. No podemos ocultar que reputamos desconsolador, cuando no desastroso, el meollo legal del sistema, a través de las aprobaciones de la Contraloría General de la República. Su número es excesivo, como el entrabamiento que producen, y no por culpa de la Contraloría General. Este control rezuma desconfianza del legislador y no es tal sino auténtica "tutela administrativa", sólo explicable ante la grave inmadurez institucional y burocrática del sistema municipal costarricense. Pero este es un problema de equilibrio y medida, no de principio. Control administrativo debe haber, pero no tanto.

En síntesis: nuestra actual situación en materia de control administrativo municipal o sobre municipalidades mejoraría sustancial y fácilmente con sólo reducir drásticamente y a sus justas proporciones las aprobaciones contraloras de legalidad, su armazón, para sustituirlas por un sistema de control técnico de eficiencia o resultados, a posteriori.

Pero antes de decir cómo hacerlo, resulta urgente conocer algo del Derecho Comparado más reciente sobre el tema. Me refiero principalmente a España, Francia e Italia.

10. Las reformas de España y Francia y el control por reexamen de Italia.

No precisa su detalle, sino su esencia, que pasamos a examinar brevemente.

a) España. Tres leyes constituyen el régimen local español: las leyes núms. 3 de 16 de enero y 40 de 28 de octubre de 1981, tácitamente derogadas por la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985, en lo que la contradigan o resulten incompatibles.

Tenemos conocimiento de jurisprudencia constitucional sobre las dos primeras y del régimen local nacido de la nueva Constitución española, de 29 de diciembre de 1978, dentro de la cual la doctrina parece dar privilegiada importancia a los fallos del Tribunal Constitucional de 2 de febrero y de 29 de abril de 1981, y de 28 de diciembre de 1982.

El breve comentario que nos proponemos toca primero los principios sentados por ley y jurisprudencia antes de la nueva Ley Reguladora de Bases, ya mencionada, para reseñar apretadamente después la forma en que, al recogerlos, este último cuerpo legal constituye el actual régimen local español. Y hemos de decir que nos interesan más los principios que el articulado legal que los desarrolla. Tales principios y bases anteriores a la ley actual parecen ser los siguientes:

i) la ley ha eliminado todo control preventivo —por autorizaciones, vistos o vetos— sobre los actos municipales, de cualquier tipo;[49]

ii) tales controles son constitucionalmente posibles —sin embargo— a condición de que cumplan el triple requisito de ser puntuales y no genéricos (por lista concentrada o dispersa y no por cláusula general); de legalidad y no de oportunidad (con las de salvedades constitucionales y para la defensa del patrimonio local, de que se dirá); y de que —quizá lo más importante— supongan una imbricación del interés nacional, general o estatal, con el local, interés nacional que deberá ser el bien primordialmente tutelado con la intervención contralora;[50]

iii) la ley permite que el representante del Estado impugne contenciosamente la legalidad de los acuerdos municipales y causa que la impugnación suspenda la eficacia del acto impugnado, pero ello sujeto a revocación por el Tribunal en un plazo de ley;[51]

iv) la suspensión administrativa de acuerdos

---

49. Jesús Guijarro, *La tutela financiera de las corporaciones locales*, pág. 291, . . .; Sosa Wagner, *La autonomía municipal*, pág. 2239, . . .; Antonio Embid Irujo, *Autonomía Municipal y Constitución*, pág. 463.

50. Ramón Martín Mateo, *Autonomía y régimen local preconstitucional*, pág. 357, en comentario a la sentencia constitucional de 2 de febrero de 1981.

51. Andrés Morey, *El control de legalidad y la suspensión de acuerdos en los entes territoriales por el Estado*, pág. 253.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

municipales puede ser constitucional cuando se funda en aquella misma imbricación de intereses generales y locales, con prevalencia de los primeros, antes aludida;[52]

v) los controles de oportunidad, preferiblemente no preventivos, son constitucionalmente posibles sobre el municipio si lo autoriza la Constitución o si se trata de defender el patrimonio del ente local contra sus administradores;[53]

vi) la esfera de competencia de la autonomía municipal —como de las otras— radica en el carácter local del interés o intereses bajo su cuidado y ello es un concepto indeterminado que sólo podrá precisarse al hilo de las determinaciones que hagan la ley y la jurisprudencia.[54]

La doctrina da cuenta, sin embargo, de fallos (como los de 28 de junio de 1983: 11/82 y 237/82 de la misma fecha) en los que el Tribunal Constitucional reconoce potestades de tutela financiera al Estado o a las Autonomías Regionales sobre los municipios, en el tanto en que sean de estricta legalidad y estén previstas por el orden jurídico superior respectivo (ley del Estado o Estatuto autónomo).[55]

La reforma local española así concebida parece excelente y una alta cota en la evolución hacia la auténtica autonomía municipal. Quizás más importante que el juego de reglas básicas antes señaladas es su fundamentación por jurisprudencia y doctrina. Estas ponen de relieve la necesidad de mantener la unidad del Estado por encima de la autonomía local, que sólo puede justificarse sobre la base de intereses también locales, distintos de los estatales, no por esencia sino en su concreta existencia histórica, en la que nunca se dan en estado puro.[56] La doctrina española sustenta —como el resto de la europea— la posibilidad de hacer una distinción flexible (souple) —nunca totalmente precisa ni resistente a las excepciones o modulaciones— entre los asuntos típicamente municipales y los otros, también a cargo de las municipalidades, pero en virtud de delegación o transferencia por otro ente territorial superior (Estado, autonomía regional, provincia, etc.).[57]

Posteriormente se ha aprobado la nueva Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 de abril de 1985. Parte ésta de una eliminación tajante de los controles preventivos (autorizaciones

52. Martín Mateo, op. cit., pág. 358. . .; Morey, op. cit., págs. 258 y 259.

53. Morey, op. cit., pág. 260. . .; Embid Irujo, op. cit., pág. 469.

54. Martín Mateo, op. cit., pág. 358.

55. Guijarro, op. cit., págs. 304 a 308.

56. Parejo Alfonso, *Estado Social. . .*, op. cit., págs. 228 y 238 y sigtes., finca en el régimen de la propia institución local (auto-organización, personal y competencias) la esfera de asuntos reservados a aquella, a diferencia de la materia tocante a la actividad externa (imperativa o servicial), que viene expuesta a la legislación e intervención estatales sin otras limitaciones que las nacidas de las peculiaridades de cada ramo y de la coyuntura de la intervención. El auto sostiene, en este marco, a diferencia de lo que parece ser opinión dominante en España con base en la jurisprudencia constitucional, que los municipios están sujetos también a la posibilidad de contralores de oportunidad, sin los cuales estaría desarmado el ente superior (comunidad autonómica) para confinar a sus propios términos la ejecución de la política local, cuya definición es parte de aquella potestad de auto-organización, núcleo constitucional inviolable de la autonomía local, para todo lo cual véase, además, op. cit., pág. 232. Con posición coincidente e invocándola Miguel Sánchez Morón, *Las comunidades autónomas y la estructura de la administración local*, RAP, núms. 100-102, vol. III, págs. 2097 y sigtes., donde el autor aclara que el régimen esencial de la autonomía, así definido, comprende las relaciones interadministrativas y, entre ellas, las de contralor (de legalidad y de oportunidad) sobre los entes municipales. Dudosa parece, sin embargo, la distinción que introduce esta línea de pensamiento —de origen alemán— entre potestades públicas económicas y de ordenación territorial, integrantes del ámbito competencial necesario de la municipalidad y sustraídas a intervención estatal; y actividad externa y de servicio público de la municipalidad, sujeta a dicha intervención, de la cual quedarían excluidas las funciones propiamente tales, expresadas a través de aquellas potestades de imperio, sobre todo en sectores públicos tan decisivos para la unidad estatal y nacional como la economía. Creemos, por lo contrario, que todo lo concerniente a las competencias externas de los municipios, incluyendo sus potestades externas, es materia sujeta a intervención estatal (reguladora y/o contralora). Esta parece ser la tesis de la única sentencia constitucional costarricense sobre materia municipal, citada en la primera parte de este trabajo, donde se afirma la potestad legislativa estatal sobre todos los ámbitos competenciales de la municipalidad y, en todo caso, el carácter compartible de los mismos respecto del Estado. No hay en Costa Rica competencias municipales exclusivas, aunque sí parece haber, en el estado actual de nuestra Carta, competencias municipales por naturaleza local del respectivo interés, simultáneamente estatal en el momento en que la ley así lo decida, todo según el fallo constitucional antes citado.

57. Embid Irujo, op. cit., págs. 464 a 466, donde el autor propugna por una esfera privativa de asuntos exclusivamente municipales, frente a otros delegados o transferidos desde entes territoriales superiores (Estado o entes autonómicos regionales), este enfoque es común en toda Europa, calcado sobre el esquema de los estados federales, principalmente Alemania e Italia, todo como pudo verse de la primera parte de este estudio. Véase también Parejo, *Relaciones interadministrativas. . .*, op. cit., págs. 221 y 222. Los artículos 25 y 26 de la nueva Ley de Bases del Régimen Local, de que se dirá de inmediato, cristalizan este enfoque "nuclear" de las competencias municipales, del que el presente trabajo discrepa. El mejor testimonio contradictorio con tal concepción —aquí no compartida— está en el artículo 62 ibídem, que prevé una resolución exclusiva del Estado o de las autonomías territoriales —sin otra garan-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y aprobaciones) sobre los actos municipales, los cuales serán inmediatamente eficaces y ejecutivos por sí mismos, salvo disposición en contrario de la ley estatal (art. 51), salvedad que reputamos grave y que puede ser el caballo de Troya que, en su día, destruya el nuevo régimen municipal así creado. La inmediata y autónoma eficacia de los actos municipales es incompatible con toda clase de controles preventivos (autorizaciones, aprobaciones, dictámenes previos, etc.), pero no con los ex post, como las suspensiones o anulaciones. Sin embargo, el artículo 52.1 ibídem revela que queda eliminado y prohibido, además, todo control administrativo, al contemplar la acción jurisdiccional contencioso-administrativa como la única vía posible de impugnación de los actos municipales, lo que confirman los artículos 63 a 68 ibídem. Pero la ley expresamente reconoce que ello juega sin perjuicio de la potestad de autotutela de la municipalidad para revisar de oficio sus propios actos (art. 53).[58]

Por otra parte, descansa la ley en el mecanismo del convenio entre municipio y Estado (o región) para la organización y ejecución de servicios y obras de común interés, con el auxilio de cuerpos consultivos y de procedimientos de participación que permitan identificar, considerar y satisfacer equilibradamente los diversos intereses competenciales en juego cuando hay actos municipales de vasto alcance general, como la planificación local, en cuanto ésta debe subordinarse a la estatal (arts. 57 y 58). Pero contiene también medidas de garantía coactiva de la coordinación del municipio con el Estado y las autonomías territoriales, con posibilidades de convertirla en una subordinación impuesta, en los casos extremos en que la coordinación municipal paccionada sea imposible o insuficiente, a través de la planificación estatal sectorial (por materia), con la posibilidad de intervenciones más drásticas para evitar daños generales o nacionales por conductas ilegales o inconstitucionales del ente local, medidas como la disolución de los cuerpos municipales o la intervención y sustitución de la administración municipal, todo bajo el supuesto de una imbricación de intereses nacionales con los locales, con neta prevalencia de los primeros (arts. 59 a 61).[59]

---

tía en favor del municipio español que su participación en el procedimiento previo para hacer oír su voz, pero sin necesidad de un verdadero "consenso" o "concierto" final entre las partes— en todos aquellos casos "en que la naturaleza de la actividad de que se trate haga muy difícil o inconveniente una asignación diferenciada y distinta de facultades decisorias en la materia", lo cual puede ocurrir fácil y frecuentemente en cualesquiera actividades municipales, incluso en las previstas como "mínimas", "obligatorias" o "esenciales" por los artículos 25 y 26 ibídem, por cualesquiera razones de circunstancia, principalmente por las de índole política, financiera o técnica.

58. La filosofía de la Ley de Bases viene claramente delineada en este aspecto en su jugosa Exposición de Motivos, que llama Preámbulo, cuando dice: "Por lo que hace a las relaciones interadministrativas, salta a la vista la radical inadecuación del mantenimiento en el nuevo compuesto Estado constitucional de las técnicas y las categorías cristalizadas en el Estado centralista y autoritario. En particular, ese juicio de radical obsolescencia merece predicarse de las técnicas formalizadas actuables por voluntad unilateral de una de las administraciones e incidentes normalmente en la validez o en la eficacia de los actos emanados de otra, en este sentido subordinada a la anterior; técnicas que no son sino trasunto y consecuencia lógicos de la construcción piramidal y jerárquica del poder público administrativo, puesto que la tutela, a la que todas ellas se reconducen, no es sino una categoría que expresa una situación de fuerte dependencia casi jerárquica. El principio constitucional de autonomía y el administrativo de la descentralización en que se fundamenta el nuevo Estado implican la diversificación de los centros del poder público administrativo y la actuación de cada uno de ellos, en su ámbito propio, con plena capacidad y bajo la propia responsabilidad, es decir, impiden la atribución a alguno de ellos de facultades de control que recaigan sobre la actividad en general de los otros y que supongan una limitación de la capacidad de éstos" (Ley de Bases del Régimen Local, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, págs. 30 y 31).

59. Léase al respecto el ya citado artículo de Parejo, *Relaciones interadministrativas. . .*, págs. 224 y sigtes., que son predicción del posterior texto de la nueva Ley de Bases tan insólitamente exacto y específico como para hacer sospechar una clara paternidad al respecto del distinguido publicista español. Todo lo cual viene corroborado por el Preámbulo cuando dice: "las técnicas de relación entre Administraciones han de tener por objeto más bien la definición del marco y de los procedimientos que faciliten el encuentro y la comunicación, incluso de carácter informal, para la colaboración y la coordinación interadministrativas, fundamentalmente voluntarios y de base negocial. Naturalmente que el cuadro de técnicas ha de cerrarse por un sistema resolutorio del supuesto límite del conflicto, por fracaso de las mismas. La configuración de ese sistema de conflictos tiene que ser, a la vez, respetuosa con la esencial igualdad posicional de las Administraciones territoriales y aseguradora de que el planteamiento y la sustanciación del conflicto no alteran la específica estructura constitucional de los intereses públicos a los que sirven dichas Administraciones". Con todo lo cual concordamos ciento por ciento, agregando, ello no obstante, que el principal motivo de conflicto puede ser el conferimiento constitucionalmente garantizado a la municipalidad —costarricense, española o la que fuere— de una esfera intangible —para el Estado y su ley o para cualquier otro ente territorial superior— de cometidos e intereses "mínimos", "obligatorios" o "esenciales". Competencias que el municipio ha de tener, pero sujetas sin límites a la ley ordinaria del Estado o del ente territorial intermedio (entre éste y el municipio), sin garantía constitucional ninguna de estabilidad. Esencial sólo resulta la autonomía en el ejercicio de las legalmente atribuidas, para que el municipio quede subordinado únicamente a la ley y a la planificación y dirección estatales o del ente intermedio referido, con las consiguientes potestades inherentes de control en mano de ellos. Dentro de ese marco y esa sujeción, el municipio debe moverse —frente a los demás entes administrativos y al Estado mismo— a través de actos libres o, a lo sumo, de conciertos igualmente libres. Tal es la imagen y el futuro que aquí propugnamos para la municipalidad costarricense, en algo diferente —como se ve— de la ya dada al municipio español.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Confesamos nuestra sorprendente coincidencia personal con las líneas de principio de tal proyecto que, por lo ya dicho respecto del sistema municipal costarricense, difieren de éste en puntos sustanciales, básicamente por la contemplación de las medidas extremas de intervención sobre la vida municipal últimamente comentadas, siempre ausentes de la historia municipal costarricense.

b) Francia. Por ley de 2 de marzo de 1982, modificada y completada por la de 23 de julio del mismo año, Francia ha cambiado también el sistema de control administrativo sobre las municipalidades del país, relajándolo fuertemente en bien de la autonomía municipal. Un destacado especialista ha resumido el cambio, que ha sido más bien de enfoque general sobre la naturaleza y la misión del municipio francés, diciendo que "lo esencial de la reforma consiste en que al clima de desconfianza típico de la tutela administrativa se ha sustituido uno de confianza. En esta perspectiva, el legislador, más que suprimir la insolencia de la palabra (tutela), ya denunciada por Tocqueville, ha modificado profundamente la realidad municipal" (Jean Marie Pontier, *La nouvelle decenralisation*, Sirey, Paris, pág. 214).

¿En qué consiste ese cambio profundo?

En la supresión de la tutela preventiva; en la transformación de la tutela presupuestaria y en la conservación de la técnica de la sustitución de la municipalidad en hipótesis de inercia de ésta contra obligaciones taxativas de ley, sobre todo en el marco del régimen presupuestario correspondiente.[60]

i) Supresión de la tutela preventiva. Como en España, en Francia se ha suprimido la tutela preventiva y especial (acto por acto) respecto de la municipalidad. Esto significa que los actos municipales son ejecutorios e impugnables desde que han sido debidamente comunicados (por publicación o notificación); y puestos, además, en conocimiento del Estado en la persona del llamado Comisario de la República (que sigue siendo el Prefecto con otro nombre) cuando se trata de actos listados de grave importancia para la vida municipal (los que lesionan a tercero y están dentro de la lista legal). Las medidas municipales cuya eficacia y ejecución vienen así diferidas a la debida comunicación del acto al representante del Estado son principalmente las deliberaciones del concejo municipal respectivo, sus disposiciones reglamentarias, sus disposiciones en materia de policía (general o especial), etc. El Prefecto puede, en un término de dos meses a partir del recibo de la notificación del acto municipal o de su conocimiento por otro medio (cuando se trata de uno de los que no están sujetos a tal formalidad), impugnarlo por razones de legalidad, ante el tribunal contencioso-administrativo competente, lo que da lugar a un proceso común de esta índole, única sede posible para anular el acto. El Prefecto puede hacerlo igualmente cuando un interesado cualquiera se lo pida, objetando la legalidad de un acto municipal, siempre que la petición se dé dentro de los dos meses posteriores a la fecha en que aquél ha adquirido ejecutoriedad, sin perjuicio del acceso directo y común del petente a la jurisdicción respectiva por vía de su demanda propia. Lo más notable del nuevo régimen (que, como se ve, es muy similar al español) está en otra similitud con éste, más drásticamente habilitada: el Prefecto tiene trato preferencial en punto a la suspensión del acto impugnado, que deberá acoger el Juez por pedirla el representante de la Nación con sólo bastantear favorablemente la "seriedad" de la impugnación de fondo en razón de sus motivos y pruebas, tal y como aparecen de la demanda principal, sin exigir el requisito (clásico en incidentes de este tipo) del perjuicio irreparable o de difícil reparación (en este caso al interés público). Creemos que esto quitará a la sentencia interlocutoria favorable

60. Véase por todos y como lograda exposición de conjunto de la reforma francesa del sistema municipal Jean Melleray, La supression des tutelles?, en la obra colectiva *La nouvelle decentralisation*, bajo la dirección de Franck Moderne, Sirey, 1983, con importantes aspectos críticos, sobre todo en punto a la tutela sustitutiva en materia presupuestaria y financiera local atribuida al Prefecto; con claro sentido laudatorio y acrítico véase George Gontcharoof et Serge Milano, *La décentralisation —nouveau pouvoirs— nouveau enje*, Syros, París, 1983, vol. 1, págs. 115 y sigtes., esp. 119 a 123. Estos autores hacen ver rotundamente la desaparición de una presunta esfera local privada o reservada, sobre todo después de la nueva reforma, op. cit., págs. 43 a 47. La toma de posición en contra de tal reserva constitucional de atribuciones había sido precedida por la de la mayoría de la doctrina, para lo cual véase Jean Marie Pontier, *L'Etat et les colectivites locales*, L.G.D.J., París, 1978, págs. 147 y sigtes., esp. 166 a 168, donde el autor —después de calificar como falsamente "ontológico" el binomio local-estatal— concluye en que el mismo carece de relevancia jurídica y en que, si alguna tiene, es justamente el de señalar que ahí donde el Estado interviene —sobre bases legislativas nacionales— la municipalidad no puede intervenir. La crisis, sin embargo, es también a nivel de ciencia política, para lo cual véase George Burdeau, *Traité de science politique*, L.G.D.J., París, 1967, tomo 2, págs. 382 y 383, que comparte el criterio de la municipalidad como ente menor dependiente del Estado, cuyas competencias están y deben estar a merced de éste, enfoque que compartimos.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el carácter excepcional que comúnmente tiene, proveniente de las dificultades impuestas por el Conseil d'Etat a la calificación jurídica y a la prueba de tal circunstancia, con obvia intención restrictiva en contra del incidentista. Y, de rechazo, esto disminuirá sensiblemente el impacto de la reforma legislativa, con debilitamiento de la autonomía municipal.

En España la ley impone la suspensión como efecto automático de la impugnación hecha por el Estado, pero la sujeta a revocación dentro de un plazo si no reúne los requisitos para mantenerse, que son los clásicos, por no haber disposición en contrario. Esto es mucho más flexible.

ii) Reafirmación de la tutela sustitutiva. Reservada siempre para los casos de omisiones de actos debidos —reglados en cuanto a motivo y contenido, una vez verificada la realización del motivo— puede decirse que se trata de la medida más grave de la función contralora en general, por privar del ejercicio —no de la titularidad— de la competencia al órgano municipal y poner a cargo de la municipalidad las responsabilidades nacidas de ese ejercicio sustitutivo, no obstante la inercia municipal. Se da la sustitución en el nuevo régimen francés en dos campos, el administrativo (principalmente de policía general del orden y de la seguridad en las calles) y el presupuestario, cuando el Prefecto viene autorizado para registrar en el presupuesto municipal puesto en su conocimiento las partidas correspondientes a gastos debidos (legalmente o por virtud de obligaciones vencidas de origen contractual o de otro cualquiera). El control sustitutivo, como es inherente a su propia naturaleza de medida de último recurso, sólo se ejerce legítimamente si viene precedido por intimaciones previas, pero frustradas, para la inclusión del gasto omitido. En este tipo de sustitución presupuestaria entra en función una importante innovación introducida por la nueva ley, con la creación de la Chambre Regional des Comptes. Una de sus funciones es intervenir a petición del Estado o de cualquier interesado para verificar la omisión presupuestaria acusada y, caso afirmativo, para instar al Estado a que la subsane, para lo cual el Prefecto tendrá, fuera de hacer el registro de la partida necesaria, que hacer las modificaciones consiguientes en los ingresos municipales presupuestados.

iii) El control presupuestario global. En tres hipótesis deben intervenir el Estado y el dicho órgano regional de control respecto de los presupuestos municipales como tales, a saber: cuando la municipalidad no apruebe su presupuesto ordinario antes del 1 de enero de cada año; cuando lo apruebe con un desequilibrio real, aunque con equilibrio aparente; y cuando ese desequilibrio real surja durante su ejecución, naturalmente por déficit.

Constatada una cualquiera de las tres hipótesis, el Estado debe pedir a la Chambre Regional que verifique el hecho y proponga medidas de subsanación. La proposición tiene que hacerla la Cambre a la municipalidad y si ésta no contesta, no adopta medidas o adopta medidas insuficientes, la Chambre pide al Prefecto que tome las suyas, matizadas según cada uno de los motivos de intervención antes mencionados, pero sin especificación clara de la ley respecto de su contenido. Se tratará, en todo caso, de medidas de sustitución de la municipalidad por el Prefecto, acordes con la naturaleza del problema. La doctrina encuentra que en éste, como en el anterior aspecto, la nueva ley no ha introducido reforma sustancial, sino que ha reafirmado el contralor sustitutivo preexistente.

iv) El control presupuestario parcial. Es el relativo a la creación de los ingresos y egresos y a su régimen de administración. Y aquí simplemente —con leves salvedades— la reforma importante es la general antes apuntada y consistente en la supresión de los controles preventivos y en la reafirmación de los sustitutivos, sobre todo en punto a las partidas para el pago de obligaciones municipales vencidas, ilegítimamente omitidas en el presupuesto local.

c) Italia. El contralor por reexamen de oportunidad o mérito. Según el artículo 130 de la Constitución Italiana: (párrafo segundo).

"En los casos determinados por ley puede ejercerse el contralor de mérito, en la forma de petición razonada, dirigida a los entes deliberantes, de reexaminar sus deliberaciones".

La disposición se refiere a las relaciones entre Estado y entes locales, incluyendo a la municipalidad.

La doctrina italiana —como se sabe— siempre ha entendido por "mérito" del acto su oportunidad, en forma tal que siempre ha reputado la petición de reexamen aludida como referente a la oportunidad o, mejor, inoportunidad del acto objetado.

La petición tiene, según la Ley Municipal italiana (núm. 62 de 10 de febrero de 1953), el doble efecto de suspender la eficacia del acto objetado y de exigir de su autor, el órgano local deliberante

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(regional o municipal), la mayoría absoluta (mitad más fracción de la totalidad de sus miembros electos) para reiterar el acto objetado, sin reformarlo. Se entiende que la petición —equivalente a un veto suspensivo— deja a salvo la autonomía local, porque su efecto no llega hasta impedir que la resolución objetada sea reiterada, si así lo juzga conveniente su autor.

Dada la falta de vía imparcial para la resolución del conflicto que la objeción y la petición de reexamen plantean, se ha llegado a decir que no se trata de verdadero contralor, sino, pura y simplemente, de una facultad de iniciativa del Estado en el procedimiento local, a modo de proposición de una nueva resolución, que obliga al órgano local deliberante a reabrir el expediente hasta concluirlo con la nueva resolución, que es tal aun si reitera la anterior. Es indudable que la medida correctiva necesaria para el contralor debe ser capaz de evitar o hacer cesar la lesión a la regla aplicada, si se declara la discrepancia del acto a su respecto. Desde este ángulo, la técnica examinada no sería un contralor auténtico. Pero su efecto es muy similar, porque, el suspender la eficacia del acto mientras no sea reexaminado, puede conducir a tal resultado, aunque finalmente haya resello. Evidentemente, se trata de una técnica de revisión de la legalidad u oportunidad de los actos locales que puede ser sana y útil, en cuanto respeta íntegramente la autonomía del autor para decidir como quiera y puede frecuentemente conducir a la evitación o cesación de un entuerto administrativo. Es perfectamente compatible con la autonomía aun si se da por razones de oportunidad, lo que es una ingeniosa invención.[61]

11. La experiencia francesa de la planificación económica y territorial y de la gestión municipal concertadas (contratos programa, contratos plan, contratos de ciudades medias, de políticas globales, etc.).

El fracaso reiterado de los sistemas de contralor puestos en operación, sobre todo de los preventivos de mera legalidad, pero también de los a posteriori y por razones de técnica o de mérito, que es universal (y que sigue siendo de causa ignorada, como si fuera un caso fortuito normal), ha impuesto el recurso a otras técnicas para alcanzar mayor eficiencia y economicidad en la gestión administrativa, cuando se trata de auxiliarla desde afuera. Es decir: básicamente cuando se trata de hacer intervenir al Estado. Y hay actividades, por otra parte, en las que la presencia de éste es necesaria, más como cogestor con la municipalidad que como mero contralor o director. La experiencia en tales campos —que son principalmente los de la planificación económica localizada ("aménagement territoriale"), los de la planificación urbanística y los de la planificación económica temporal— sin grandes resultados en su campo propio puede, sin embargo, procurar eficaces instrumentos de cogestión (estatal) con el municipio, compatibles, como tales, con la autonomía de éste. Examinemos brevemente tales posibilidades en Francia, el sistema latino donde más precoz y amplio ensayo han tenido en un pasado cercano, aunque no todavía con gran futuro.

El régimen del urbanismo y de la ordenación territorial puesto en operación por los franceses en los últimos veinticinco años es original y muy conocido. Valga puntualizar su estructura e instrumentos básicos y registrar su fracaso como forma de movilización de las municipalidades en cooperación o concierto con el Estado, con calificadas excepciones. Aprender en cabeza ajena, lo bueno y lo malo, es algo urgente en Costa Rica.

a) La elaboración y la ejecución de los documentos básicos del urbanismo francés.

Estos son principalmente:

i) los llamados "esquemas rectores de la ordenación y del urbanismo" (sigla francesa S.D.A.U.);
ii) los "planes de ocupación del suelo" (sigla P.O.S.);
iii) Los "planes de ordenación rural" (sigla P.A.F.); y
iv) los "programas de modernización y de infraestructura" (sigla P.M.E.).[62]

61. Feliciano Benvenutti, op. cit., págs. 377 y sigtes.

62. En relación con el tema en general del urbanismo por colaboración orgánica, funcional y concertada entre municipio y Estado francés, es clave la obra de Jean Claude Nemery, *De la liberté des communes dans l'aménagement du territoire*, L.G.D.J., Paris, 1981; esta importante obra hace un recuento de tal experiencia, no sólo jurídica, para concluir en que se trata de métodos de incursión del Estado sobre el municipio, sin bases legales adecuadas en la mayoría de los casos, cuya única función, sea cual sea su estructura, es garantizar la subordinación del desarrollo local, urbano, social y económico, a la planificación central del Estado. Esto ha sido así principalmente en el seno del llamado "amenagement du territoire" (ordenación del territorio), que, según la obra, nunca coincide con la planificación local y ocasionalmente tampoco con la económica, no territorial, del Estado. El autor llega a reputar esta función estatal como la negación misma de la autonomía municipal, para lo cual véase págs. 2, 38, 115, 146 y 147.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Los documentos anteriores están interrelacionados, según la función y el contenido de cada uno. La ley básica fue la Ley del Suelo (sigla L.O.F.) y es hoy el Código de Urbanismo, que les da base a todos, aunque no detalle su régimen.

Lo importante es saber la finalidad de cada uno y su procedimiento de elaboración, y que todos suponen la existencia de una planificación nacional, tanto económica como territorial.

Los S.D.A.U. son el instrumento de fijación de las orientaciones fundamentales de la ordenación del suelo en las municipalidades, a largo plazo, en lo que toca a la extensión de las aglomeraciones, al destino del suelo, a la consistencia y función de las grandes infraestructuras, a los transportes, a la vialidad y a la renovación y desarrollo urbanos. No son normativos ni oponibles a terceros, ni aplicables directamente.

Los P.M.E. fijan las operaciones proyectadas para realizar lo anterior, pero tampoco son vinculantes a terceros.

Los P.A.F. cumplen la función de los S.D.A.U. pero en relación con el área rural y tienen que encuadrarse en estos últimos, también sin fuerza vinculante. Su misión es definir las perspectivas viables de desarrollo y de acondicionamiento del suelo con vocación rural, a largo plazo.

Los P.O.S. son los planes de urbanismo aplicables directamente al suelo y oponibles a terceros. Son el medio de ejecución de los documentos y estudios anteriores.

Los S.D.A.U. y los P.A.F. tienen que ser aprobados conjuntamente por el Estado y las municipalidades afectadas, que así dictan un acto complejo. Para prepararlo tienen que formularse proyectos por comisiones de integración conjunta, pero no legalmente paritaria y, de hecho, en mano del Prefecto, quien las integra normalmente dando igual representación a ambas partes, pero adjudicándose la Presidencia, los reglamentos internos de funcionamiento y acudiendo únicamente a técnicos estatales para la redacción de los proyectos. Finalmente, el Prefecto puede superar el rechazo municipal obteniendo aprobación del proyecto por decreto del Consejo de Estado a proposición del Ministro de la Ordenación Territorial.

Con trámite diferente, que incluye una audiencia al público de las municipalidades afectadas, los planes de urbanismo principales (P.O.S.) son, sin embargo, elaborados y aprobados con igual predominio neto del Estado a través del Ministerio de la Ordenación Territorial, que interviene en todas las etapas llamado por el Prefecto. Si, finalmente, las municipalidades rechazan el proyecto elaborado y sometido al público, los ministerios del ramo (el de Ordenación Territorial y el del Interior) pueden aprobarlo por decreto conjunto o, si la municipalidad rebasa una población determinada, el Consejo de Estado en lugar de ellos.

La doctrina francesa analiza la famosa colaboración funcional y orgánica creada por este régimen urbanístico y concluye casi unánimemente en que es un solemne fracaso para las municipalidades, por omisiones legislativas, que han permitido al Estado llenarlas mediante reglamentos y, lo que es peor, circulares en su favor, dándole neta prevalencia al Prefecto, a los cuerpos técnicos del Estado y finalmente a sus ministros en todas las etapas de la planificación urbana y territorial.

Con igual unanimidad reconocen el éxito, pese a todo ello, de dos tipos de estructura recientemente puestos en circulación por el Estado mismo, ante la renuencia local a continuar participando en los procedimientos concertados de planeamiento urbano y territorial ya descritos para beneficio principal y exclusivo del Estado; se trata de las llamadas agencias de urbanismo y de las comisiones locales de ordenación y de urbanismo, las primeras con la función de elaborar los proyectos de urbanismo y ordenación territorial y de dar asesoría técnica en todos los ramos concernientes; y las segundas concebidas como sedes de encuentro y discusión entre personeros estatales y locales para establecer los acuerdos que diseñen la ejecución a corto plazo de las necesidades más importantes o urgentes contempladas por un plan intermedio y ya muy localizado, que se llama "plan de acción territorial" (P.A.F.). Los autores reconocen que el éxito de estos dos órganos —que han logrado producir planes y verdaderos contratos con obligaciones recíprocas entre Estado y municipalidades afectadas, en forma mucho más coherente y viable que las otras comisiones más amplias de que se habló— reside principalmente en el hecho de que la integración de esos organismos es privada o municipal, libre en cuanto a estructura jurídica (que puede ser la de meras asociaciones comunes) y con neto predominio de las municipalidades, uno de cuyos regidores suele presidirlas con poderes amplios. Esa presidencia va equilibrada con el nombramiento de un director ejecutivo, mediante acuerdo con el Ministro de la Ordenación Territorial, que suele ser un ingeniero del Cuerpo de

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Puentes y Caminos.[63] Pero pareciera que se trata, en todo caso, de organismos privados sin régimen legal específico de base, ni en su origen ni en su organización y funcionamiento.

Resulta de todo ello la regla táctica muy importante de que, si se opta por establecer formas de colaboración orgánica o funcional entre Estado y municipalidades y se da la prevalencia a éstas en la creación, organización y el manejo del cuerpo así formado, se obtiene mucho mejor resultado que haciendo lo inverso.

Pero es obvio que la anterior conclusión sólo es aceptable si el desarrollo económico y tecnológico ambientes, así como las finanzas municipales, otorgan a las municipalidades la posibilidad de aportar al órgano común, sobre todo al de elaboración de los planes y proyectos, un poder técnico suficiente y eficiente, del que normalmente están desprovistas, y en Costa Rica, al menos, con grave dependencia respecto del Estado.

b) La colaboración contractual.[64]

Esta es tal, muchas veces, sólo de nombre. Empezó con los llamados "contratos programa" entre Estado e industria privada para llevar a cabo los objetivos de la planificación económica, no de la territorial. Dichos pactos son el mejor ejemplo de un contrato llamado tal que no lo es. Vieron luz en Francia por un decreto del Ministro de Economía y de Finanzas número 25-135 de marzo de 1966. Su objeto era el abandonar la fijación oficial de precios para sustituirla por precios fijados por cada empresa de acuerdo con la información suministrada periódicamente al dicho Ministerio, todo sujeto a revisión anual de común acuerdo. Es decir: desde un principio el llamado contrato programa aparece como derogatorio de un régimen legal o reglamentario de orden público, como el de los precios. La idea es sustituir la reglamentación por el acuerdo, el imperio por la libertad, en condiciones tales que el Estado pueda aceptar ésta como justa y acorde con el interés público. Un complejo mecanismo conducía al acuerdo entre empresa individual y Estado: a) una promesa de los representantes del sector industrial o profesional de orientar su acción por los objetivos del plan y de suministrar información para justificación de sus precios que, como contrapartida, serían fijados por cada uno, sin sujeción a la fijación oficial vigente; b) un decreto ministerial autorizando a los miembros del sector profesional o económico a fijar por sí los precios, sobre la base de la información revisable y renovable que se especificaba, incluyendo el estudio de coyuntura y perspectivas, en constante contacto con el Gobierno; c) una adhesión de la empresa individual del ramo al compromiso previo del sector profesional; y, d) establecimiento por acto administrativo de un régimen de liberación de precios aplicable a cada empresa adherente.[65]

Según la mejor doctrina se trataba más bien de un acto condición, no de un contrato, pero hay discrepancias.[66]

Los caracteres generales de este tipo de técnica fueron trasladados posteriormente a los conciertos entre entes locales y Estado para la realización de renovaciones urbanas de importancia, sobre todo con el objetivo de "garantizar simultáneamente a

63. Nemery, op. cit., págs. 60 a 62, y 73 y 74, en relación con las agencias de urbanismos y con las llamadas comisiones locales de ordenación y de urbanismo; igualmente Pontier, *L'Etat et les colectivites. . .*, op. cit., págs. 530, 531, 540 y 541.

64. Para un examen muy informativo sobre los "cuasi-contratos del plan económico", los contratos fiscales, los contratos programa y los contratos del plan, véanse Jacquot, op. cit., págs. 184 y sigtes.; y Pierre Devolve, *Le principe d'egalité devant les charges publiques*, L.G.D.J., París, 1969, págs. 111 y sigtes. Véase también André de Laubadere, *Droit Public Economique*, Dalloz, París, 1974, pág. 362. Recientemente en L.A. véase Jorge Witker, *La empresa pública en México y España*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 127 a 131; y por todos y en relación con varios países europeos véase la obra colectiva coordinada por Robert Savy y Michel Fromont, *L'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique*, Presses Universitaire de France, París, 1978, págs. 110 y 227; para Italia véase la brillante monografía de Franca Falconi, *Contrattazione*, impresa privata e programmazione, CEDAM, Padova, 1978, págs. 107 y sigtes.

65. Véase el serio estudio de Catherine Piquemal, *Une experience d'acte économique: le contrat de programme*, Revue du Droit Public et de la Science Administratif en France et a l'Etranger, marzo-abril 1974, exclusivamente referido, sin embargo, al contrato programa, agotado por el Estado —hasta descontinuar la técnica— frente a sujetos privados.

66. La doctrina francesa es polémica sobre la naturaleza de los diferentes conciertos o convenios entre Estado y particulares y entre Estado y entes públicos, especialmente locales, para la planeación y prestación de servicios y funciones públicos varios; véanse al respecto, fuera de los autores citados en nota (62) Henri Jacquot, *Le statut juridique des plans français*, L.G.D.J., París, 1973, págs. 181 y sigtes.; Ives Madiot, *Aux frontieres du contrat et de l'acte administratif unilateral: recherches sur la notion d'acte mixte en Droit Public français*, L.G.D.J., París, 1971, págs. 252 y sigtes.; Nemery, op. cit., págs. 252 y sigtes.; Melleray, *La tutelle. . .*, op. cit., págs. 323 y sigtes., donde el autor llega a negar fuerza obligatoria a los contratos entre Estado y municipalidades, para calificarlos como "gentlemen agreements", esp. pág. 387.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las colectividades locales una continuidad suficiente en el suministro de subvenciones y de préstamos y de liberarlas de autorizaciones y contralores que retardan y a veces paralizan las iniciativas locales" (decreto de 4 de diciembre de 1969, complementado después por otro de 23 de diciembre de 1970). Habían nacido los "contratos del plan", que, después, fueron aplicados a la ordenación del territorio (contratos de ciudades medias, 1973). En tanto que los "contratos plan" eran con sindicatos obligatorios de municipalidades (communautés urbaines), los contratos de ciudades medias eran con la municipalidad como tal. Y su nota principal fue la amplitud de su materia: se trataba ya no sólo de realizar obra urbana o de infraestructura, sino de crear, organizar y financiar toda clase de servicios públicos, de tipo sociocultural o educativo, y hasta proyectos de revitalización económica local.

Los "contratos del campo" tienen objetivos tan amplios como evitar la depauperación y la despoblación rural acondicionando la zona de modo que estimule a los jóvenes a permanecer, creando los empleos, los servicios públicos y privados y una animación cultural y social de que a menudo carecen (relación ministerial de 1976).

En síntesis: Estado y municipalidades, o entes locales en general, contratan o, al menos, ponen en aplicación esquemas de relación que les permitan participar de común acuerdo en la realización de proyectos específicos de cualquier ramo municipal (urbano, de infraestructura vial o de servicios de salud); o bien para la formulación, financiación y ejecución de políticas globales de la municipalidad a corto plazo, mediante recíprocos compromisos y aportes a ello conducentes, siguiendo un patrón que o deroga el contralor administrativo con base legal, o que lo evita, mediante la información y la negociación permanentes.

Parte de la doctrina francesa encuentra ficticia esta llamada "contratación", que nunca es entre iguales, por abuso del Estado, que usa su mayor poder de toda naturaleza para imponerse a la municipalidad bajo el disfraz del convenio. Autores hay que llegan a reputar toda la política y la administración territoriales concertadas como paradigmáticamente centralistas y nocivas para las municipalidades; y quienes consideran la contractualización de las relaciones entre municipalidad y Estado como una técnica de salvamento ante el fracaso de la planificación nacional o regional, para obtener el apoyo financiero e institucional de las municipalidades con el fin de realizar en su circunscripción territorial la parte correspondiente del plan nacional previamente frustrada. Por la vía del consentimiento municipal, por otra parte, el Estado puede conseguir, incluso, lo que la planificación o reglamentación autoritarias no pueden lograr, dada la garantía constitucional de la autonomía local. La evaluación doctrinal del fenómeno en Francia desde el ángulo de la compatibilidad estructural y funcional entre planificación territorial ("aménagement de territoire") y autonomía municipal es, en síntesis, polémica, por no decir negativa en contra de la municipalidad francesa en aspectos fundamentales.

¿Será o tendrá que ser así en nuestros países?

12. Cuadro final del contralor administrativo en Costa Rica.

a) Las enseñanzas recibidas.

i) Autonomía municipal y planificación y dirección estatales.

Importante es considerar que la autonomía local es incompatible, según lo puntualiza el Tribunal Constitucional de España, con potestades genéricas de intervención sobre la municipalidad, que la reduzcan a una sujeción permanente, atípica y cuasi jerárquica. Sólo los controles puntuales, definidos por materia o por contenido, son compatibles con la autonomía. Y lo que está dicho de los controles resulta aplicable, por mayoría de razón, a la planificación y la dirección estatales, que también tienen que ser delimitadas y previsibles por su tipo para ser admisibles frente a la autonomía municipal. *Sólo la planificación sectorial y regida por ley formal, opera esa compaginación legislativa entre Estado y municipalidades.*

Pero la misma literatura española ofrece un punto de duda, que no nos parece despejable en su favor. Pareciera haberse concluido —doctrinal y jurisprudencialmente— en que la dirección administrativa, estatal o regional, sobre el ente municipal viene excluida por la autonomía municipal. Configuraría, precisamente, una de aquellas formas genéricas y atípicas de subordinación enervantes de la verdadera autodeterminación municipal. Pero la directriz es no otra cosa que instrumento ejecutivo del plan y vale lo que éste o menos que éste. Planear es elencar prioridades y formas de actividad global, más bien resultados, para lograrlas, sin condicionamiento previo y congénito en el orden interno del mismo ente que planea. Es decir: programas, estrategias y directrices son formas de dar

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

fines y metas condicionadas por un plan sin condicionamiento previo, sobre todo si provienen del Estado, ente soberano, al que nadie puede condicionar. No parece posible sostener la autonomía local respecto de la planificación nacional, lo que equivaldría a permitir daños graves al todo por respeto a la autonomía —ni siquiera a la existencia— de una parte. Para que ello no sea así el Estado debe poder guiar, coordinar y limitar la autonomía municipal mediante planes y, por ello mismo, mediante todos los instrumentos diseñados para su ejecución en línea directa de su contenido. Las directrices y los diseños imperativos de coordinación tienen que ser admitidos frente a la municipalidad siempre que sean necesarios para la ejecución de un plan nacional preexistente, con su ya predicada limitación sectorial por razón de la materia y, eventualmente, en cuanto a los límites de penetración que pueda alcanzar en detrimento de la municipalidad.

Es obvio que la garantía de la autonomía municipal frente a la dirección estatal estará dada no tanto en los límites mismos de contenido que observe el plan que ejecuta, cuanto en el alcance vinculante de esa dirección como tal, pues por estructura tiene que dejar campo para la que, a su vez, opere la municipalidad en relación con su esfera propia o compartida de atribuciones. Y se sabe bien que dirección es concreción de metas para la actividad —no para actos determinados— en el marco de un plan, coherente con éste, técnica y políticamente, y capaz de orientar y alimentar aquella actividad a través de un calendario plurienal minucioso, salvo fundado motivo en contrario. Esto deja en amplia libertad al dirigido para desatender e ignorar aquellas metas por las de su elección, si aquellas son inconducentes o ineficientes, o si una actividad diversa resulta más eficiente y económica, siempre en relación con el plan. Reiteramos la regla —sostenida desde la primera parte de este estudio— de que dirección y autonomía son enteramente compatibles, aun admitiendo que la directriz es precepto vinculante y no mera recomendación.

ii) Autonomía municipal y esfera de intereses propios.

La jurisprudencia española se funda, para reputar existente y garantizada la autonomía local, en la índole predominantemente local y localizada del respectivo interés material por satisfacer. De este modo, admite contralores —de legalidad o de oportunidad— solamente cuando un interés extralocal o, más específicamente, nacional o general venga envuelto en una atribución municipal y en su cumplimiento. Si se considera que el origen de la competencia municipal es la ley estatal o el reglamento municipal, autónomo pero subordinado a ella (ley futura), como no puede menos de reconocerse, resulta evidente la fragilidad del supuesto asumido, pues toda atribución municipal es de interés estatal, y no solamente tal sino prioritario. El interés estatal en la creación y el funcionamiento del sistema local no es el de desprenderse de ramos de actividad para hacerlos extraños, sino para su mejor gestión con las ventajas de la administración democrática como técnica organizativa. Es el interés en la originalidad del aporte local a la buena gestión administrativa y en el incremento de satisfacción de la necesidad pública que así se alcanza, por medio de la municipalidad, lo que justifica la autonomía de ésta, no la ausencia del Estado. Caso opuesto, la coherencia exigiría reputar censurables y eliminables de la actividad municipal sólo aquellas actuaciones que invadiesen competencias estatales, únicas que serían seguramente tales y sin mezcla de intereses locales. Sólo los conflictos de competencia con el Estado serían controlables. Pero ello no es así y los contralores estatales están destinados a recaer precisamente sobre las atribuciones de las municipalidades en cuanto locales y propias de la municipalidad, según la misma ley que las confiere, y sólo desconociendo ésta podría argüirse su carácter predominante estatal en sede de contralor, de no reputarse —como lo hace este trabajo— que son atribuciones de naturaleza simultáneamente estatal, pero dentro de la localidad. Con lo que claramente suponemos que no debe existir —porque institucionalmente es utópico— un núcleo material inviolable de atribuciones municipales, impenetrable aun por la ley estatal que les dé origen, dado el carácter simultáneamente estatal que todas necesariamente presentan. Serán municipales por ley, no por naturaleza, y siempre sujetas a las formas de gestión participativa que la ley establezca dentro del respeto a la libre determinación de la municipalidad enmarcada por el ordenamiento y la planificación estatales. No creemos posible ni debido, en un buen ordenamiento constitucional de la autonomía local, una zona material de actividad municipal totalmente sustraída a la acción y al contralor estatales, pese a estar generada por la ley y, por ello mismo, sujeta a la planificación estatal. La totalidad de los intere-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ses municipales son estatales y esa totalidad —precisamente por tal doble cualidad— es la que justifica la existencia de tales contralores, dentro del marco estatal más amplio antes referido. No es incoherente esta afirmación con la ya hecha de que las intervenciones estatales sobre la municipalidad, en cualquiera de sus formas, deben ser sectoriales y confinadas por materia, tanto como por alcance y efecto en contra de la capacidad y de la libertad municipales.

Esa materia debe ser una en cuanto a cada tipo de intervención, pero puede ser cualquiera frente a la ley que la escoge. La indeterminación legislativa de la materia o actividad municipal sujetable a intervención estatal es contraria a la autonomía, por la inseguridad jurídica que crea; pero la elección y determinación legislativas que de esa materia se hagan no vienen vinculadas a su naturaleza estatal —y no municipal— intrínseca, como condición de su validez constitucional, como si la Carta contuviese o pudiese contener una *summa divisio* de campos desde tal punto de vista. Se pierde la perspectiva, al sostener lo contrario, de la gruesa diferencia entre federalismo y descentralización municipal, pues esta última no otorga potestades constituyentes (estatutarias) ni legislativas propias, precisamente por no conferir titularidad originaria de ninguna esfera de intereses sociales en el sistema constitucional. Es obvio que ello puede cambiar con éste y que pueden hacerse nacer regiones o Estados federados de meras municipalidades, como también lo contrario, pero no dentro del contexto constitucional que crea autonomías municipales, sino fuera de él. Cuando tal cambio se haya operado, habrá desaparecido la municipalidad, sustituida por la región o el Estado local federado.

En todo caso, el control administrativo, como se apuntó, mira también a defender el interés propiamente local y típico del ente controlado, tal y como expresamente lo ha aceptado la jurisprudencia constitucional española cuando se trata de defender el patrimonio local, por intervención estatal tutelar del mismo frente a o en contra de los administradores oficiales del municipio. Y que la legislación española haya dado paso tan avanzado en la liberación de la autonomía municipal como el desengancharla de todos los contralores administrativos preventivos y de oportunidad, no puede privar de existencia ni trascendencia como tales a los múltiples regímenes municipales —especialmente latinoamericanos— donde ese contralor es —como en Costa Rica en materia presupuestaria y financiera— una verdadera "tutela administrativa" en favor de una municipalidad torpe o, al menos, inexperta en el manejo de sus políticas y no sólo de sus bienes, y claramente requerida de ayuda y orientación externas.

En síntesis: la planificación, dirección y control estatales son siempre posibles sobre toda atribución municipal y su gestión, y tanto para proteger el interés público nacional o general como el de la propia municipalidad, dado el carácter simultáneamente estatal y, en todo caso, legislativamente construido de todas las atribuciones municipales, que nunca son exclusivamente locales por naturaleza.

Cabe decir —por todo ello— que la restricción del control municipal al de legalidad parece fundada, en la medida en que la descentralización territorial supone la mayor capacidad de gestión de los cometidos locales por la representación electoral municipal, por su misma naturaleza política y democrática. Pero pierde su sentido de restricción en las hipótesis legales opuestas, consistentes en la radical conversión de la municipalidad, a través de sus órganos, en agentes de daños graves contra el interés nacional y contra el propio de la municipalidad (hipótesis de la intervención sustitutiva y de la disolución del concejo municipal).

iii) Autonomía municipal, control sustitutivo y control sobre órganos y titulares.

Los ejemplos francés y español son aleccionadores en este respecto. El Derecho Comparado también.

Parece absolutamente procedente la consagración positiva en Costa Rica de tales controles, en hipótesis de parálisis o bloqueo funcional del concejo municipal, por cualquier causa independiente de la voluntad del Estado, en cuyo caso se amerita la disolución del respectivo concejo y su transitoria sustitución por un órgano interventor que restaure el orden y el dinamismo normales; o, en casos de reiterada violación por votaciones concejiles, de la ley o de la planificación y dirección estatales, sin comprobación de impedimento verdadero (fuerza mayor en la hipótesis de actos ilegales) o de mejores opciones (en la hipótesis de directrices), que aconsejan o hagan posible otra alternativa.

iv) El ejemplo francés: la cooperación y la contratación entre Estado y entes locales.

No es esta la sede para examinar —ni siquiera

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para esbozar— toda la compleja problemática de la planificación urbana, económica y territorial francesa y sus no menos complejos instrumentos de operación, antes esbozados. Queremos poner aquí de relieve algo que es muy importante: dada la inevitable y —esto es lo más importante— natural y debida prevalencia del interés general sobre el local, del Estado sobre el municipio, la única alternativa eficaz para liberar a éste de la superioridad ominosa y eventualmente arbitraria de aquel, expresada en su control administrativo, sin dejar por ello de reconocer esa primacía, es arbitrar formas de cooperación y contratación entre ambos, en las que el municipio pueda disfrutar de la igualdad por descenso voluntario del Estado a su nivel, en beneficio de la eficiencia, de la solvencia y de la seguridad jurídica de los dos. Y la municipalidad debe adquirir dominio del consorcio así formado, lo que no sería sino otro descenso del Estado igualmente justificable que el primero. Es decir: hay que promover técnicas de coordinación atractivas para el Estado que, sin embargo, sean también formas de colocar a su cargo obligaciones de dinero o de prestación en favor de la municipalidad, haciéndolo su socio y banquero, no sólo sin invocar superioridades innecesarias o abusivas sino, incluso, concediéndolas a la municipalidad, como mejor administradora a nivel local.

De antemano, surge una objeción fundamental: el carácter necesario y de orden público del ejercicio —irrenunciable por ello— de las competencias públicas en juego, todas o la mayoría de origen legal, incompatible con su régimen paccionado, según dogma del Derecho Público occidental, que así declara nulo y no invocable ese régimen.[67] Fuera de que es dable la colaboración estatal sin poner en juego tales regímenes atentatorios, es posible pensar en la consagración de este método concertado de gestión pública local a nivel constitucional, sobre la base de leyes reservadas para materias o sectores determinados, que permitan la organización y regulación de servicios, funciones u obras municipales a través de pactos o conciertos de la localidad con el Estado, con valor administrativo y disponible para el futuro por igual vía administrativa, impugnables en la vía conten-

67. Obviamente, la dispensa contractual del régimen legal general operante para un tributo exento tiene que estar fundada en ley formal en Costa Rica, dada la reserva en su favor que de la materia tributaria operan tanto el artículo 121.13 de la Constitución cuanto el artículo 5 del Código Tributario. Pero es evidente que, si bien válida mientras dure, la tal dispensa deja intacta la potestad tributaria correspondiente para cuando una nueva ley —que tendría que ser tal en razón de la antedicha reserva constitucional y legal— olvide el pacto tributario y grave su objeto como si el mismo no existiera; véase al respecto Casación núm. 18 de las 16:00 hrs. del 30 de marzo de 1982, fundada en la reforma de los artículos 124 párrafo final y 140 inciso 19, ambos de la Constitución Política, que acabó con los aquí llamados contratos leyes, inicialmente protegidos ante la legislación futura en contrario por jurisprudencia de Casación hoy descontinuada. Dicen los citados textos constitucionales:

"Art. 124. . . La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas".

"Art. 140.19.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno:

Suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de esta Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado.

La aprobación legislativa a estos contratos no les dará carácter de leyes ni los eximirá de su régimen jurídico administrativo. No se aplicará lo dispuesto en este inciso a los empréstitos u otros convenios similares, a que se refiere el inciso 15) del artículo 121, los cuales se regirán por sus normas especiales".

(Agregado según Ley núm. 5702 de 5 de junio de 1975).

La posibilidad de contratar sobre el ejercicio de la potestad tributaria o de otras en general parece venir expresamente consagrada por el artículo 66.2 de la Ley General de Administración Pública, que dispone:

"Art. 66.2.—Sólo por ley podrán establecerse compromisos de no ejercer una potestad de imperio. Dicho compromiso sólo podrá darse dentro de un acto o contrato bilateral u oneroso".

La norma es aplicable, por mayoría de razón, a los compromisos de ejercer la potestad pública en una cierta dirección. Pero, como se desprende de la jurisprudencia constitucional núm. 18, primeramente citada en esta nota, tales pactos pueden, a su vez, ser cancelados por nuevas leyes. El fallo de Casación niega toda indemnización por la alteración económica del contrato introducida por la derogación legislativa de las exenciones pactadas en un contrato ley e invoca para ello la generalidad de la disposición lesiva. Pero ello ignora los artículos 190 y 194 de la misma Ley General, según los cuales la mera generalidad del daño no impide la responsabilidad por acto legislativo cuando el mismo es anormal "por la intensidad excepcional de la lesión". Debe advertirse, por otra parte, el grave yerro en que incurre el fallo comentado al negar la alteración del equilibrio contractual sobrevenido por la cancelación legislativa de la exención pactada, pues, según la doctrina clásica del contrato administrativo, aquel desbalance se da siempre que se vulneran las ventajas financieras del contrato en favor del cocontratante del Estado y ello genera el derecho a la indemnización correspondiente, lo que vuelve las cosas al estado anterior a la lesión. Dada esta necesaria correlación entre indemnización y alteración unilateral y lesiva de las ventajas financieras del cocontratante del Estado, la doctrina francesa es unánime en reconocer más bien la inalterabilidad de las cláusulas que las consagran y, por ahí, la improcedencia de su alteración unilateral y la posibilidad de su anulación en la vía del contencioso de legalidad; véanse al efecto André de Laubadere, *Traité theorique et pratique. . .*, op. cit., vol. II, págs. 339, 360 y 361. Es evidente, por otra parte, que el dogma arriba aludido, que hace necesariamente fluida toda potestad pública y sujeta a ejercicio con vista de los hechos que sean su motivo (legal o discrecional), es, en realidad, de rango constitucional. Sólo una reforma constitucional, con los recaudos y límites debidos, puede cambiar tal panorama jurídico.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cioso-administrativa, pero con simultánea "deslegalización" de la materia correspondiente, incluso en cuanto a los controles aplicables. El "concierto" tendría garantizado constitucionalmente su rango puramente administrativo, por otra parte, por virtud de los artículos 124 y 140.19 de la Constitución, que así expresamente lo disponen en contra (y no tanto a favor) de todo contrato administrativo, incluso del aprobado por ley. Ello permitiría negociar y ejecutar con toda fidelidad verdaderos regímenes de relación entre Estado y municipalidad, incluso derogatorios del sistema normal de control sobre ésta, y crear otros por resultados y sujetos a renegociación, con vista de ellos. El hecho de que tal tipo de control sea más propio de empresas que de corporaciones públicas como el Estado y la municipalidad, nada dice si, precisamente, la ventaja inmediata del nuevo diseño paccionado sería el ajuste exacto de la gestión por colaboración a las necesidades y posibilidades de la municipalidad en la circunstancia. Es evidente, por otra parte, y este dato parece decisivo, que dada la imposibilidad de deslindar limpiamente las atribuciones estatales de las municipales por razón de su naturaleza o esencia, esa determinación viene librada más bien a las circunstancias que a las normas, si dentro de aquellas elencamos, como debe ser, las cambiantes relaciones de poder político, tecnológico y financiero entre Estado y municipalidad. Esto quiere decir algo cada día más notorio, que es el carácter fluctuante de ese deslinde en el cuadro real de las relaciones entre ambos y de las prestaciones y funciones de cada uno, que permite que hoy haga el municipio lo que hizo ayer el Estado y mucho más frecuentemente lo contrario, por vaciamiento progresivo de las atribuciones municipales. El esquema propuesto sería una vía de reconocimiento del fenómeno, a la vez que de contención del mismo, al anclar el Estado su misión en el plano intermedio de una cogestión estatal de las atribuciones municipales o, todavía mejor, de su planificación y organización de base.

La culminación de este enfoque estaría en el regreso a un sistema de competencias compartidas entre Estado y municipalidad, no en el sentido de concurrentes e iguales, sino en el de competencias de ejercicio conjunto a través precisamente de pactos, actos condición o actos uniones, para la creación, planeación y organización de los servicios municipales, con toda la gama de posibilidades y funciones que ya conoce el Derecho Público, enriquecido al respecto por la experiencia francesa. Y no dejamos de advertir el enfrentamiento que tal posición importa con las autorizadas opiniones que reputan las competencias exclusivas como única forma admisible de verdadera autonomía municipal.[68]

b) Las consecuencias de nuestro enfoque.

Se daría, en el cuadro ya delineado, un sistema de controles centrado alrededor de algunas nociones fundamentales, ideas fuerza con carácter expansivo dentro del mismo, tanto jurídica como políticamente.

i) Los controles a posteriori, periódicos y de resultados.

Como consecuencia de la planificación estatal, habría sectores de la actividad municipal sujetos a directrices centrales, cuya aplicación se verificaría mediante controles periódicos, anuales o semestrales, por orientación y por resultados, llamados a declarar la fidelidad y eficiencia de la administración municipal en relación con tales directrices, o, caso contrario, a sancionar la infidelidad comprobada. La sanción podrá ser gradual, según la gravedad de las desviaciones políticas encontradas, y correría desde las amonestaciones hasta la remoción del concejo contumaz, la cual, sin embargo, sólo podría llevar a cabo el Tribunal Supremo de Elecciones. El contralor sería de eficiencia, y no discrecional ni de oportunidad, más bien técnico y operado en lo posible por aplicación de las reglas del ramo correspondiente, con vista de la actividad y de la coyuntura. Podría ser operado este contralor por la misma Contraloría General, o por otro órgano independiente e imparcial frente al Poder Ejecutivo, principalmente intregrado a nivel nacional por las mismas municipalidades.

ii) Los controles a priori, especiales y de legalidad.

Serían necesarios, pero debería disminuirse al mínimo su existencia. Concretamente, creemos que de las aprobaciones sólo deberían quedar en pie las de planes y programas de la municipalidad y de sus presupuestos. Dentro de las aprobaciones presupuestarias, únicamente las concernientes a la

68. Véase Javier Salas, *Descentralización administrativa y organización pública*, Alfaguara, *El tema de las competencias*, vol. II, pág. 318.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

oportuna y legal presentación, equilibrio y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios. La potestad sustitutiva de índole presupuestaria de la Contraloría, ya existente, debería mantenerse. Todos los demás controles preventivos, comunes o de tipo financiero y presupuestario, deberían eliminarse, sustituidos por los que establezcan las convenciones o contratos entre ésta y municipalidades.

iii) Los controles sustitutivos.

Se darían en las condiciones clásicas de inercia ante el deber de adoptar actos o prestar servicios totalmente vinculados por el juego de la ley y de los hechos del caso. Se aplicaría la teoría general de la institución en el Derecho Público. Su aplicación más importante debe tener lugar en materia presupuestaria y de administración financiera del gasto municipal.

iv) La disolución del concejo.

Se dijo ya que se trata de potestad necesaria para la sana y continua marcha de la municipalidad. Cabe a su respecto la observación que sigue.

v) Función disciplinaria.

Todo lo que afecte la estabilidad en su cargo de un funcionario municipal electivo es y debe ser de exclusiva competencia del Tribunal Supremo de Elecciones, dada su competencia constitucional exclusiva en materia electoral; y debe entenderse por tal no sólo la que verse sobre un procedimiento electoral sino también toda aquella que afecte sus resultados —como la remoción de los electos, un regidor o el concejo como un todo— o que provoque la necesidad de nuevas elecciones municipales. El trámite sería jurisdiccional pero sumario, como son las diligencias conducidas ante el Tribunal Supremo y falladas por éste en otras materias electorales, a modo más bien de instancia administrativa imparcial. Su fallo, ello no obstante, produciría cosa juzgada material y sería inmutable.

vi) El concierto.

Deberá reputarse como la vía primera a agotar previamente a cualquier contralor administrativo. Las convenciones y pactos entre municipalidades y Estado deberían estar fundadas en norma constitucional y conferir a las partes potestad para derogar el sistema legal de controles comunes, que sólo tendrían valor supletorio ante los convenios. El control negativo, dentro de este marco contractual, daría lugar a una negociación sobre la eliminación de la irregularidad por la municipalidad afectada, si la acepta como tal. Su rechazo causaría la obligada intervención sustitutiva del Estado. Los pactos y convenciones deberían contener el régimen paccionado de los controles para la ejecución del convenio.

13. Los supuestos permanentes de toda reforma municipal.

Consisten en la bien lograda adopción y ejecución de las otras medidas de mejoramiento propuestas en la parte primera de este estudio. Sin todas ellas, el actual sistema de control por aprobaciones es el único posible y es más bien recomendable como forma evolucionada y limitada de "tutela administrativa", no de control en el sentido auténtico de la palabra.

La filosofía que inspira este enfoque consensualista y realista de las relaciones entre Estado y municipalidad ha sido expresada por Jean Rivero con su habitual y fácil profundidad en un artículo pionero de 1950:

"El conflicto entre la centralización y la descentralización en materia de intervención entre el Estado y las colectividades locales, viene a ser artificial si se considera que toda decisión económica importante debe tomar en cuenta los intereses locales tanto como los nacionales. No es ésta (distinción) rígida ni absoluta y no excluye, en particular, que se den relaciones de colaboración entre Estado y municipalidades: la descentralización comunal puede y debe revestir un nuevo sentido; no es una división rígida de tareas entre Estado y las colectividades locales lo que la logrará, sino más bien su asociación con vista de tareas comunes" (La décentralisation, problèmes et perspectives, Etudes, 1950, cahier 264, p. 44).

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

DIMENSIONES CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMERICA LATINA: (I) PROTECCION JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

DR. ENRIQUE P. HABA
Catedrático de la Facultad de Derecho (U.C.R.)
Investigador honorario de la Alexander von Humboldt-Stiftung

SUMARIO

Pág.

(i) Brasil 54
- Control jurisdiccional de constitucionalidad y legalidad
- Instrumentos especiales de protección
- Garantías judiciales
- Independencia del Poder Judicial
- Conclusión

(ii) Colombia. 56
- Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
- Instrumentos especiales de protección
- Garantías judiciales
- Independencia del Poder Judicial
- Conclusión

(iii) Costa Rica 57
- Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
- Instrumentos especiales de protección
- Garantías judiciales
- Independencia del Poder Judicial
- Conclusión

(iv) Cuba 58
- Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
- Instrumentos especiales de protección
- Garantías judiciales
- Independencia del Poder Judicial
- Conclusión
- Discusión

(v) Chile 60
- Generalidades
- Observaciones

(vi) Honduras. 62
- Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
- Instrumentos especiales de protección
- Garantías judiciales
- Independencia del Poder Judicial
- Conclusión

(vii) México 62
- Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
- Instrumentos especiales de protección
- Garantías judiciales
- Independencia del Poder Judicial
- Conclusión

(viii) Perú. 64
- Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
- Instrumentos especiales de protección
- Garantías judiciales
- Independencia del Poder Judicial
- Conclusión

(ix) Uruguay 65
- I. Antecedentes (Constitución de 1967 y Acto 8)
- II. Situación a partir del Acto 12 (1981)
- Conclusión

(x) Venezuela 67
- Control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad
- Instrumentos especiales de protección
- Garantías judiciales
- Independencia del Poder Judicial
- Conclusión

Anexo: Indice analítico del capítulo V. 70

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Nota. Lo expuesto en este artículo se toma de una investigación que el autor preparó originariamente para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, entre 1982 y 1984. Lo que recogemos es un apartado de uno de los capítulos del trabajo global (inédito) que contiene los resultados de dicha investigación, obra que esa entidad no ha llegado todavía a publicar. El lector deberá tener en cuenta lo siguiente: a) que este apartado fue escrito, en lo fundamental, durante el segundo semestre de 1983; b) que sus bases teóricas no están aquí, sino desarrolladas a lo largo del capítulo respectivo (cf. acá el Anexo) y en otros lugares de esa obra; c) que por tratarse de una transcripción literal, hay también remisiones a sitios de aquella que no se incluyen en el artículo; d) y por el mismo motivo, las notas comienzan con la número 44. Pero ninguna de estas reservas afecta de manera sustancial la inteligibilidad de lo que ahora presentamos. Las observaciones en notas, y también las incorporadas al final de los párrafos sobre Cuba y Chile, las efectuaron oralmente sus autores en una Reunión Regional de Expertos en Derecho Constitucional (San José, 22–26 de agosto de 1983) llevada a cabo en el marco de la mencionada investigación. El título del presente artículo está conformado por el que se proyectó para publicar la obra completa y por (I) el del capítulo al cual pertenece el apartado que ofrecemos.

Advertencias complementarias. Los siguientes términos, incluidos en el texto que publicamos, deben entenderse según se indica a continuación.

- *Instrumentos* (designa el conjunto formado por cinco documentos internacionales básicos): Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 1969.

- *Convención:* Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- *Informe:* es una versión original de aquello que presentamos aquí.

- *Redactor* (del Informe): se trata del autor del presente trabajo.

- *Cursivas:* al transcribir pasajes de disposiciones constitucionales o internacionales, las cursivas no pertenecen al propio texto de esos preceptos, sino que han sido puestas aquí para subrayar ciertas expresiones (sobre todo, algunas que introducen conceptos indeterminados especialmente peligrosos).

Para la presentación de las disposiciones constitucionales de los países que aquí se estudian, en la mayoría de los casos lo haremos siguiendo, para cada uno, el esquema que enfoca, por su orden, los puntos siguientes:

(a) control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad,
(b) instrumentos especiales de protección,
(c) garantías judiciales,
(d) independencia del Poder Judicial.

(i) BRASIL

(a) Se encuentran previstas unas declaraciones de inconstitucionalidad, tanto de leyes como de "ato normativo de Poder Publico", que pueden efectuar distintos tribunales (art. 116); pero en el caso de que se trate de la inconstitucionalidad de una ley federal o de un tratado, debe ser el Supremo Tribunal Federal quien la declare (art. 119.III.b), y entonces el Senado Federal suspende la ejecución de dichas normas (art. 42.VII). Entre los órganos del Poder Judicial constitucionalmente establecidos (art. 112) no está el de lo contencioso-administrativo; sin embargo, se prevé la posibilidad de que sean creados por ley para juzgar determinadas causas de "lesão de direito individual" (arts. 111 y 153.4); se podrán crear también unos contencioso-administrativos sin poder jurisdiccional, para decidir "questões fiscais e previdenciárias" (art. 203); cf. también los arts. 204 y 122.II.

(b) Se establece el Hábeas Corpus y, complementariamente, un recurso de Amparo llamado "mandado de segurança". El primero corresponde "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violéncia ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"; pero se exceptúa de él las "tansgressões disciplinares" (art. 153.20). El "mandado de segurança", por su parte, cubre todas las demás situaciones de ilegalidad o abuso de poder, cualquiera sea la auto-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ridad responsable, siempre que se trate de un "direito líquido e certo" que necesita protección (art. 153.21).[44] La competencia para conocer de estos recursos se encuentra repartida entre distintos tribunales, según quienes sean las autoridades que incurren en la violación de derechos (arts. 119.I.h-i, 119.II.c, 122.c-d, 125.VII-VIII).

En cuanto al derecho del detenido a ser puesto sin demora a disposición del juez, el texto constitucional lo consigna, pero no indica plazos precisos ni consecuencias del irrespeto de ese derecho: "A prisão o detenção de cualquer pessoa sera inmediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal" (art. 153.12 *in fine*).[45]

(c) El principio de legalidad y de irretroactividad penales se halla establecido, puede entenderse, pero sin que la formulación sea muy neta: "A instrução criminal sera contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação du réu" (art. 153.16). En apoyo de dichos principios podrían también invocarse complementariamente dos disposiciones más generales: la de que nadie será obligado a cosa alguna si no es en virtud de ley (art. 153.2) y la de que la ley no puede ir contra "o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (art. 153.3).

En cuanto a la esfera del Poder Judicial como protector de los derechos humanos, se formula como principio general que ella no podrá ser restringida por ley: "A ley não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (art. 153.4 *in limine);* se señala, asimismo, que la Unión queda autorizada a intervenir en los Estados para "exigir a observancia" de las "garantías do Poder Judiciário" (art. 10.VII.d). Mas las garantías procesales se encuentran establecidas en forma un tanto parca en el texto constitucional. Corresponde mencionar las siguientes: la autoridad de la cosa juzgada no puede ser desconocida por ley (art. 153.3); derecho de defensa, que la ley asegurará en forma "amplia" (art. 153.15 *in limine),* y siéndole otorgada "assistencia judiciária aos necessitados" (art. 153.32); no habrá foros privilegiados ni tribunales de excepción (*ibid., in fine*); carácter "contradictorio" de la instrucción criminal (art. 153.16 *in limine).* Cabe acotar que se excluyen expresamente de "apreciação judicial" una serie de actos y sus efectos: los practicados por el "Comando Supremo da Revolução de 31 de marco de 1964", los del Gobierno Federal basados en Actos Institucionales, los de Ministros Militares, etc. (art. 181).

(d) La Constitución prevé el funcionamiento de una serie de tribunales y jueces (art. 112), con competencias más amplias unos (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos, jueces federales, etc.) y más especializadas otros (jueces militares, electorales, de trabajo, etc.). Los procedimientos de designación son variados, pero en casi todos le corresponde intervención decisiva al Presidente de la República (cf. arts. 118, 121, 123, 128, 131, 141.1). El texto constitucional señala, para algunos de ellos, que el escogimiento debe fundarse en los altos conocimientos jurídicos de los candidatos: "notável saber juridico", respecto a los Ministros del Supremo Tribunal Federal (art. 118 *in fine);* "concurso público de provas e títulos", respecto a los jueces federales (art. 123.1); "notorio saber jurídico", para tres de los quince Ministros del Superior Tribunal Militar" (art. 128.1.a);[46] etc. Como se ve, la apreciación de ese "saber" no está sometida a concurso, al menos para los cargos de mayor jerarquía de la Unión (pero no ocurre lo mismo con los Tribunales y Jueces de los Estados: art. 144; cf. también art. 97.1).

---

44. **Comentario.** "El recurso llamado 'mandado de segurança' ha sido sumamente eficaz, en Brasil, para la protección de los derechos. Hay un cúmulo de 'mandados de segurança', en realidad, sobre todos los sucesos posibles. Además tenemos dos medidas que no creo que existan en otras Constituciones, y que son muy importantes: 'E assegurado a cualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade' (art. 153.30); y 'Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos au patrimônio de entidades públicas' (art. 153.31). La acción popular ha sido muy utilizada en los últimos años, para todo lo que es posible imaginar. La gente tiene una fiebre de acción popular en estos momentos en Brasil" (DE ALMEIDA). [Elizabeth de Almeida Meirelles Refalo, Universidad de São Paulo].

45. **Comentario.** "No hay un plazo fijado, pues es '*inmediatamente*'; creo que esto es mejor que fijar 24 o 48 horas" (DE ALMEIDA).

46. **Comentario.** "Los ministros deben ser ciudadanos mayores de treinta y cinco años, de notable saber jurídico e idoneidad moral, con práctica forense de más de diez años (art. 128.1). En el texto (arriba) se olvida la práctica forense de más de diez años y la idoneidad moral, con lo cual se muda un tanto la situación en este aspecto" (DE ALMEIDA). Cf. también *infra,* núm. 48.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Los jueces son vitalicios e inamovibles; pero pueden ser removidos "por motivo de interesse público", por un tribunal competente, ante el cual podrá defenderse el acusado (art. 113).[47] Y hay un Consejo Nacional de la Magistratura, compuesto de siete ministros del Supremo Tribunal Federal o escogidos por este, que conoce en reclamaciones contra miembros de Tribunales; también puede llegar a entender en procedimientos disciplinarios contra jueces de primera instancia, sin perjuicio de la competencia disciplinaria que sobre estos últimos ejercen aquellos Tribunales (art. 120). La remuneración de los funcionarios judiciales se fija en la ley presupuestaria anual referida a todos los Poderes (art. 62 *in limine)*, cuya iniciativa es competencia del Poder Ejecutivo (art. 65 *in limine).*

En cuanto a la Justicia Militar, la cual tiene competencia en los "crimes militares definidos *em lei"*, no se extiende solo a los militares mismos, sino también "as pessoas que lhes são *assemelhadas"* (art. 129 *in limine).* Entre otras hipótesis, podría dicho "foro especial estender-se-á aous civis, nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a *segurança nacional* o as *instituições militares" (loc. cit.,* inc. 1); pero en tal caso cabe un "recurso ordinario" ante el Supremo Tribunal Federal (art. 119.II.b).

Cabe acotar que todas las disposiciones indicadas tendrán su complementación por medio de una Ley Orgánica de la Magistratura Nacional, que reglamentará la organización del Poder Judicial, los derechos y deberes de la magistratura, etc. (art. 112 *in fine).*

En conclusión. Aun cuando la Constitución brasileña prevé una serie de mecanismos judiciales que bien pueden ser utilizados para proteger los derechos humanos, ella presenta también algunas fisuras por donde esa protección puede quedar sin efecto. Estos defectos tienen que ver, sobre todo, con los riesgos que comportan, para la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, dos circunstancias: la decisiva intervención del Poder Ejecutivo en la designación de los magistrados superiores,[48] y el hecho de que la justicia militar esté habilitada para extender su órbita de acción también a la conducta de civiles.

(ii) COLOMBIA

(a) La Constitución contempla el control de constitucionalidad, que está a cargo de la Corte Suprema de Justicia (art. 214). También el de legalidad, a cargo de Tribunales Administrativos (art. 154) y del Consejo de Estado quien funge como "Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo" (art. 141.3). Ambos controles están delineados en términos lo bastante amplios como para que las disposiciones violatorias de derechos humanos puedan ser impugnadas, por dichas vías; pero ello, claro está, en la medida en que tales derechos se encuentren constitucional o legalmente reconocidos.

(b) No hay un precepto constitucional expreso acerca de que los detenidos deban ser puestos sin demora a disposición del juez, salvo en lo relativo a personas que "aun en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas. . ."; para ese caso, pasados "diez días desde el momento de la aprehensión sin que las personas retenidas hayan sido puestas en libertad, el Gobierno procederá a ordenarla o las pondrá a disposición de los jueces competentes" (art. 28, incs. 2 y 3). Sin embargo, como lo dispuesto en este artículo se refiere a medidas excepcionales, *a contrario sensu* podría entenderse, tal vez, que cuando no se dan las circunstancias allí previstas no procedería ni siquiera una retención menor a los diez días, sino que el detenido debería ser *de inmediato* puesto a disposición de los jueces o liberado.[49]

La Constitución no prevé tampoco, por lo menos en forma expresa, el recurso de Hábeas Cor-

---

47. **Comentario. "Creo que en una sociedad democrática es muy aceptable esta disposición. En caso de 'interés público' es el *tribunal* el que va a decidir, no el Poder Ejecutivo" (DE ALMEIDA).**

48. **Comentario. "El acto formal de nominación es del Poder Ejecutivo. Pero aunque no está señalado en la Constitución, en la práctica sucede que son indicados por razones técnicas y son colegiados. Creo que esta indicación de las condiciones que tienen que cumplir (*supra*) es una garantía bastante buena, al menos en tiempos de normalidad constitucional. Todas las críticas que se hacen están referidas, supongo, al momento actual; porque, obviamente, hay un régimen de excepción, en el cual una buena parte de esos derechos sí son perjudicados" (DE ALMEIDA).**

49. **Comentario. "Me parece que el texto peca de generosidad con una fórmula constitucional (art. 28) que, no por lo que ella dice, sino por el empleo a que dio lugar en tiempos relativamente recientes, se ha erigido en un problema para la defensa de los derechos humanos" (VIDAL). [Jaime Vidal Perdomo, Universidad Externado de Colombia].**

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pus ni el de Amparo. Pero existe una disposición genérica que ha sido interpretada de una manera tal que, con base en ella, se admitiría la posibilidad de plantear, en su caso, un recurso que tuviera contenido de Hábeas Corpus: "Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes" (art. 23.1).

(c) Si bien está consignado el principio de legalidad y de irretroactividad penales (arts. 26 y 28.1), la referencia a las condiciones del debido proceso legal es extremadamente parca: "Nadie podrá ser juzgado sino. . . ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio" (art. 26, inc. 1). Este texto se queda bastante más acá de las detalladas indicaciones que contiene, por ejemplo, el art. 8 de la Convención[50] (pero hay, al menos, un precepto constitucional que señala el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo: art. 25).

Por otra parte, se establece que aquello "no obsta para que puedan castigar, *sin juicio previo,* en los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley: 1.—Los Funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o *arrestos* a cualquiera que los injurie o les falte el respeto en el acto en que están desempeñando las funciones de su cargo" (art. 27); y no se señala constitucionalmente, para la ley respectiva, ningún plazo límite en dichos arrestos. Además, ya vimos que caben detenciones hasta por diez días, incluso sin que medie infracción alguna del detenido (art. 28.1).

(d) La independencia del Poder Judicial está asegurada en forma satisfactoria, por lo menos en cuanto a la manera de ser designados los jueces: su nombramiento no depende, en ninguna instancia, de los Poderes políticos, sino únicamente de los propios órganos judiciales (arts. 148 y sigs.) Lo propio ocurre en materia de sanciones a los jueces (art. 160). En cuanto a los tribunales militares, su competencia queda limitada a delitos cometidos por militares (art. 170).[51]

Además, la Constitución señala que habrá "sistemas de *concurso* para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos de la Rama Jurisdiccional" y, también, que se "establecerá la Carrera Judicial". Todo esto podría significar un buen marco para asegurar la capacitación e independencia de los jueces, pero lo cierto es que ello dependerá de las exigencias que la ley establezca para tales efectos, ya que en definitiva será ella quien dispondrá cuáles serán las características determinadas del concurso en cuestión (art. 162).

En conclusión. La Constitución colombiana resulta aceptable en los puntos (a) y (d), por lo menos en cuanto a la formulación de los principios básicos respectivos. En cambio, ella deja que desear respecto a las garantías judiciales primarias de la libertad personal y las del debido proceso, puntos en los cuales no recoge la mayor parte de las seguridades establecidas en los Instrumentos.

(iii) COSTA RICA

(a) El recurso de inconstitucionalidad, tanto respecto a disposiciones del Poder Legislativo como a decretos del Ejecutivo, corresponde a la Corte Suprema de Justicia; sobre la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo conocerán los tribunales que indique la ley (art. 10). Se establece asimismo la jurisdicción contencioso-administrativa, en manos del Poder Judicial, pero sin aparecer determinado qué tribunales de este conocerán en esa materia (art. 49).

---

50. **Comentario.** "Yo diría que en esto hay que tener en cuenta la antigüedad de la Constitución. Estas normas vienen de 1886; van a cumplir, pues un siglo de existencia, y quizás no tengan la redacción que hoy en día se puede exigir en cuanto a la consagración de esos derechos. Pero con el complemento que en esta materia dan las normas de carácter penal, y la forma en que la jurisprudencia ha entendido los artículos 23 y 26 (que vienen de hace un siglo casi), se puede afirmar, sin duda, que son consagratorios de los principios del debido proceso y del Hábeas Corpus, y de la exigencia de que sean definidos por ley los tipos penales. Se puede afirmar, pues, que el principio de legalidad y el debido proceso están consagrados en esas normas, con el complemento indispensable que debe ir en las leyes —porque el tema del proceso, ya, es eminentemente legal—" (VIDAL).

51. **Comentario.** "Que el juzgamiento por tribunales de excepción de carácter militar quede reducido a delitos cometidos por militares, en la realidad no ha sido así (como también en Venezuela: *infra*, n. 64). La realidad muestra que de este texto (art. 170) se ha desprendido, en combinación con otros (art. 121: *infra*, cap. VII, Ap., ii.b), la posibilidad del juzgamiento de civiles por tribunales militares. Aunque ha sido un asunto discutido, la realidad de la vida muestra que ese texto constitucional no permite explicar lo que dicen sus palabras si no es en unión con otros" (VIDAL).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(b) Se establece el Hábeas Corpus y también el Amparo. El primero queda a cargo exclusivamente de la Corte Suprema de Justicia, mientras que el segundo "conocerán los tribunales que fije la ley" (art. 48). Mas cabe señalar que el Hábeas Corpus costarricense no es el de tipo clásico, el que ordena la exhibición personal del detenido, sino que constituye un juzgamiento sobre la legalidad de la detención efectuado por la Corte, de modo tal que "queda a su juicio (el de la Corte), ordenar (o no) la comparecencia del ofendido" (art. cit., inc. 2). Se establece asimismo el derecho del detenido a ser puesto sin demora a disposición del juez ("dentro del término perentorio de veinticuatro horas", art. 37 *in fine),* e incluso se ponen límites temporales muy estrictos para la posibilidad de que aquel sea sometido a un régimen de "incomunicación" (art. 44).

(c) Queda afirmado el principio de legalidad (art. 39.1) y de irretroactividad (art. 34), en materia penal. En cuanto a las garantías procesales, se hallan establecidas algunas de las que indican los Instrumentos: derecho a que la causa sea vista en un plazo razonable (art. 41, *in fine),* y ello por un tribunal independiente establecido según la Constitución misma (art. 35); derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 36); autoridad de la cosa juzgada penal (art. 42).

(d) Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia los elige —por ocho años, renovables— el Poder Legislativo (arts. 121.3, 158 y 164), y de ella dependen, a su vez, los demás funcionarios del Poder Judicial (art. 156). Aquellos gozan de independencia funcional, pues el texto constitucional dice que cada uno de dichos magistrados "sólo está sometido a la Constitución y a la ley" (art. 154); pero sobre todo porque no pueden ser sancionados sino por la propia Corte (art. 165), y también porque el presupuesto del Poder Judicial tiene constitucionalmente asignado un señalable porcentaje mínimo (art. 177.2: "no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios calculados para el año económico"). Además, a la Corte se le otorga intervención necesaria en el trámite de los "proyectos de ley que se refieren a la organización o funcionamiento del Poder Judicial" (art. 167). En cuanto a los tribunales militares, no existen en Costa Rica; su Constitución "proscribe el ejército como institución permanente" (art. 12.1).

En conclusión. En líneas generales, puede decirse que la Constitución costarricense contiene una buena base de principios para edificar un adecuado sistema de protección judicial de los derechos humanos. Sin embargo, el hecho de que en última instancia las supremas autoridades judiciales dependan del Parlamento, para su designación y reelección, hace más probable que el acceso a esos cargos se deba a las vinculaciones políticas de los candidatos que a su capacidad jurídica. A partir de ello, queda igualmente poco asegurada la idoneidad de los funcionarios judiciales de rango inferior; salvo que, respecto a "los demás tribunales que establezca la ley" (art. 152), esta fijare unos procedimientos para la designación y el ascenso que los hicieren depender exclusivamente de la excelencia académica y en general de la capacitación profesional de quienes ocuparán esos cargos (pero no es así).

(iv) CUBA

(a) Hay previstos unos controles genéricos de constitucionalidad y de legalidad. Mas no corren a cargo de los tribunales, sino de los órganos superiores de tipo propiamente político (en sentido estrecho: *supra,* § 40): la Asamblea Nacional del Poder Popular (art. 73, incs. c, r y s), que "es el órgano supremo del Poder del Estado" (art. 67); el Consejo de Estado (art. 88, incs. ñ y o), que es un "órgano de la Asamblea", con facultades de representarla y funciones ejecutivas de lo que ella decida (art. 87); el Consejo de Ministros (art. 96, incs. n y ñ), que "es el máximo órgano ejecutivo y administrativo y constituye el Gobierno de la República" (art. 93.1); la Fiscalía General de la República (art. 130), que está subordinada a la Asamblea Nacional y al Consejo de Estado (arts. 131.1 y 132).

(b) No hay ninguna referencia específica a recursos como el Hábeas Corpus o el de Amparo, salvo que de algún modo ellos se pudieran inferir, respectivamente, de las dos afirmaciones genéricas siguientes: "Nadie puede ser detenido sino en los casos, en la forma y con las garantías que prescriben las leyes" (art. 57.2); "La actividad de los tribunales tiene como principales objetivos: (. . .) d) amparar la vida, la libertad, la dignidad, el honor, el patrimonio, las relaciones familiares y demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos" (art. 123).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(c) El principio de legalidad en materia penal se halla consignado de una manera irrestricta (art. 58.1). Pero el de irretroactividad está formulado en términos menos netos: se dice solamente que "Nadie puede ser encausado ni condenado sino... en virtud de leyes anteriores al delito" (art. 58.1) y que "Las leyes penales tienen efecto retroactivo cuando sean favorables al encausado o sancionado" (art. 60, *in limine*).

En cuanto a garantías de un debido proceso, son muy magras, pues se establece apenas lo siguiente: "Nadie puede ser encausado ni condenado sino por tribunal competente, ...y con las formalidades y garantías que estas (las leyes) establecen. Todo acusado tiene derecho a la defensa. No se ejercerá violencia ni coacción de clase alguna sobre las personas para declarar" (art. 58). Como se ve, las "formalidades y garantías" quedan enteramente remitidas a lo que en ese sentido quiera (o no) establecer la ley, quedando preestablecidos solo tres requisitos: que debe entender un "tribunal competente" (pero no se dice quién y cómo determinará esa competencia), un "derecho a la defensa" (tampoco se dice qué garantías habrá para ello), la prohibición de obtener declaraciones por medio de "violencia ni coacción" (a este respecto, sí, se formula una garantía, al menos en la letra del texto constitucional, ya que el art. 58.4 dice: "Es nula toda declaración obtenida con infracción de este precepto").

(d) Se señala que "Los jueces, en su función de impartir justicia, son independientes y no deben obediencia más que a la ley" (art. 125); y que "Los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurados con independencia funcional de cualquier otro" (art. 122 *in limine*). Sin embargo, de inmediato se agrega que dichos tribunales se hallan *"subordinados"* jerárquicamente, a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado" (art. 122 *in fine*), que son instancias eminentemente políticas (*supra*, a).

Por otra parte, el de juez es un cargo que está entre los que "son electivos y renovables periódicamente" (art. 66. a), cuya actividad "las masas populares controlan" (art. cit., inc. b), de modo tal que "los elegidos (los jueces) tienen el deber de rendir cuenta de su actuación ante sus electores, y estos tienen derecho a revocarlos cuando no justifican la confianza puesta en ellos" (art. cit., inc. c). La forma de elección y de revocación, la duración en el cargo, etc., quedan sometidos a la manera en que ello sea regulado por la ley (art. 121.3), sin otra previa especificación constitucional que la de que "La facultad de revocación de los jueces corresponde al órgano que los elige" (art. 129). Además se establece que todos los tribunales son colegiados y que en ellos "participan, con iguales deberes y derechos, jueces profesionales y jueces legos" (art. 127).

En función de todas esas condiciones, y teniendo en cuenta, también, que tanto la actividad estatal toda como asimismo la extraestatal (en la medida en que esta pueda existir) están bajo la "fuerza dirigente *superior*" del Partido Comunista (art. 5), es obvio que las instancias judiciales no tienen el más mínimo grado de independencia frente a los jerarcas estatales, que a su vez son los máximos dirigentes del Partido Comunista. Por lo demás, el texto constitucional no oculta que entre los "principales objetivos" de la actividad de los tribunales está, por ejemplo, el de *"educar* a los ciudadanos en la observancia consciente y voluntaria de sus deberes de lealtad a la patria, a la causa del socialismo y a las normas de convivencia socialista" (art. 123 f); o sea, que los jueces deben actuar de modo tal que sus resoluciones sirvan también como vehículo de propaganda para las directivas que el Partido Comunista establezca como contenido preceptivo de los conceptos "patria" y "socialismo" (cf. *supra*, cap. III, Ap. iv; *vid.* también *infra*, § 64.III.2, la transcripción del art. 64 de la Const. cubana).

En conclusión. La Constitución cubana representa el ejemplo más neto de un texto constitucional que, en todos sus extremos, no contiene garantía normativa alguna dirigida a proporcionar al ciudadano la posibilidad de buscar en los jueces una defensa contra las autoridades estatales, tanto da si estas afectan derechos humanos o cualesquiera otros derechos. Los individuos carecen de cualquier resguardo judicial frente a lo que sea decidido o avalado por el Partido Comunista, y los tribunales no son sino un instrumento más al servicio de las directivas que este imparta.

Crítica. "Se señala que, en general, las garantías que la Constitución cubana ofrece son muy genéricas; y que no corren a cargo de los tribunales, sino de órganos superiores de tipo político. En realidad, esto no es así. Claro que hay esos controles a cargo de órganos superiores de tipo político; pero además hay los controles de los tribunales, los controles normales que

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

están en los códigos: en el Código Penal y en la Ley de Procedimientos Penales, en la Ley de la Fiscalía General de la República; en la Ley Orgánica de los Tribunales también hay unas disposiciones, que yo recuerde. En todo esto se desarrolla todo un aparato de garantías judiciales de los derechos humanos, en forma bastante completa y articulada.

"La Constitución prevé, además, algo que aquí no se ha consignado, tal vez porque el Redactor no lo consideró importante: el artículo 130 y siguientes establecen la existencia de un Fiscal General de la República, que depende directamente de la Asamblea Nacional del Poder Popular; aquel tiene una función de control y garantía muy intensa (*infra*, cap. VI: Ap., iv), desarrollada, me parece, en la Ley de Fiscalía General y también en la Ley Orgánica de Tribunales. Por otro lado, están todos los tribunales del país. El Redactor sugiere que los tribunales dependen, en definitiva, de instancias políticas, y —pienso yo— sugiere que no son efectivos. Me parece que, usando el método que él usa, en realidad no debería llegar a conclusiones distintas de las que llega en este caso con las otras Constituciones. Los tribunales siempre dependen de alguien, al final de cuentas; y ese alguien nunca va a ser un tribunal. Yo pienso que el último tribunal va a depender siempre de alguna otra instancia, y esa instancia tiene que salir de alguna parte. ¿De dónde va a salir? Generalmente, sale de los órganos supremos del poder político. Puede haber una mediación a través, por ejemplo, de un Consejo Superior de la Magistratura; o puede haber una inmediación, o sea, el nombramiento de los tribunales supremos por parte de la Asamblea Legislativa, Parlamento, Senado... ¡qué sé yo! Pero lo cierto es que, si nos remitimos al final, siempre habrá una instancia de decisión que no es un tribunal, porque el tribunal no se puede nombrar a sí mismo.

"Luego, lo relativo a la garantía procesal. La ley de Procedimientos Penales de Cuba es una ley moderna: establece un proceso oral y público, establece la doble instancia, establece el principio de inmediación, etc.; es decir, una serie de garantías. En Cuba, los jueces, así como los órganos del Gobierno, los órganos del Estado y órganos ejecutivos, etc., son electivos. Y el sistema de los jueces electivos, uno puede criticarlo; pero no es que sea un sistema descabellado, es conocido en muchas partes. Y yo pienso que tiene sus inconvenientes, pero también tiene ventajas: que el pueblo pueda elegir a sus jueces, pueda pedirles cuentas de su desempeño, pueda rechazarlos cuando son deficientes, inescrupulosos, etc. Me parece que es un buen sistema, aunque, claro, puede tener inconvenientes.

"En general, me parece que el Informe es exagerado. Pide demasiado a la Constitución, lo cual ya le ha sido observado otras veces aquí: cosas que en la Constitución, en realidad, no pueden darse —en la Constitución no puede estar toda la legislación—. Y también saca, de nuevo, conclusiones exageradas". (ANTILLON). (Wálter ANTILLON MONTEALEGRE, ex Catedrático de la Universidad de Costa Rica).

Réplica. En cuanto a los "controles" por parte de la Fiscalía, tribunales, etc., y en general respecto a las posibilidades de una labor judicial independiente, esto es, que ofrezca *garantías* frente a las autoridades: cf. *infra*, cap.VII, Ap., iv (Discusión). En cuanto a que se le "pide demasiado" a la Constitución, cf. *supra*, § 16.II *in fine*.

(V) CHILE

La Constitución chilena contiene algunas disposiciones que podrían hacer pensar, a primera vista, en la presencia de instrumentos judiciales adecuados para la defensa de los derechos humanos; unos medios jurídicos análogos a los que se encuentran en Constituciones como, por ejemplo, la colombiana y la costarricense.

En efecto, aquella prevé: **(a)** la actuación de un Tribunal encargado del control de constitucionalidad (arts. 80 y 82), la existencia de tribunales contencioso-administrativos (art. 38.2), como así también la existencia de un control de legalidad de la Contraloría General de la República (arts. 87 y 88); **(b)** una especie de procedimiento genérico de Amparo (art. 20) y el Hábeas Corpus (art. 21), y obligación de la autoridad de poner en plazos perentorios los detenidos a disposición del juez (art. 19.7.c.2 y 19.7d.4); **(c)** el principio de legalidad e irretroactividad penales (art. 19.3, sus dos párrafos finales), y también hay algunas garantías procesales (art. 19, apartados 3 y 7.f); **(d)** se indica que les pertenece "exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley" el ejercicio de las funciones judiciales, asunto en que les está vedado intervenir al Presidente y al Congreso (art. 73.1), pero los jueces son designados por el Presidente de la República (art. 75), [52] y este puede incluso proponer su remoción si "no han tenido buen com-

52. En el caso del Tribunal Constitucional (art. 81), en realidad el Presidente no designa en forma directa más que a uno (inc. b) de sus siete miembros; sin embargo, la fuente de designación de los restantes miembros tampoco es muy apta para asegurarles independencia política.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

portamiento" y también "podrá autorizar permutas u ordenar el traslado de los jueces, (art. 77).[53]

En cuanto a la posibilidad de una cierta independencia del Poder Judicial, se nota claramente que ello es imposible, pues la designación de los jueces y su estabilidad en el cargo dependen demasiado de la voluntad presidencial.[54] Pero también las restantes garantías no son más que aparentes. En primer término porque, atento a tal dependencia del Poder Judicial, este no se halla en condiciones de hacer valer ninguna garantía, salvo en casos que le resulten indiferentes al Poder Ejecutivo. Y luego porque, por lo demás, hasta marzo de 1989 (por lo menos) rige un período de transición[55] donde toda decisión fundamental queda prácticamente en manos del Presidente y de una Junta de Gobierno integrada por los más altos jefes militares (Disposición Transitoria Decimotercera y sigs.); no se ve cómo algún órgano estatal podría ponerle un límite, y mucho menos revocar, una decisión del Presidente.

Observaciones (GONZALEZ).

"Creo indispensable señalar, en el plano de las observaciones generales, que no es posible analizar por separado el texto de las disposiciones permanentes de la Constitución chilena, como si esa parte fuera una Constitución ideal, absolutamente desconectada de las disposiciones transitorias. El análisis debe referirse a la Constitución vigente en la actualidad, que es la formada por las disposiciones permanentes y las transitorias (cf. *supra*, esp. cap.VII, Ap., v). Porque muchas de las disposiciones de carácter permanente, si se analizan desvinculadas de las disposiciones de carácter transitorio, podrían estimarse aceptables. Y si se trata de un análisis de estas disposiciones permanentes, yo no estaría de acuerdo con algunas de las reservas u observaciones que en el Informe se señalan: en cuanto, por ejemplo, a las remisiones a la ley, el empleo de algunos términos indeterminados, etc. O la afirmación de que, en definitiva, quien arbitrariamente establece el alcance de las normas, garantías y disposiciones es la autoridad unipersonal que dirige al país; esto no sería cierto si estuviera operando exclusivamente la Constitución en sus disposiciones permanentes, sin las transitorias. Pero en el contexto de las disposiciones transitorias no existe, en Chile, la necesaria separación entre el que crea la ley y el que la aplica; esta concentración de funciones, que según las disposiciones transitorias subsistiría (y recalco el potencial) hasta el *año 1989, amenaza fuertemente la libertad.*

"Y en homenaje a la objetividad, señalo que existen algunas disposiciones positivas en el texto constitucional. El art. 74.2 obliga a oír a la Corte Suprema en todo lo que se refiera a modificaciones de la Ley Orgánica Constitucional sobre el Poder Judicial. (De manera que no hay, en esto, una vía expedita; porque cuando se concentra la potestad legislativa con la potestad ejecutiva, lo más corriente es que se pretenda atentar contra la independencia del otro Poder del Estado, mediante un paulatino

---

53. Comentario. "El sistema de nombramiento de los jueces en Chile consiste en que el Presidente de la República, efectivamente, designa a los magistrados, pero con base en una proposición (nóminas de tres o cinco candidatos) que tiene su origen en el Poder Judicial (art. 75); de tal manera que no hay posibilidad de una elección completamente arbitraria por parte del Presidente de la República. Y en cuanto a que este puede proponer la remoción de los funcionarios judiciales si estos no han tenido buen comportamiento, y autorizar permutas u ordenar traslados, afectando su inamovilidad, tampoco esta es una facultad discrecional del Poder Ejecutivo: no puede ejercerla si no cuenta con el acuerdo de la Corte Suprema (art. 77, incs. 3 y 4). Más bien, se pone en práctica porque, de acuerdo con las normas administrativas, este tipo de resoluciones se cumplen mediante la fórmula de los decretos. Ha sido relativamente frecuente, en nuestro Poder Judicial, que por razones de buen servicio se afecte muchas veces la inamovilidad de los jueces; y entonces es la propia Corte Suprema quien, después de algún sumario sobre el comportamiento de un juez (o, incluso, acogiendo un recurso de queja, un recurso extraordinario), ha pedido al Poder Ejecutivo que disponga el traslado, que la Corte no puede hacer por sí misma" (GONZALEZ). [Alejandro González, Vicaría de la Solidaridad de Santiago de Chile].

54. Comentario. "La independencia de los jueces se encuentra ciertamente restringida en el sistema constitucional chileno; especialmente, por la intervención del Ejecutivo en el régimen de nombramiento —el que, como digo (*supra*, núm. anterior), no es exclusivo— y por el sistema de financiamiento o asignación de recursos al Poder Judicial. Pero incluso durante el período transitorio (*vid.* la n. que sigue) existe algún grado de independencia. Y precisamente esta ha sido una de las controversias que permanentemente los defensores de derechos humanos hemos sostenido ante la Corte Suprema, en el sentido de que no puede atribuir todas las situaciones de desprotección de los derechos humanos a la legislación dictada por la Junta Militar, sino que hay un alto grado de responsabilidad del propio Poder Judicial. Pues este, teniendo cierto margen de actuación, estando en posesión de ciertas facultades, ha declinado el ejercicio de ellas. Eso es cosa distinta de una situación de pérdida absoluta de independencia en razón de la legislación dictada. Indudablemente que la situación sería distinta si no existieran las disposiciones transitorias; porque entre las normas del juicio político contempladas en las disposiciones permanentes está la posibilidad de acusar a los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia por notable abandono de sus deberes, y sin duda que las situaciones de desprotección de los derechos humanos en que los magistrados de los tribunales superiores han incurrido servirían de fundamento muy serio para ejercer el juicio político por 'notable abandono de sus deberes' (art. 48.2.c) en contra de ellos. Lamentablemente, por consecuencia de las disposiciones transitorias, no existe un parlamento ante el cual efectuar la acusación" (GONZALEZ).

55. *Vid. infra*, cap. VII: Ap., v.II, y n. 47.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cercenamiento de sus facultades —que es lo que, en cierta medida, hemos vivido en Chile—.) También el art. 61 podría, a mi juicio, citarse como una disposición positiva en resguardo de las facultades judiciales: ese artículo se refiere a la delegacion de facultades legislativas en el Presidente de la República, pero excluye (inc. 3) de las materias posibles de una ley delegatoria, todo lo relativo al Poder Judicial".

(vi) HONDURAS

(a) La Constitución establece el recurso de inconstitucionalidad, el cual es tramitado ante la Corte Suprema de Justicia (arts. 184 y 319.2). Prevé asimismo que la ley creará la jurisdicción de lo contencioso-administrativo (art. 319).

(b) Están consagrados tanto el Hábeas Corpus como el recurso de Amparo, hasta con detalle. El Hábeas Corpus se interpone ante cualquier tribunal y sin ninguna formalidad (art. 182). Del Amparo conoce la Corte Suprema de Justicia (art. 319.8); él sirve como un medio protector genérico de los derechos individuales contra actos de las autoridades, incluso contra *lex* (art. 183). También se establece que todo detenido debe ser puesto sin demora a disposición del juez: "Ninguna persona puede ser detenida ni incomunicada por más de veinticuatro horas, sin ser puesta a la orden de la autoridad competente para su juzgamiento. La detención judicial para inquirir no podrá exceder de seis días contados desde el momento en que se produzca la misma" (art. 71).

(c) Se encuentra establecido el principio de legalidad e irretroactividad penales (arts. 95 *in limine* y 96; cf. también los arts. 84.1 *in fine* y 186). En cuanto a las garantías procesales, el texto constitucional recoge varias de las indicadas en los Instrumentos: derecho general a juicio (arts. 82.2 y 94 *in limine);* derecho de defensa (pero está formulado en términos demasiados genéricos: simplemente se dice que ese derecho "es inviolable", art. 82.1; cf. también art. 94 *in limine);* derecho del detenido a "ser informado en el acto y con toda claridad de sus derechos y de los hechos que se le imputan" (art. 84.3); derecho a no "declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o compañero de hogar, ni contra sus parientes" cercanos (art. 88.2); no se admite el ejercicio de coacción para obtener declaraciones, y estas configuran prueba solo si se rinden ante juez competente (art. 88, incs. 1, 3 y 4); derecho a la presunción de inocencia (art. 89); derecho a que la causa no sea vista sino por tribunal competente, de acuerdo a lo establecido en la ley (art. 90.1); derecho a la cosa juzgada penal (arts. 94.1 *in fine,* 95 *in fine* y 186).

(d) Los miembros de la Corte Suprema de Justicia son elegidos por el Congreso Nacional, para un período de cuatro años, y pueden ser reelegidos (arts. 205.9 y 305). Los demás miembros del Poder Judicial los nombra dicha Corte (art. 319.9). El presupuesto del Poder Judicial es elaborado por la Corte Suprema y ese Poder "tendrá una asignación anual no menor del tres por ciento del presupuesto de Ingresos Netos de la República" (arts. 306 y 319.13). La ley regula lo relativo a la carrera judicial y las sanciones de que pueden ser objeto los jueces (art. 309).

Hay Tribunales Militares, regulados por ley especial (art. 275), pero de su competencia se hallan excluidas "las personas que no estén en servicio activo en las Fuerzas Armadas" (arts. 90.2 y 91). Además, se respalda la independencia del fuero común frente al militar, por medio de la disposición siguiente: "Los magistrados, jueces agentes del Ministerio Público y oficiales de justicia, no podrán ser obligados a prestar servicio militar, ni a concurrir a ejercicios o prácticas militares" (art. 312).

En conclusión. La Constitución hondureña presenta un panorama bastante favorable, en cuanto a las líneas normativas básicas, para la puesta en marcha de una adecuada protección judicial de los derechos humanos. Su defecto principal, desde ese punto de vista, es análogo al de la Constitución costarricense: la circunstancia de que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia sean elegidos por un Poder de Naturaleza política, como lo es el Congreso Nacional, no es buena garantía para la independencia de la rama judicial, ni tampoco para su idoneidad técnica en general (excepto que la ley sobre "lo conducente para asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces" —art. 309.2—, contuviere realmente disposiciones muy adecuadas para lograrlo).

(vii) MEXICO

(a) Tanto la impugnación por inconstitucionalidad como la fundada en razones de legali-

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

dad, y ya sea con referencia a disposiciones de orden general (leyes, reglamentos administrativos, etc.) o actos de la administración, se ventilan en el marco genérico del juicio de Amparo, en instancias variadas. Esos recursos pueden llegar —en ciertas hipótesis sí y en otras no— hasta la Suprema Corte de Justicia, la cual incluso está habilitada para sentar jurisprudencia obligatoria en materia de inconstitucionalidad de las leyes; se prevé también la posibilidad de establecer tribunales de lo contencioso-administrativo. La reglamentación constitucional en la materia es bastante compleja: cf., entre otras, las disposiciones de los arts. 104.1 (incs. 2 y 3), 105, 107.II.2, 107.IV, 107.VIII (incs. a y c, y también *in fine),* 107.IX.

(b) Existe, como ya lo adelantáramos, una previsión genérica de recurso de Amparo, el cual abarca toda violación de "las garantías individuales" por parte de una autoridad, efectuada mediante "leyes o actos" de esta (art. 103.I). Dentro de ese marco genérico (*supra,* a), una de sus disposiciones podría tal vez interpretarse en el sentido de que establece el Hábeas Corpus, o al menos abre la puerta para hacerlo entrar en juego si el juez así lo dispone: "la violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal [detenciones], 19 [término de la detención preventiva: *vid.* un poco más abajo] y 20 [garantías del juicio penal: *vid.* c] se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el juez de distrito que corresponda" (art. 107.XII).

En cuanto al derecho de ser puesto sin demora a disposición del juez, se establece que esto debe tener lugar "dentro de las veinticuatro horas siguientes" a la "aprehensión" (art. 107.XVIII.3). En el mismo sentido, en otro lado se dice: "Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial" (art. 16.1). Por su parte, el ya indicado art. 19 dispone que "Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto formal de prisión, en el que se expresarán" una serie de detalles (cf. también el art. 108.XVIII.1). Además, "queda rigurosamente prohibida toda incomunicación" (art. 20.II). No obstante, nada de eso impide que, si se cumple con aquellas formalidades y si la acusación se refiere a un delito para el cual se prevé una pena de prisión prolongada, la detención preventiva pueda llegar a extenderse por mucho tiempo, pues la Constitución solo establece que no "podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso" (art. 20.X.2).

(c) Se consigna el principio de legalidad y el de irretroactividad (arts. 14 y 16 *in limine).* En cuanto a las garantías procesales, están establecidas la mayor parte de ellas: por lo pronto, solo la autoridad judicial puede imponer penas (art. 21 *in limine);* no se admite que nadie sea juzgado "por leyes privativas ni por tribunales especiales" (art. 13 *in limine);* derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 20.II); derecho a ser informado de la naturaleza de la causa de la acusación, y a contestar los cargos (art. 20, incs. V y VII); derecho a que la causa sea vista públicamente (art. 20, incs. III y VI, ambos *in limine);* derecho a que la causa sea vista en un plazo razonable (art. 20, incs. III *in limine* y VIII; pero cf. también el inc. X.2); derecho a defenderse personalmente en el proceso o a contar con la asistencia de un defensor (art. 20.IX); derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito (art. 23).

(d) Los ministros de la Suprema Corte de Justicia son nombrados por el Presidente de la República, con aprobación de la Cámara de Senadores (art. 96). A su vez, dicha Corte nombra a los magistrados de los tribunales de circuito y a los jueces de los juzgados de distritos (art. 97). Esos funcionarios son inamovibles, salvo causal de "mala conducta", en cuyo caso se sigue unos procedimientos en que interviene el Parlamento (arts. 94 *in fine,* 97.1, 108 y sigs.). En cuanto a la remuneración, se señala en forma expresa que "no podrá ser disminuida durante su encargo" (art. 94, inc. penúltimo; cf. también el art. 127).

Los tribunales militares no tienen jurisdicción sino sobre quienes pertenecen al ejército (art. 13). Y se subraya que "durante tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar" (art. 129 *in limine).*

En conclusión. Cabe entender que, en líneas generales, la protección judicial de los derechos humanos está contemplada en forma bastante amplia en la Constitución mexicana, sin perjuicio

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de defectos técnicos (cierto desorden e imprecisiones) y también de algunas omisiones (sobre todo, el no establecer en forma específica el Hábeas Corpus). El renglón resuelto de una manera más insatisfactoria es la designación de los miembros del supremo órgano judicial, pues resulta particularmente decisiva la opinión del Presidente; o sea, que aquellos son nombrados de acuerdo con las simpatías que hayan recogido por parte de y contra las resoluciones y decretos de carácter no en razón de la idoneidad jurídica que puedan acreditar.

(viii) PERU

(a) Hay un tribunal de Garantías Constitucionales que tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de leyes, decretos, etc. (art. 298.1); pero además, y aun si no ha tenido lugar tal declaración, cada juez debe, desde ya, dejar sin aplicar aquellas leyes cuyo contenido sea incompatible con disposiciones constitucionales.[56] Se prevé asimismo la interposición de acciones contencioso-administrativas, cuyo conocimiento corre a cargo de órganos del Poder Judicial, "Contra cualquier acto o resolución de la administración que causa estado" (art. 240). Se establece que hay derecho a "acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público" (art. 295.4). Cabe agregar que el Ministerio Público tiene también, entre sus funciones, algunas parecidas a las de un *ombudsman* (art. 250). Como se ve, el texto constitucional es muy amplio en las garantías a que se refiere el presente punto.

(b) Están establecidos tanto el Hábeas Corpus como el Amparo. El primero procede ante "acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual", mientras que el segundo "cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona" (art. 295, incs. 1 y 2). Ambos pueden interponerse ante cualquier autoridad judicial y llegar en casación hasta el Tribunal de Garantías Constitucionales (arts. 295.3 y 298.2).

En cuanto al derecho a ser puesto sin demora a disposición del juez, la norma general es que ello debe ocurrir "dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia"; pero en "los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas", ese plazo puede extenderse a quince días (art. 2.20.g.2). Por otro lado, se acepta que el detenido quede incomunicado, si ello se entiende "indispensable para el esclarecimiento de un delito"; y la Constitución no establece un plazo límite para esto, sino que se remite a lo que disponga la ley;[57] queda prohibido, eso sí, que la autoridad mantenga oculto el lugar de la detención (art. 2.20.i).

(c) Está consagrado el principio de legalidad e irretroactividad penales (art. 2.20; art. 233, incs. 4, 7 y 8). Se encuentran consignadas asimismo buena parte de las garantías judiciales establecidas en los Instrumentos y aun otras: derecho a ser informado por escrito de la causa de detención (art. 2.20.h); "derecho a comunicarse y ser asesorado con un defensor de su elección desde que es citado o detenido" (art. 2.20.h —pero ver la restricción contenida en la letra siguiente, i: *supra,* b *in fine—);* derecho a no declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, etc. (art. 2.20.k); derecho a que la causa sea vista por un tribunal independiente (art. 233.2), previamente establecido en la ley y que juzgue de acuerdo a los procedimientos señalados en esta (art. 2.20 letra 1, cf. también art. 233.1); se afirma el derecho a que la causa sea vista públicamente, pero se prevén una serie de excepciones (art. 233.3); derecho general "de no ser penado sin juicio ni privado del de-

56. **Comentario. "En el Perú tenemos un sistema mixto: un sistema concentrado, que es el llamado modelo austríaco o kelseniano (art. 298.1); y el sistema difuso, que es el sistema norteamericano (art. 236), que ha funcionado (poco, pero ha funcionado)" (GARCIA B.). [Domingo García Belaúnde, Universidad Católica del Perú].**

57. **Comentario. "El tiempo de incomunicación de un detenido es un tiempo breve (el que está en la Constitución), para el esclarecimiento del delito. Y no impide dos cosas: ni el asesoramiento, que no se suspende, ni el informe a la autoridad. El incomunicado es inmediatamente asesorado, y además el Ministerio Público tiene acceso al incomunicado; esto está en la Ley del Ministerio Público (no digo que esto se cumpla o no en la realidad —porque estamos hablando a nivel de discurso, nada más—)" (GARCIA B.).**

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

recho de defensa en cualquier estado del proceso" (art. 233.9), así como a no ser condenado en ausencia (art. 233.10); autoridad de la cosa juzgada (art. 233.11); invalidez de las pruebas obtenidas por coacción (arts. 2.20.j y 233.12); etc.

(d) La independencia de los órganos jurisdiccionales se halla bastante bien regulada constitucionalmente. En primer término, por la manera en que los jueces de los distintos niveles son nombrados: si bien el Presidente de la República nombra los magistrados y el Senado ratifica el nombramiento de los de la Corte Suprema de Justicia, los candidatos no son propuestos por el propio Poder Ejecutivo y ni siquiera por el Legislativo, sino previo concurso y propuestas por el Consejo Nacional de la Magistratura, el cual tiene una integración heterogénea que asegura su independencia (arts. 245 a 247); menos independiente, en cambio, es el Tribunal de Garantías Constitucionales, ya que de sus nueve miembros hay tres designados por el Poder Ejecutivo y tres por el Congreso (art. 296).[58] En segundo término, por la inamovilidad de los Magistrados judiciales (art. 242.2) y su independencia económica (arts. 238 y 242.3: el Poder Judicial tiene asignado un porcentaje mínimo para su presupuesto); sin embargo, los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales se designan por seis años solamente, aunque son reelegibles (art. 297). En tercer término, porque se encuentra subrayada su independencia funcional, pues a cualquier autoridad le está vedado "interferir" en el ejercicio que de sus funciones realice un órgano jurisdiccional (art. 233.2). Y en cuarto término, por el hecho de que la responsabilidad disciplinaria sobre todos los magistrados se ejerce en el interior mismo del Poder Judicial, ella está a cargo de la Corte Suprema (arts. 248 y 249).

En cuanto a los tribunales militares, no juzgan a los civiles, salvo en casos de infracción al servicio militar obligatorio o para la aplicación de la pena de muerte "por traición a la patria en caso de guerra exterior" (arts. 282 y 235; cf. también art. 233.1).

En conclusión. Puede decirse que la Constitución peruana contiene un cuadro de disposiciones que, de una manera general, contemplan en forma bastante satisfactoria las posibilidades para que se dé la protección judicial de los derechos humanos. Caben también objeciones, naturalmente, en algunos aspectos: por ejemplo, en cuanto al tiempo de incomunicación de un detenido,[59] las excepciones a la publicidad de los juicios, la integración del Tribunal de Garantías Constitucionales, etc.

(ix) URUGUAY

I

La constitución uruguaya de 1967 es de corte liberal. Por ello, contiene en buena medida los recursos que sirven para proteger los derechos humanos, en los distintos aspectos a que nos estamos refiriendo en este capítulo: recurso de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia (art. 258), un Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 309 y sigs.); Hábeas Corpus (art. 17), deber del juez de "tomar al arrestado su declaración dentro de las veinticuatro horas, y dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario" (art. 16 *in limine);* derecho a juicio legal (art. 18) y este como condición previa a toda pena o confinamiento (art. 12), derecho a contar con la presencia de un defensor (art. 16 *in fine),* prohibición de los juicios por comisión (art. 19) y de los juicios penales en rebeldía (art. 21), prohibición de juicios penales secretos (art. 22); existencia de un Poder Judicial (o sea, con la independencia propia de un verdadero "Poder" del Estado: art. 233 y sigs. —pero los miembros de la Suprema Corte de Justicia eran designados por un órgano político, la Asamblea General, y también era esta quien fijaba la dotación de aquellos: arts. 236 a 238—), limitación de la justicia militar a exclusivamente "los delitos militares y al caso de estado de guerra" (art. 253).

Luego del golpe de Estado de 1973, los Actos

58. **Comentario. "La creación del Tribunal de Garantías Constitucionales fue una creación que hizo el constituyente frente a la desconfianza hacia el Poder Judicial. El ponente de esto dijo, en una frase que es muy gráfica: 'Entre el sueldo y la Historia, prefirieron el sueldo; entre la librea y la toga, prefirieron la librea'... ¡con lo que lapidó cincuenta años de historia judicial! La primera resolución del Tribunal se dictó en mayo del 83; es realmente radical, superó todas las expectativas. Creo que si sigue como está, va a ser una cosa realmente extraordinaria. Entonces, las aprehensiones yo creo que se disuelven" (GARCIA B).**

59. *Vid, supra,* **n. 57.**

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Institucionales hacen caer prácticamente todas aquellas garantías constitucionales. En particular, fue el Acto Institucional núm. 8 (1 de julio de 1977) quien en forma expresa eliminó la posibilidad de que la judicatura fuese una rama independiente dentro de la organización estatal. Este Acto sustituye la Sección XV de la Constitución, que se titulaba "Del Poder Judicial", de manera que dicho Poder dejó de ser tal y tampoco había ya una Suprema Corte de Justicia; las funciones jurisdiccionales quedaron a cargo de una "Corte de Justicia y los tribunales y Juzgados, en la forma que establezca la Ley ordinaria" (art. 1.1). Los miembros de esa Corte eran "designados por el Consejo de la Nación a propuesta del Poder Ejecutivo" (art. 3). Por lo demás, aunque allí se dice que la actividad jurisdiccional es "independiente", se subraya que esto es sin perjuicio de que "en el plano de la actividad administrativa exista una línea funcional de *jerarquización* que nace en el Poder Ejecutivo y sigue hasta el órgano de grado inferior de la Administración de Justicia" (art. 1.2); constancia análoga, como se ve, a la del art. 122 de la Constitución cubana *(supra,* iv *in limine).*

II

Ahora bien, en fecha más reciente (10 de noviembre de 1981) fue promulgado otro Acto Institucional, el núm. 12, que deroga al núm. 8. Aquel le devuelve a la jurisdicción su carácter de "Poder" y recorta algunos de los aspectos en que el anterior había negado más manifiestamente la independencia de ella. Sin embargo, lo cierto es que también el nuevo Acto organiza a dicho Poder en forma tal que, de hecho, este tiene muy escasas posibilidades de ponerle alguna valla al Ejecutivo.

En los Considerandos de este Acto se subraya que su propósito es "organizar la función jurisdiccional de modo que se desempeñe con los atributos de un Poder del Estado" (Cons. II.1). Y se entiende que el Poder Ejecutivo contribuirá a "garantizar y salvaguardar la independencia del Poder Judicial, dentro del régimen clásico de separación, interconexión y equilibrio dinámico de los tres Poderes constitucionales" (Cons. III). En particular, "la independencia de los jueces, —tanto en lo técnico como en lo económico—, se logra. . . asegurando que la designación, el traslado, la promoción y la sanción de los jueces y sus secretarios y actuarios, se efectúen con el máximo de garantías, en un régimen de balanceada coparticipación de Poderes, bajo la constante vigilancia de la opinión pública" (Cons. II.2). Ese principio se reitera aún en el articulado mismo: "Los miembros de la magistratura serán absolutamente independientes en el ejercicio de la función jurisdiccional" (art. 1.3 *in limine).* No obstante, como veremos, la forma de designación de estos funcionarios y también los límites que se ponen a su intervención hacen que, en la práctica, la primacía absoluta dentro del aparato estatal siga correspondiendo a las autoridades del Gobierno.

Los órganos superiores del Poder Judicial son la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y un Consejo Superior de la Judicatura. La manera en que se integran dichos órganos asegura, desde ya, que sus miembros serán personas comprometidas con el Poder Ejecutivo. En efecto, los integrantes de la Corte y del Tribunal son propuestos por el Presidente de la República y elegidos por el Consejo de la Nación (arts. 2 y 21); téngase presente que ese "Consejo de la Nación estará integrado por los miembros del Consejo de Estado y de la Junta de Oficiales Generales" (Acto Institucional núm. 2, del 12 de junio de 1976, art. 2 *in limine).* Dicho Consejo de Estado, a su vez, lo creó el decreto que disolvió al Parlamento (Decreto 464/973, art. 2), y los miembros de aquel fueron designados por el Presidente (Decreto 1.073/973, art. 1) y luego por el propio Consejo de la Nación (Resolución del 30 de agosto de 1976); la designación del Consejo de Estado actual le fue encomendada al Poder Ejecutivo (acto Institucional núm. 11, 28 de julio de 1981, art. 3). En cuanto al Consejo Superior de la Judicatura, está integrado por una serie de altos funcionarios —Ministro de Justicia, Presidente de la Suprema Corte de Justicia, Procurador General de la Nación, etc. (art. 9)— que también, cada uno por su parte, han sido seleccionados por el Ejecutivo. Dicho Consejo designa a los miembros de los Tribunales de Apelaciones y a todos los demás jueces (arts. 10.2 y 3.1).

Aun cuando, como hemos visto, las designaciones no se hacen por concurso de capacidades, sino que están libradas al arbitrio de los miembros del órgano designante, se dice que "La magistratura será organizada en forma de carrera" (art. 1.2 *in limine);* esa organización queda remitida, al parecer, a lo que disponga la ley, la cual también "podrá establecer los procedimientos adecuados para permitir, en casos excepcionales, el ingreso de

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciudadanos destacados en cualquier grado de aquella (magistratura)" (art. 1.2).

Los miembros de la Suprema Corte de Justicia y los del Tribunal de lo Contencioso Administrativo duran diez años en el cargo (arts. 5 y 21). Para los demás "jueces de todos los grados y denominaciones", sus "nombramientos tendrán carácter de definitivos desde el momento en que se produzcan, cuando recaigan sobre ciudadanos que ya pertenecían, con antigüedad de dos años, a la Judicatura, al Ministerio Público y Fiscal o a la Justicia de Paz, en destinos que deban ser desempeñados por abogados" (art. 3). De una manera general, se dispone que "Los miembros de la magistratura serán... inamovibles por todo el tiempo que dure su buen comportamiento", hasta la edad de setenta años (art. 1, incs. 3 y 4). Ese "buen comportamiento" ha de ser apreciado por el Consejo Superior de la Judicatura, en manos de quien está "la superintendencia directiva, consultiva y correccional sobre los magistrados integrantes de los tribunales y juzgados y sobre los demás funcionarios" principales del Poder Judicial (art. 10.1), como así también la posibilidad de efectuar destituciones (art. 10.6).

La Suprema Corte tiene, entre sus competencias, la de entender en los recursos de inconstitucionalidad (art. 7.4); la declaración correspondiente cabe respecto a "leyes y las demás normas que tengan fuerza de ley", pero se aplicará "exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado" (arts. 15 y 18). El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, junto con los correspondientes Juzgados Letrados de Primera Instancia, tendrán a su cargo la Justicia en tal materia, "en la forma que establece la ley" (art. 19). A esa Justicia le corresponde, sobre todo, resolver "las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos dictados por cualquier órgano del Estado, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder" (art. 22.1). Sin embargo, enseguida se exceptúa de la posibilidad de ser objeto de dicha acción anulatoria a prácticamente cualquier acto que el Gobierno desee eximir de ella: "1.— Los actos políticos y de gobierno; 2.—Los actos discrecionales, sin perjuicio de que puedan juzgarse los supuestos normativos o de principio en que se funde la discrecionalidad; 3.—Los actos fundados en razones de seguridad nacional; 4.—Los actos de interés público así declarados por la Ley" (art. 22). Delimitada en esa forma, la eventualidad de interponer un recurso de legalidad contra actos administrativos queda reducida, por supuesto, a dimensiones bastante inocuas.

Cabe acotar, finalmente, que la jurisdicción militar ya no reconoce límites constitucionales en cuanto a sus eventuales materias y sujetos pasivos, a diferencia de lo que disponía la Constitución de 1967 (*supra*, I). La ley ordinaria tiene ahora plena libertad para establecer dichos contenidos: "La jurisdicción militar comprende la potestad que tienen los órganos judiciales de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en los delitos militares establecidos en la ley" (art. 14).

En conclusión. De la Constitución uruguaya de 1967 subsiste muy poco, en cuanto a garantías judiciales para la protección de los derechos humanos. Sobre todo porque: 1) la independencia del Poder Judicial, aunque proclamada en los textos vigentes, no se encuentra asegurada (sino más bien lo contrario) por la estructura orgánica de dicho Poder; 2) de su órbita de decisión es extraída la parte mayor y más importante de los actos del Gobierno; 3) la ley puede declarar "delitos militares", y con ello sustraerlos de la jurisdicción ordinaria, cualesquiera tipos de conducta de cualquier clase de personas. Pero es de esperar que dicha situación cambie luego de que asuma el poder, en marzo de 1985, el nuevo gobierno electo. [Postcriptum: Fue restablecida, en efecto, la plena vigencia de la Constitución de 1967.]

(x) VENEZUELA

(a) Tanto el recurso de inconstitucionalidad como la jurisdicción contencioso-administrativa, ambas posibilidades concebidas en términos muy amplios, competen a la Corte Suprema de Justicia; pero la segunda corresponde asimismo "a los demás Tribunales que determine la ley" (arts. 206, 215 incs. 3 a 7). Por lo demás, se establece en forma categórica que "Todo acto del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución es nulo" (art. 46).[60]

60. **Comentario.** "Yo sugeriría destacar lo novedoso de estos elementos. Tenemos una mezcla de control concentrado y difuso de la constitucionalidad, que es muy peculiar comparativamente en América Latina (*supra*, § 51.I). También importa ese otro elemento que trae la Constitución, de declarar nulo todo acto del Poder Público que menoscabe los derechos consagrados en la Constitución; es un caso de nulidad de pleno derecho, establecido expresamente, sobre lo cual vale la pena insistir" (BREWER). [Allan R. Brewer Carías, Universidad Central de Venezuela].

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(b) No se encuentra establecido en principio un recurso específico de Hábeas Corpus, pero sí una acción de Amparo genérica (art. 49). Esta comprende también la protección de la libertad personal, para lo cual deberá dictarse una ley especial; hasta que esto suceda, entra en juego un Hábeas Corpus reglamentado detalladamente en las decisiones transitorias, como derecho en favor de "Toda persona que sea objeto de privación o restricción de su libertad, con violación de las garantías constitucionales" (Disp. Trans. Quinta).[61] Por otra parte, al Ministerio Público se le otorgan unas atribuciones de *ombudsman* (art. 220).

En cuanto al derecho del detenido a ser puesto sin demora a disposición del juez y a ser juzgado en un plazo razonable, o ser liberado, eso no se halla establecido en forma neta, ya que el texto constitucional respectivo compete a la ley la fijación de los términos correspondientes: "las autoridades de policía podrán adoptar las medidas provisionales, de necesidad o urgencia, indispensables para asegurar la investigación del hecho y el enjuiciamiento de los culpables. La ley fijará el término breve y perentorio en que tales medidas deberán ser comunicadas a la autoridad judicial, establecerá además el plazo para que ésta provea" (art. 60.1.3); mas la propia Constitución señala que en forma provisoria regirán ciertos términos para dichas circunstancias, hasta que sean fijados por la legislación ordinaria (disposición Transitoria Sexta).[62] En cambio, se consigna en forma terminante, y sin señalar excepciones, que "Nadie podrá ser incomunicado" (art. 60.3 *in limine).*

(c) Se recoge el principio de legalidad y de irretroactividad penales (arts. 44, 60.2 y 69 *in fine).* Están previstas asimismo buena parte de las garantías del debido proceso: derecho genérico, para toda persona, a "la defensa de sus derechos e intereses" ante la administración de justicia (art. 68.1); necesidad de fijar un límite temporal máximo para el sumario (art. 60.1.1 *in fine,* pero la fijación de ese límite se somete a la ley); derecho a no declarar contra sí mismo, su cónyuge, etc. (art. 60.4); derecho a no ser condenado penalmente "sin antes haber sido notificado personalmente de los cargos y oído", pero se admite que sean juzgados en ausencia los "reos de delito contra la cosa pública" (art. 60.5);[63] prohibición de ser juzgado más de una vez por los mismos hechos (art. 60.8); el derecho de defensa se consigna como "inviolable en todo estado y grado del proceso" (art. 68.2); derecho de cada uno a no ser "juzgado sino por sus jueces naturales" (art. 69 *in limine),* esto es, prohibición de establecer tribunales especiales o de excepción.

(d) Aunque se señala la independencia y estabilidad de los jueces (arts. 205 y 207), queda remitido a la ley el establecer las seguridades respectivas (arts. 208, 217 y 210). Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son elegidos por el

61. **Comentario.** "Por supuesto que no está establecido un recurso específico de Hábeas Corpus, ni podría estarlo, porque hemos optado por el sistema del Amparo genérico de todos los derechos constitucionales; y el Hábeas Corpus es sólo uno de los medios, el de proteger la libertad personal (y así como ese, están las otras vías de protección). Esto no es una falla. Dentro de ese recurso genérico de protección a los derechos y garantías constitucionales está el amparo a la libertad personal, que es el que se regula en la Disposición Transitoria; no porque haya de dictarse una ley especial para el amparo de la libertad personal, cuando lo que se necesita es una Ley del Amparo genérico. Mientras esta no se dictara, como la efectividad del derecho depende de la ley, transitoriamente lo que se reguló fue el amparo a la libertad personal, para que de una vez quedara vigente. Ahora que, si bien se prevé el recurso de Amparo genérico, no ha habido una ejecución legislativa de esa norma constitucional (art. 49). Inclusive la misma Corte Suprema de Justicia, en una decisión que tuvo que ver con el recurso de Amparo, señaló expresamente que la norma que lo regulaba, tal cual está en el texto constitucional, es una norma programática, no directamente operativa, por lo cual no se podía fundamentar en la violación de esa norma ningún recurso de protección de los derechos humanos. De manera que el recurso de Amparo se ha reducido solo a lo que prevé la Disposición Transitoria en materia de libertad personal" (BREWER).

62. **Comentario.** "Se dice que 'eso no se halla establecido en forma *neta*'. No es así: si está establecido, en forma muy neta, que existe el derecho del detenido a ser puesto a disposición del juez y a ser juzgado en plazo razonable. Lo que no dice la ley, es lo específico. Yo no diría que no está establecido en forma 'neta'; lo que está, es establecido en forma incompleta. Lo que no dice la Constitución, es el plazo. Eso está remitido a la ley, y mientras tanto está regulado en el artículo transitorio sexto. Dicho sea de paso, eso era una Disposición Transitoria, y se reguló en el Código de Enjuiciamiento; inclusive, en la última edición de la Constitución, que es de julio de este año (1983), ya no aparece esta disposición, pues su transitoriedad se agotó al ser eso regulado en dicho Código, así como todo el sistema de protección para la detención preventiva" (BREWER).

63. **Comentario.** "Ciertamente, esto difiere de la Convención Americana; pero Venezuela, en ese punto es el único en el cual hizo especial reserva, porque nuestra Constitución permite el juzgamiento en ausencia para los *delitos contra la cosa pública* (solamente estos). Pues tenemos larga tradición en América Latina, y también en Venezuela, de corrupción administrativa por funcionarios, donde lo primero que hace el funcionario es irse del país, y no hay entonces forma de juzgarlo. Por eso, la Constitución venezolana del 61 previó la posibilidad de juzgar a estos reos de delitos contra la cosa pública: malversación de fondos, enriquecimiento ilícito, etc." (BREWER).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Poder Legislativo (art. 214); lo referente a los demás magistrados se regirá por una ley orgánica (art. 204). No hay previsiones financieras especiales respecto al Poder Judicial, o sea, que el presupuesto de este vendría incluido en el proyecto general de Ley de Presupuesto que presenta el Poder Ejecutivo al Congreso (art. 228).

En cuanto a la posibilidad de que haya unos tribunales militares, y cuáles serían los límites de su competencia, el texto constitucional no hace mención de tales puntos específicos. Sin embargo, atento a que subraya el carácter "apolítico" que necesariamente deben tener las Fuerzas Armadas Nacionales (art. 132), y teniendo en cuenta también que cada persona debe ser juzgada por "sus jueces naturales" (*supra,* c *in fine*), cabe entender que los tribunales militares, si los hay, no podrán conocer sino en causas que les competan "naturalmente"; o sea, en delitos cometidos por militares y solo cuando esas conductas estén dentro de la órbita de sus actividades como militares precisamente.[64]

En conclusión. La Constitución venezolana establece un buen marco general para la protección judicial de los derechos humanos. Esto sin perjuicio de advertir que también contiene ciertas previsiones inconvenientes, por ejemplo: indeterminación del plazo para que el detenido sea puesto a disposición del juez, posibilidad de juzgar a ciertos "reos" en ausencia, y sobre todo son insuficientes las normas relativas a la designación y estabilidad de los jueces.

*

64. **Comentario. "Lamentablemente, no siempre se ha interpretado que el delito militar puede ser solo cometido por militares. Hemos tenido casos concretos en que se han llevado a la jurisdicción militar delitos no cometidos por militares, pero que inciden en el ámbito militar: rebelión, subversión. Ha habido toda una discusión genérica, pero han sido juzgados por estos tribunales militares" (BREWER). Cf. también *supra*, n. 51.**

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA EXENCION TRIBUTARIA

LIC. YANNI STERLOFF CHARALAMPIDU

No, existe, según estima Sáinz de Bujanda, una definición unitaria de exención.[1] La importancia de la misma es fundamental, en especial para los países en desarrollo que han visto en ella un adecuado instrumento para la atracción de inversiones extranjeras y estímulo del propio capital nacional[2] adoptándose, desde hace algún tiempo, de esta misma forma, en las mismas economías centrales.[3]

Dos características comunes sobre las que se elabora un concepto unitario son: 1) La circunstancia de haberse producido el hecho imponible y, 2) La exclusión de la obligación tributaria. No obstante haberse producido el hecho imponible, la deuda impositiva no nace.[4]

Con todo, quedan sin resolver dos problemas fundamentales. Por un lado, ¿puede presuponerse siempre que en toda exención constituye un presupuesto lógico la realización del hecho hipotético previsto en la norma para el nacimiento de la obligación? y ¿no surge nunca la obligación de pago a cargo del beneficiario a pesar de la exención?

A la primera de las interrogantes, y en relación con las exenciones subjetivas, se produce el hecho generador de la obligación tributaria pero ésta no surge para el sujeto exento. En relación con las exenciones objetivas, las cosas no son tan claras ". . .en ellas el supuesto exento puede ya formar parte de la operación lógica que conduce a la formulación normativa del hecho imponible. Si eso es así, la obligación no dejaría de nacer por una exclusión especial de la ley, a pesar de haberse producido el hecho imponible, sino porque éste resulta configurado por la norma de tal modo que, en algunas de sus modalidades o especificaciones, no genere la obligación de contribuir".[5]

En relación con la segunda interrogante, en la mayoría de los casos la exención impide que nazca la deuda tributaria. Sin embargo, no ocurre ésto siempre, existen casos en que no podría negarse la

---

1. SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Hacienda y Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, tomo III, 1963, p. 419.

2. "A pesar de que la lista de artículos de importación libre en el Arancel es bastante reducida, una gran parte del total de importaciones del país entra libre de derechos. La exoneración, o exención, de los aforos por propósitos específicos es una práctica establecida por muchos años en Costa Rica. . . parece ser que ordinariamente cerca de un cuarto a un tercio del total de importaciones entra de acuerdo con privilegios de exención establecidos. Aunque no haya estadísticas que muestren las importaciones que entran bajo exenciones de derechos, existe cierta información, por lo menos para algunos años, sobre el monto de los aforos que se han dejado de pagar en virtud de exoneraciones. En 1946 la Comisión de Hacienda del Congreso informó que las exoneraciones de Derechos de Aduana durante los años 1942, 1943 y 1944 habían sido de ₡ 7.592.548,00; ₡ 12.570.960,00 y ₡ 12.502.162,00, respectivamente. La Comisión indicó que en 1945, año durante el cual el total ingresos por concepto de derecho de importación sumaron ₡ 22.318.353,00 las exenciones ascendieron a más de. . . ₡ 11.000.000,00; ello quiere decir que en ese año, las exoneraciones de aforos fueron equivalentes a más de 50% del total cobrado por concepto de derechos.
   En otras palabras, las exoneraciones ascendieron a más de un tercio del monto total que podría haberse cobrado por concepto de aforos de no haber existido ellas".
   LYNCH, David, *Política Arancelaria en Costa Rica. Informe al Ministro de Economía y Hacienda*, San José, Imprenta Nacional, octubre de 1951, p. 25.

3. Ver STEPHEN DEMPSEY, Paul, *Incentivos Legales y Económicos para Inversiones Directas Extranjeras en el Sureste de Estados Unidos*, Comparative Judicial Review, volumen XVI, 1979.

4. SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *op. cit.*, p. 419.

5. *Ibídem*, pp. 426 y 427.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

inexistencia del nacimiento de la obligación, pese la existencia de una exención tributaria. Un caso es el de las exenciones parciales en donde el hecho generador se produce y da nacimiento a la obligación tributaria generándose una deuda pero siendo la misma de cuantía inferior al monto que, normalmente, hubiese correspondido. Caso éste, por ejemplo el de la exención de aforos de aduana en la importación de materias primas, productos semielaborados o materiales que entren en la composición o en el proceso de elaboración del producto final en la Ley de Protección y Desarrollo Industrial.[6] El otro caso es el de las exenciones que producen su eficacia excluyente de la carta tributaria por medio del reembolso de cuotas impositivas satisfechas con anterioridad como las fianzas o garantías exigidas por el Ministerio de Hacienda, equivalentes al 110% de los derechos a pagar sobre los artículos importados sujetos al régimen de importación temporal de la Ley de Fomento a las Exportaciones.[7-8]

Araujó Falcao expresa que la exención es una situación jurídica en virtud de la cual el hecho o acto es afectado de manera abstracta, pero por disposición especial se dispensa de pagarlo.[9]

Otros la expresan como una "dispensa del pago del tributo debido, hecha por disposición expresa de la ley, y por esa misma razón de naturaleza excepcional",[10] en una definición como la del Código Tributario que la define como una dispensa legal de la obligación tributaria.[11]

Micheli explica que se habla comúnmente de excepciones establecidas por ley "en cuanto sustraen a la disciplina general del tributo o a ciertos sujetos o también determinadas situaciones objetivas. Dichas exenciones. . . parecen ponerse como excepciones a la regla o como hechos jurídicos derivados de la realización del hecho constitutivo".[12]

La Suprema Corte de Justicia de México se ha manifestado en el sentido de que hay exención de impuestos cuando se releva total o parcialmente a una persona determinada, de pagar un impuesto aplicable al resto de los causantes en igualdad de circunstancias, o se condenan en forma privativa los impuestos ya causados.[13]

Estas definiciones, a nuestra manera de ver, observan consecuencia final de la exención, su parte exterior, o sea, la dispensa del pago, sin definir íntegramente la figura.

La relación tributaria se da lugar como consecuencia del fenómeno tributario y que se concreta en la obligación del ciudadano de contribuir en forma pecuniaria con los gastos públicos y en el derecho del ente público en exigir la prestación.[14] Sin embargo esta relación jurídico-tributaria está integrada por correlativos derechos y obligaciones que nacen del ejercicio del poder tributario, alcanzando, por un lado, el titular del mismo y a contribuyentes y terceros por otro.[15]

Así, según Giannini, la relación jurídico-tributaria es de contenido complejo ya que de ella resultan poderes, derechos y aún obligaciones positivas o negativas, así como derechos de las personas sujetas a la potestad tributaria. En el conjunto se encuentra la esencia de la relación cual es el pago del tributo individualizándose con el nombre de deuda tributaria reservándose la expresión genérica de "derechos y obligaciones tributarios" para las demás situaciones jurídicas de la relación. La primera nace a consecuencia del presupuesto material del tributo en tanto que los otros pueden originarse en meros actos administrativos. La obligación tributaria, es decir, el deber de cumplir la prestación, constituye la médula de la relación, jurídico-tributaria y el fin último del tributo.[16]

La relación jurídico-tributaria nace a consecuencia de un hecho que la ley tributaria contem-

6. *Ley 2426 de 21 de agosto de 1959*, artículo 19, inciso d).
7. *Ley 5162 de 22 de diciembre de 1972*, artículo 13.
8. SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *op. cit.*, p. 427.
9. GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, tomo I, 2a. edición, 1970, p. 427.
10. Centro Interamericano de Estudio Tributario (CIET), Curso Regional Centroamericano de Derecho Tributario, San José, 1974, p. 3.
11. *Código de Normas y Procedimientos Tributarios*, artículo 61.
12. MICHEL, Gian Antonio, *Curso de Derecho Tributario*, Madrid, Editoriales de Derechos Reunidas, 1975, p. 383.
13. DE LA GARZA, Sergio F., *Derecho Financiero Mexicano*, México, Editorial Porrúa S.A., quinta edición, 1973, p. 475.
14. BLANCO RAMOS, Ignacio, Derecho Tributario, *Parte General. Legislación Española*, pp. 20, 22 y 44.
15. GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *op. cit.*, p. 371.
16. GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *op. cit.*, p. 471.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pla y por cuyo acaecimiento sujeta a su titular al pago del tributo.

Un hecho cualquiera, al considerarse por la ley como causa de efectos jurídicos, pasa a ser un hecho jurídico, y tratándose de la ley tributaria, un hecho tributario. Este, o el conjunto de ellos, origina una situación del individuo ante el Estado que es el presupuesto del tributo, de allí la identificación que hace la doctrina del hecho tributario con el presupuesto material del tributo.[17]

Bien expresa nuestro Código Tributario al expresar que "el hecho generador de la obligación tributaria es el presupuesto establecido por la ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación".[18]

Así, diferimos con Blanco Ramos, citando a Amorós, cuando manifiesta que la obligación tributaria existe en potencia desde el nacimiento de la relación tributaria, o sea, al producirse el hecho generador, pues la norma que le otorga relevancia jurídica, o relevancia tributaria, a un hecho, al producirse éste, posee eficacia constitutiva al originar la relación jurídico-tributaria y más concretamente, la obligación tributaria teniendo la determinación un mero efecto declarativo. Así lo manifiesta nuestro Código Tributario: "La determinación por la Administración Tributaria es el acto que declara la existencia y cuantía de un crédito tributario o su inexistencia".[19-20]

La obligación tributaria existe en concreto al realizarse el presupuesto de hecho contemplado por la norma. Desde un punto de vista causal, la producción de la situación de hecho o de las situaciones jurídicas contempladas como hecho generador son causa de efectos jurídicos cuales son los derivados de la relación jurídico-tributaria en general, y en particular, de la obligación tributaria. En esta última, el efecto es constitutivo de ella y la situación jurídica subyacente es de poder para la administración y de deber para el obligado. La circunstancia de la producción del hecho generador crea la obligación tributaria en concreto, no en abstracto, que es su efecto, entonces el hecho generador deviene eficaz en tanto generador de efectos jurídicos.

La determinación, con efecto declarativo de un poder y un deber colaterales cae dentro del ámbito de la efectividad, o sea, el cumplimiento o incumplimiento de la obligación tributaria, no de la eficacia.

En la exención, la situación es, en sustancia, la misma. La producción del hecho generador del tributo contemplado por la norma produce efectos jurídicos que son determinados por la propia norma que concede la exención. Esta norma tiene efecto extintivo o modificativo de la obligación tributaria para determinado sujeto o actividad beneficiados asignándole efectos diversos sobre el mismo presupuesto. Estos efectos son, al igual que con los tributos, constitutivos pero, esta vez, la situación jurídica subyacente en ellos es revertida en poder para el ciudadano y en deber para la Administración Tributaria. En el primer caso estamos frente a un auténtico derecho a la desgravación en el cual los actos administrativos para su determinación tiene también un efecto simplemente declarativo, y en el último, en un deber de abstención de la Administración.

Entonces, exención es una situación jurídica en virtud de la cual la norma que la concede revierte los efectos constitutivos de la obligación tributaria que nacen al producirse el hecho generador del tributo, de poder para la Administración y deber del obligado, a poder para el beneficiado y deber para la Administración, de sujeto activo de la exención y cuya efectividad es la extinción de la obligación de pago.

Es por esto, que la exención tiene carácter excepcional y la intención de acordarla no puede considerarse sobreentendida debiendo el legislador expresarla en términos claros e inequívocos.[21] La interpretación que de ella deriva ha de ser restrictiva acorde, además, con el artículo 62 del Código Tributario que persigue la finalidad de que la norma contemple el mayor número de aspectos relativos a la exención con lo que se limita, a la

17. BLANCO RAMOS, Ignacio, *op. cit.*, p. 71.

18. *Código de Normas y Procedimientos Tributarios*, artículo 31.

19. *Código de Normas y Procedimientos Tributarios*, artículo 116.

20. BLANCO RAMOS, Ignacio, *op. cit.*, p. 48.

21. *Procuraduría General de la República*, Oficio núm. 13-81, dirigido a la Dirección General de Hacienda el 21 de enero de 1981.
Citado por BRENES LEON, José Alberto y otros, *El Régimen de Exención de Tributos en Costa Rica*. San José, Seminario de Graduación para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981, pp. 130 y 131.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

vez, las posibilidades de actuación por la Administración.[22] En este sentido, no obstante interpretarse las normas tributarias con arreglo a los métodos admitidos por el Derecho Común, la analogía no puede crear exenciones.[23]

Desde el punto de vista hacendista, constituyendo los incentivos o estímulos una clase de los incentivos económicos *lato sensu,* las exenciones pueden catalogarse como gastos distributivos del Estado como una categoría de gastos intermedio entre los que vuelven a la economía nacional ingresos y utilidades que equivalen al menos a los que fueron sustraídos, y los gastos reales que originan una permanente disparidad entre la renta nacional y el producto social sin tomar en cuenta su forma de financiación.[24]

Se trata de una transferencia del poder de disposición de una persona a otra. En el caso del Estado como incentivador —cuyos fondos proporcionan los contribuyentes— la transferencia se hace al incentivado —productor, exportador, etc.—. Los incentivos constituyen de tal modo una subvención que se comprende dentro del cuadro de los gastos de distribución, configurando una categoría de ellos.[25]

***

22. *Ibídem*, p. 174.
23. *Código de Normas y Procedimientos Tributarios*, artículo 6.
24. GIANPIETRO BORRAS, Gabriel, *Incentivos Tributarios para el Desarrollo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1976, pp. 62 y 63.
25. *Ibídem*, p. 63.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

TRES TEMAS CONTROVERSIALES DE NUESTRO PROCESO PENAL

LIC. JOSE MARIA TIJERINO PACHECO
Subjefe del Ministerio Público.
Profesor de Derecho Procesal Penal

INTRODUCCION GENERAL

Diez años de vigencia del Código de Procedimientos Penales debieron haber sido suficientes para que tanto funcionarios judiciales como litigantes y profesores de Derecho Procesal Penal llegáramos a un consenso sobre aspectos básicos del sistema que ya está dejando de ser "nuevo". La experiencia diaria en los tribunales nos revela que ese consenso está muy lejos de ser alcanzado, pero no porque se sostengan tesis opuestas con mayor o menor fundamento sino porque son relativamente pocos quienes se han dedicado a estudiar en forma sistemática las distintas instituciones de nuestro proceso penal.

Los tres temas que a continuación se analizan sucintamente no tienen en común sino una cosa: la frecuencia con que en torno a ellos se presentan en la práctica cotidiana interpretaciones que nosotros juzgamos erradas.

Esa circunstancia común nos parece suficiente para discurrir sobre ellos con el afán de contribuir, en la medida de nuestras posibilidades, a un mejor conocimiento del sistema vigente desde 1975.

I. EL MAL LLAMADO "AUTO DE AVOCAMIENTO"

Creemos que se debe a Alfredo Vélez Mariconde la introducción en Costa Rica del uso del verbo "avocar" para designar la acción mediante la cual el juez instructor acoge un requerimiento fiscal de instrucción dando nacimiento al proceso penal.[1]

La expresión es definitivamente desafortunada, ya que en su primera acepción se refiere a una acción que se encuentra expresamente prohibida nada menos que en nuestra propia Constitución Política, la que en el artículo 155 reza: "Ningún tribunal puede avocar el conocimiento de causas pendientes ante otro. . .".

Según el diccionario de la lengua, "avocar" es "atraer" o llamar a sí un juez o tribunal superior, sin que medie apelación, la causa que se estaba litigando ante otro inferior". Como segunda acepción da la siguiente: "Atraer o llamar a sí cualquier superior un negocio que está sometido a examen o decisión de un inferior". "Avocamiento" es sinónimo de "avocación", y ésta, la acción y el efecto de avocar. Como puede verse, sea cual sea la acepción en que se haya usado para referirse a la génesis del proceso, el término en comentario resulta inapropiado en nuestro ordenamiento jurídico: ni puede actuarse en contra de lo que tan claramente

1. Vid. del citado autor *Derecho Procesal Penal*, 2a. edición corregida y aumentada, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969, t. II, p. 166. Otros procesalistas argentinos usan en el mismo sentido de Vélez los términos "avocar" y "avocamiento" (Vid. CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal* EDIAR, Buenos Aires, 1964, t. IV, p. 373; NUÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, anotado por dicho autor, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1978, p. 179).

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dispone la Constitución, ni el juez de instrucción es el superior del agente fiscal.

Pero no es solo su errada denominación (que ya fue objeto de crítica en un seminario de evaluación del actual sistema procesal penal, celebrado en la Corte Suprema de Justicia del 6 al 10 de julio de 1981) lo que atrae nuestra atención sobre ese auto que suele dictarse para iniciar el proceso. También nos interesa analizar la necesidad de su existencia, los efectos que produce, su naturaleza jurídica y las denominaciones que recientemente le han sido dadas por algunos de nuestros juzgados de instrucción.

En primer lugar debe señalarse que el proceso nace, con independencia absoluta de que un auto así lo establezca, en el preciso momento en que el juez de instrucción inicie la investigación de un hecho supuestamente delictivo mediante cualquier diligencia tendiente a ese fin, siempre que la actuación del juez responda a una excitativa del Ministerio Público, llamada técnicamente "requerimiento de instrucción formal", o a una prevención o información de la policía judicial (art. 187 CPP).

De lo anterior debe colegirse que es extemporáneo el rechazo del requerimiento de instrucción formal una vez que el juez ha asumido, expresa o implícitamente, la investigación del hecho a que el requerimiento dicho se refiera. El rechazo del requerimiento fiscal sólo procede *in limine* y únicamente cuando el hecho descrito en él sea atípico o cuando no se haya cumplido una particular condición de procedibilidad (art. 188 CPP).

Si la relación jurídica procesal se ha establecido y si en virtud de ella el proceso ha nacido, la consecuencia mayor de todo esto es que ese proceso sólo puede fenecerse en la forma establecida por la ley: mediante una sentencia (art. 105 CPP), que puede ser de sobreseimiento, de absolución o de condena.

Si bien no es necesaria ninguna resolución para que se inicie el proceso, por razones de orden y formalidad es aconsejable que se dicte una para que sea posible conocer con precisión el momento en que surgió a la vida jurídica aquél.

La naturaleza jurídica de esta resolución parece ser la de un auto, ya que implica una valoración del juez, no de prueba alguna, sino del encuadramiento de los hechos que debe contener el requerimiento (art. 170 CPP) en una figura penal.

Este auto, contrariamente o lo que a veces se da en la práctica judicial, no debe revocarse posteriormente si se encuentra prueba desincriminatoria, sino que ésta podría fundamentar una sentencia de sobreseimiento.

En lo que atañe a las nuevas denominaciones del auto en el ámbito judicial deben destacarse dos: "auto inicial" y "auto de vinculación procesal". La primera de ellas es simple y expresa claramente que con la resolución empieza el proceso; la segunda está inspirada en la más aceptada teoría sobre la naturaleza jurídica de éste. En nuestro criterio, ambas son aceptables. Durante la vigencia del código de 1910 se usó la muy castiza expresión "auto cabeza de proceso", la que gráficamente indicaba que con esa resolución se daba inicio a un proceso. Cualquiera que sea la denominación que se le dé a este auto, siempre será mejor que la de "avocamiento", por desdicha aún en boga en algunos tribunales de la República.

II. LA INTIMACION AL IMPUTADO: ¿REQUISITO DE SU SOBRESEIMIENTO?

Es corriente en nuestro medio, y así lo han sostenido resoluciones recientes de algunos tribunales de apelación, el criterio de que no se puede sobreseer a quien no se ha recibido declaración como imputado[2] o al menos se le ha invitado a declarar.

Dicho criterio parece fundarse en la creencia de que mientras el imputado no declare, o al menos no haya sido instruido de cargos (intimado), no adquiere la condición de tal; o quizás en la de que mientras aquello no suceda no existe aún proceso, condición indudablemente indispensable para que pueda dictarse un sobreseimiento.

Ni una ni otra creencia es correcta. La condi-

2. "Indagatoria" se suele decir, pese a lo impropio del vocablo en un sistema como el nuestro en el cual el imputado tiene absoluta libertad para declarar o abstenerse de hacerlo, y en el cual las preguntas del instructor son posteriores a la declaración (art. 279 CPP). El mismo texto del artículo citado incurre en la imprecisión señalada, que es además contradicción en él por llamar "indagado" a quien aún no se ha hecho ninguna pregunta o indagación relativa al objeto del proceso.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción de imputado se adquiere en el instante mismo en que se es objeto de una imputación, entendiendo por tal la atribución de un hecho delictivo a una persona determinada por parte de la policía judicial[3] o del Ministerio Público.[4] El requerimiento de instrucción formal es un claro ejemplo de imputación.

En cuanto a la existencia o nacimiento del proceso, debe indicarse que éste se da, como ya señalamos al abordar el tema anterior, en el instante mismo en que el juez de instrucción admite un requerimiento de instrucción formal o una prevención o información de la policía judicial (art. 187 CPP) o cuando el agente fiscal inicia la información sumaria.

El artículo 318 del Código de Procedimientos Penales establece que el sobreseimiento podrá ser dictado "en cualquier estado del proceso". Lo único que se requiere es la existencia de un proceso[5] y la de un imputado concreto, ya que de la lectura del artículo 319 se deduce que en nuestro sistema no existe el llamado por un sector de la doctrina[6] sobreseimiento absoluto (al que nosotros preferimos llamar objetivo), y que no es otro que el que se dicta no en relación con un imputado, sino en relación con el objeto procesal sin determinación concreta de imputados.

Tanto Raúl Eduardo Torres Bos,[7] como Jorge Clariá Olmedo[8] y Ricardo C. Núñez[9] son categóricos en señalar que la intimación (o la declaración del imputado) no es requisito del sobreseimiento.

Enriquecedor sería para nosotros que quienes en nuestro medio sostienen la tesis contraria la acompañaran de razones cuando lo exponen.

III. LA IRREVOCABILIDAD DE LA PRORROGA EXTRAORDINARIA

Pocas instituciones de nuestro proceso penal han sido tan mal interpretadas como la prórroga extraordinaria de la instrucción, y en pocas como en ella los errores se han propagado más y han encontrado tan fuerte arraigo entre funcionarios judiciales y abogados litigantes.

De poco ha servido que en nuestros medios judicial, forense y universitario hayamos contado desde fecha muy reciente a la promulgación del código de 1973 con la magnífica monografía de José Ignacio Cafferata Nores *Prórroga extraordinaria de la instrucción,*[10] donde magistralmente son expuestos los fundamentos de la institución.

La experiencia revela que uno de los aspectos más cuestionables del auto de prórroga extraordinaria en la "praxis" costarricense es su pretendida revocabilidad. Antes de tratar de demostrar el error doctrinario de esa posición, es oportuno buscar explicación al hecho de su amplia difusión.

El razonamiento generalizado es el siguiente: el auto de prórroga extraordinaria se dicta ante la insuficiencia de prueba para elevar la causa a juicio o para dictar sentencia de sobreseimiento; si después de haberse dictado ese auto la situación probatoria cambia de manera tal que sea posible dictar el auto de procesamiento, indispensable para pasar a la etapa de juicio, debe revocarse el auto de prórroga extraordinaria por ser incompatible con la nueva situación de la prueba.

Se admite sin discusión que tanto para dictar procesamiento como para elevar la causa a juicio debe el juez fundar su decisión en la probabilidad de la existencia del hecho delictivo y de la responsabilidad en éste del imputado. Asimismo, que

3. Por eso consideramos errónea la expresión "presunto imputado" usada en los informes del Departamento de Investigaciones Criminales del Organismo de Investigación Judicial (O.I.J.).
4. En las causas por delitos de acción privada el imputado toma el nombre de "querellado" y la "querella" es la imputación.
5. El sobreseimiento es una resolución que pone fin al proceso, por ello no puede concebirse fuera de un proceso.
6. Vid. CHICHIZOLA, Mario I. "*Sobreseimiento*", en Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, 1977, t. XXV, p. 658.
7. *El sobreseimiento*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, p. 45.
8. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1964, t. IV, p. 310.
9. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, anotado por Ricardo C. Núñez, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1978, p. 293.
10. Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba (R.A.) 1972, 30 pp.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

si esa probabilidad no se deduce de la prueba, como tampoco la evidencia desincriminadora que haría procedente el sobreseimiento, corresponde dictar autos de falta de mérito y de prórroga extraordinaria en su respectiva oportunidad, es decir, dentro de los seis días después de la intimación[11] y al final del período ordinario de la etapa de la instrucción. Si después del auto de falta de mérito, antítesis del auto de procesamiento, no cambia cualitativamente la prueba del proceso y, habiendo vencido el plazo ordinario de la primera fase de éste, no hubiere más prueba por evacuar, debe dictarse auto de prórroga extraordinaria.

Por el contrario, si al auto de falta de mérito sigue recepción de elementos probatorios que permitan fincar un juicio de probabilidad incriminatoria, debe revocarse el auto de falta de mérito para dar paso a uno de procesamiento.

Aparece en esa forma el auto de prórroga extraordinaria como opuesto o antitético del auto de procesamiento y asimilado al de falta de mérito. Esta identificación con el último se reafirma cuando se observa que no sólo nacen ambos de situaciones probatorias iguales, sino que también en virtud de ellos debe restablecerse la libertad al imputado.

Se olvida, sin embargo, el principal efecto del auto de prórroga extraordinaria: el hacer posible que el proceso continúe en la etapa de instrucción. Así, pues, es gracias a la existencia de un auto de esta naturaleza que el proceso continúa vivo sin que haya pasado a la etapa de juicio, y que dentro de él se pueda recibir nueva prueba y *dictar nuevas resoluciones* incluyendo, desde luego, un auto de procesamiento, una elevación a juicio (mediante providencia o auto, según corresponda) o una sentencia de sobreseimiento.

No existe, entonces, incompatibilidad alguna entre los autos de prórroga extraordinaria y procesamiento, puesto que el segundo, cuando se dicta en el periodo extraordinario de la instrucción, presupone la existencia del primero para poder a su vez existir.

Si se revoca el auto de prórroga extraordinaria se revocan todos sus efectos, inclusive el de prolongación de la etapa instructiva, de donde devendría la anómala situación de prueba recibida y resoluciones dictadas fuera de la instrucción y fuera de la etapa de juicio, es decir, fuera del proceso. Esta situación se podría simbolizar en forma muy gráfica con el caso del leñador que corta la rama del árbol en que se encuentra subido. . . cuando pretendía seguir cortando el árbol.

Otro aspecto que con harta frecuencia es olvidado en algunos de nuestros tribunales es el de que una resolución que ha adquirido firmeza es irrevocable, salvo las excepciones que atañen al instituto de la revisión.

Sobre este particular BELING señala: "La resolución firme se mantiene por su misma firmeza, aunque después resultase que se ha basado en un error. Toda rectificación de su contenido queda prohibida".[12]

En consecuencia, si el auto de prórroga extraordinaria no fue impugnado en el plazo de ley, o habiéndolo sido fue confirmado por el tribunal de apelaciones, no puede ser revocado, sea cual sea la situación probatoria que luego se llegue a producir.

Otra es la condición de los autos de falta de mérito y de procesamiento, que por referirse a la situación del imputado[13] sobre un criterio esencialmente provisional, puesto que responden a una situación probatoria cambiante, son esencialmente modificables y revocables por expresa disposición legal (art. 290 CPP).

De todo lo anterior cabe concluir lo siguiente: el auto de prórroga extraordinaria sólo es revocable en virtud de un recurso de apelación; si adquiere firmeza, su existencia se mantendrá sean cuales sean las modificaciones que sufra la situación probatoria que le dio origen.

---

11. No es correcto decir, como lo dice el artículo 286 CPP, que el plazo aludido se cuenta "desde la declaración del imputado", puesto que éste puede abstenerse de declarar (art. 278). El artículo 287 rectifica el error: ". . .o sin que conste su negativa a declarar".

12. *Derecho Procesal Penal*, traducción de Fenech, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1943, p. 196.

13. El auto de prórroga extraordinaria hace referencia al estado de la causa y no a la situación jurídica del imputado, que mantendrá durante el período extraordinario de instrucción su condición de procesado o no procesado. No es, entonces que el auto de falta de mérito se "transforma" en auto de prórroga extraordinaria, ni que el auto de procesamiento cede lugar a éste (aunque sí pierde la condición de poder legitimar la prisión preventiva). Por eso es que la doctrina argentina se ha inclinado a considerar innecesario un nuevo auto de procesamiento durante la prórroga extraordinaria de la instrucción, si al auto que decretó la prórroga había precedido el procesamiento. No cabe hablar de "prorrogado" como se habla de imputado, procesado, acusado, sobreseído, condenado y absuelto para referirse al sujeto pasivo de la acción penal; como tampoco cabría hablar de "elevado a juicio" o de "casacionado" para referirse al mismo sujeto procesal.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFIA

BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*, traducción y notas de Fenech, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1943, 437 pp.

CAFFERATA NORES, José Ignacio. *Prórroga extraordinaria de la instrucción*. Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones, Córdoba (R.A.), 1972, 30 pp.

CLARIA OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1964, t. IV, 667 pp.

CHICHIZOLA, Mario I. *"Sobreseimiento"*, en Enciclopedia Jurídica OMEBA, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1977, t. XXV, 11 pp.

ESCUELA JUDICIAL, "Seminario de evaluación del sistema procesal penal (del lunes 6 al viernes 10 de julio de 1981). Lista de temas propuestos", s.l.e., S.f.e., 5 pp.

NUÑEZ, Ricardo C. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, anotado por Ricardo C. Núñez, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1978, 720 pp.

TORRES BAS, Raúl Eduardo. *El sobreseimiento*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1971, 221 pp.

VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*, 2a. edición corregida y aumentada, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1969, t. II, 542 pp.

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LOS REFUGIADOS EN AMERICA CENTRAL

LIC. RODOLFO ANTONIO PARKER SOTO

INDICE

Pág.

I. Introducción 84
Presentación 84
Generalidades 84
Causas internas que condicionan emigraciones masivas 85
Causas externas que condicionan emigraciones masivas 85
Acotación 86

II. Precisiones terminológicas 87
Ambito de América Latina 87
Asilo 87
Asilo político o diplomático 87
Asilo territorial o refugio 87
Ambito de las Naciones Unidas 88
Asilo 88

III. Desarrollo 88
Generalidades 88
Problemática 89

IV. Bibliografía 90

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. INTRODUCCION

Presentación

Nos hemos propuesto elaborar una monografía breve y de fácil acceso, pero que a la vez recoja los aspectos fundamentales sobre la problemática de los refugiados, de tanta actualidad en América Central.

Nuestra finalidad es proporcionar a cualquier persona que comparta esta inquietud, los instrumentos básicos necesarios para una amplia comprensión del tema.

Aspirando inicialmente a presentar un enfoque eminentemente técnico, enfrentamos una interrogante producto de nuestra formación académica: ¿Cómo hablar de los refugiados sin hacer referencia a las causas que originan el fenómeno? . . .

En respuesta a ello, nos decidimos por acomodar un poco a la fuerza en esta introducción, aunque sea un modesto esbozo sobre lo que a nuestro parecer constituyen las causas del problema, que consideramos son las mismas que condicionan la crisis centroamericana en su globalidad. Los refugiados vienen a ser pues, solo una de las manifestaciones de ésta.

Por consiguiente, desde ya advertimos al lector, que en la parte introductoria del trabajo no perseguimos intersubjetividad, sino sólo estampamos, dentro de las reglas del juego democrático, lo que es nuestra perspectiva alcanzada por la observación de los fenómenos sociales acontecidos. Sepa entonces él distinguir, para evitar un malogro del documento, lo que son, por decirlo así, simples puntos de vista.

Generalidades

Dentro del contexto de la historia contemporánea, numerosos grupos de personas han emigrado de sus países como resultado de conflictos y persecuciones. Estos buscan sea el restablecimiento de sus libertades fundamentales, caso les hubieren sido limitadas, sea tranquilidad y trabajo, virtualmente perdidos por la situación en que vivían.

La Segunda Guerra Mundial, antecedente grosero de la humanidad, produjo la emigración de cientos de miles de individuos, para quienes era una necesidad vital el que fueran acogidos en otros territorios, tal cual fueron, en México y otros países del Continente Americano. Pero esto ya es historia. Han transcurrido treinta años de paz en el Continente Europeo, el mayormente afectado por el conflicto bélico, aún cuando se encuentra dividido por ideologías. Tal como dijera el filósofo Recasens, "allí donde por largos años se presenció día a día el ultraje constante y masivo a la justicia y a todos los valores éticos, el mero imperio de la fuerza bruta puesta al servicio de la degradación del hombre, allí se vuelve la vista hacia las pautas que deben inspirar el orden jurídico, se vuelve a pensar en el Derecho Natural, para salir de la tragedia y evitar que ésta se pueda repetir".[1]

¿Casualidad o no? América Latina al igual que otros puntos geográficos, prácticamente jugaron un rol de testigos y no de protagonistas de la Segunda Guerra Mundial: la tragedia vivida no fue realmente su tragedia, y alejados de ella, no escarmentaron como para tomar las pautas necesarias en lo económico, social, político y jurídico, que vinieran a propiciar la efectividad pragmática de los derechos humanos, permitiendo la dignificación del hombre.

Así, encontramos un segundo período de "éxodos masivos" ocasionado a raíz de los acontecimientos de Bolivia (1972), Chile y Uruguay (1973), cuyos emigrantes fueron recibidos originalmente en países de América Latina, para luego muchos de ellos trasladarse a otros continentes por no haber encontrado allá lo que buscaban.

Actualmente y desde 1978, el problema de América Latina se ha desplazado a América Central, sin querer con ello significar, que en los demás países del subcontinente, por lo menos en la mayoría de ellos, existen condiciones que les dejan salvos de producir emigraciones masivas. Primeramente se trató de nicaragüenses que emigraron a Costa Rica (en su mayoría), Honduras, México y Panamá; problema que ha encontrado solución parcial mediante la repatriación voluntaria. La corriente actual de emigrantes proviene sobre todo de El Salvador, dejando de un lado el reciente éxodo de Cuba y Haití y los indicios de la repetición del problema nicaragüense.

En lo que respecta a este tercer período, hablamos de la tragedia de más de un millón de

1. RECASENS SICHES Luis, *Filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1973, pp. 553-554.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

personas desplazadas de la región,[2] que han emigrado de sus casas y países por la violencia o simplemente por el temor a ella, tengan o no strictu sensu la calidad de "refugiados". El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados brinda asistencia considerable a estas personas en proyectos hasta de largo plazo, pero actualmente registran únicamente 326.504, de las cuales sólo 88.332 son asistidas, y a éstas, si bien la ayuda que reciben les permite subsistir, no les otorga per se el pleno goce de sus libertades fundamentales ni les priva de discriminaciones. Para los Estados aislantes, —al menos es el criterio de los mismos—, los refugiados son una carga social.

De ahí que vemos como única solución verdadera al problema de los refugiados, la repatriación voluntaria. Esto significa que, para que estas personas recuperen su dignidad, han de poder retornar a sus casas y países, y permanecer en ellos. Significa pues, que para terminar verdaderamente con el problema de los refugiados en América Central, han de desaparecer las *causas esenciales* que condicionan la crisis en la región, que en definitiva son las mismas que producen refugiados. Nosotros subdividimos estas causas esenciales en *internas* y *externas*.

Causas internas

La Centroamérica de hoy[3] es el producto, en su homogeneidad o heterogeneidad,[4] de la conquista de que fue objeto, de un sistema colonial impuesto por los españoles basado en latifundios agrícolas y en la explotación de la mano de obra india. A través de las generaciones se vino manteniendo un régimen de desigualdades en lo económico, en lo cultural y en lo político. Estas prácticas sociales continuaron por tres siglos de dominación española, sin que realmente desaparecieran con la proclamación de la independencia de la región en 1821, tal cual vino, con el surgimiento de las Provincias Unidas de Centroamérica, ni con la disolución de la unión en 1823. En las cinco "ciudades-Estado" autodenominadas repúblicas, se mantuvieron características del periodo colonial, que aún hoy, aunque en menor grado encontramos:[5]

- Economías basadas en la agricultura de plantación.
- Concentración de grandes haciendas en pocas manos (excepto en Costa Rica).
- Sociedades careciendo de clases medias y vigorosas (nuevamente con excepción de Costa Rica) y dominadas por las élites de terratenientes.
- Comunicaciones inadecuadas con el interior de la región y un relativo aislamiento del mundo exterior.
- La costumbre de un gobierno autoritario; y
- Una confianza profundamente arraigada en la jurisdicción estatal centralizada, y tolerancia de la corrupción.

Estas estructuras tan arraigadas heredadas de los conquistadores españoles, que se traducen en injusticias, pobreza, frustración de expectativas y sistemas políticos cerrados,[6] constituyen a nuestro parecer, las causas esenciales internas que han condicionado la actual crisis centroamericana.

Causas externas

Así como ocurre entre los individuos inmersos en sociedades-Estado, todos queriendo simultáneamente poseer más, un verdadero *conflicto de intereses,* dado que no se ha descubierto la fórmula para dar a cada quien todo lo que demanda, por la misma naturaleza escasa de los bienes, sucede entre Estados, queriendo obtener la mayor cuota posible de la renta mundial. De esto ha resultado que la brecha entre los ingresos de los países desarrollados y los de los países en desarrollo se ha venido ampliando continuamente. Estos países menos desarrollados (de Africa, Asia y Latinoamérica) alojan más de la mitad de la población mundial, pero reciben solamente el 14% del producto mundial. La mayoría de sus habitantes todavía vive bajo condición de extrema pobreza y su futuro no parece muy brillante. Su ingreso

2. Dato extraído del "Informe Kissinger", Editorial Diana, México, 1984, Primera edición, cap. 5, p. 109.
3. Entiéndase como la región que se integra por las cinco Naciones de la Organización de Estados Centroamericanos.
4. En Costa Rica el impacto español fue más débil por su escasa población indígena, poco oro y plata y situación lejos de los principales centros del poder español.
5. "Informe Kissinger", *op. cit.*, cap. 3, p. 23.
6. Excluimos a Costa Rica, por lo supramencionado y porque después de la Guerra Civil de 1948 llegó a una fórmula democrática.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

anual per cápita es aproximadamente de US $ 350, que actualmente es menos del 8% del ingreso per cápita anual en el mundo desarrollado.[7]

Lejos de que las economías de los países en desarrollo despeguen sus relaciones de intercambio comercial se deterioran paulatinamente; tienen que exportar cantidades crecientes de sus productos agrícolas y primarios, a cambio de las mismas importaciones provenientes de los países industrialmente avanzados.

Esta situación se ve agravada en períodos de recesión mundial, puesto que son estos países desarrollados quienes, por la inelasticidad en la demanda de sus productos de exportación, están en mejor capacidad de proteger sus balanzas de pago. Para el caso, al encarecerse recientemente el petróleo, decayó la demanda mundial de productos de exportación claves para América Central (café, banano, algodón, azúcar y carne), provocándose una drástica caída en el poder de compra de la región. Y como resultado, Centroamérica "tendría que exportar actualmente 50% más de lo que exportó hace 5 años a fin de adquirir los mismos bienes en el Mercado Mundial. . .".[8]

Vemos en estas relaciones de intercambio comercial internacional, como han sido referidas las causas esenciales externas que, íntimamente vinculadas con las que denominaremos causas esenciales internas, han condicionado la crisis que vive la América Central.

Acotación

Así encontramos una América Central en que los gobernantes luchan por reformas sociales, económicas y políticas para convertir en verdadera historia las estructuras postcolonialistas y lograr una mejor distribución de la riqueza, como un reflejo de la conciencia que las nuevas generaciones adquieren a fuerza de los hechos, cual reacción al pasado de injusticias y desigualdades y como única alternativa ante la acechanza comunista.

Una América Central en que se adopta la estrategia de la producción eficiente aprovechando las ventajas comparativas, para mejorar las relaciones de intercambio comercial internacional, abandonando anteriores estrategias económicas de "sustitución de importaciones" que protegen la producción ineficiente e impiden la "proyección para afuera".

Pero una América Central que sufre violencia y convulsiones sociales, que no sólo responden a esas causas esenciales internas y externas, sino que, además por tener connotación de "teatro de guerra", de objetivo estratégico-militar de las superpotencias, al conflicto Este-Oeste. No es posible pues, al menos probable, aspirar a una solución inmediata o a corto plazo en esa enmarañada problemática que azota a la región.

Consecuentemente, aunque hemos destacado la repatriación voluntaria como única solución verdadera al problema de los "refugiados", éstos son y seguirán siendo una dramática realidad, en la medida que las causas que los producen no desaparezcan o al menos tiendan verdaderamente a desaparecer.

Esto nos lleva a concluir que estamos hoy por hoy, condenados a convivir con el problema de los "refugiados", lo que significa que hemos de darle respuesta tal como se nos presenta. No podemos perder de vista que una gran cantidad de "refugiados", sino la mayoría de ellos, huyen de sus territorios simplemente por temor. Así vistas las cosas, esa gran cantidad de emigrantes no clasifica dentro del concepto técnico-jurídico de "refugiados". Pero más que temeridad, sería irresponsabilidad grave, si un Estado se atreviera a asumir esto y se negara a recibir a esas personas, o más grave aún, si las devolviese al territorio de su procedencia.

Por tanto, es la *respuesta pragmática* de los Estados, la que habrá de contribuir a la evolución de una serie de conceptos en torno a esta problemática, principalmente los de "asilo" y "refugiado".

Encontramos estos términos en los instrumentos internacionales y las medidas legislativas o administrativas adoptadas en beneficio de esta categoría especial de "emigrantes-inmigrantes", que dicho sea de paso, recientemente han recibido, por la magnitud del fenómeno con razón, la denominación de "Derecho de los Refugiados".

---

7. ÇHACHOLIADES Miltiades, *Economía Internacional*, Mc. Graw-Hill, Madrid, España, 1982, pp. 173 y ss.
8. "Informe Kissinger", *op. cit.*, cap. 4, p. 56.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

II. PRECISIONES TERMINOLOGICAS

AMBITO DE AMERICA LATINA

Asilo

El "Tratado de Derecho Penal Internacional" de Montevideo de 1889 usa la expresión genérica de "asilo" como denominación del título II, incluyendo los casos de asilo territorial (arts. 15—17) y de asilo diplomático (político).

La "Convención sobre Asilo" de La Habana de 1928 se denomina "Asilo" y esta denominación está empleada como sinónimo de asilo diplomático (político).

La "Convención sobre Asilo Político" de Montevideo de 1933, utiliza en ciertos casos la expresión "asilo" como sinónimo de asilo político (art. 2).

La "Convención sobre Asilo Diplomático" de Caracas de 1954, usa el término "asilo" en el sentido de asilo político o diplomático.

La "Convención sobre Asilo Territorial" de Caracas de 1954, usa el vocablo "asilo" significando "asilo territorial".

Se concluye que en América Latina, utilizar la expresión "asilo" sin calificativo alguno, puede comprender al asilo político (diplomático) y el asilo territorial; o bien sólo a uno de estos dos tipos de asilo, dependiendo de la convención de que se trate.

Observamos que en esta región se han distinguido dos formas de asilo particularmente regulados:

a) Político o diplomático; y
b) Territorial o refugio (Sinonimias que adelante aclararemos).

Asilo político o diplomático.

En la "Convención sobre Asilo" de La Habana de 1928, en sus artículos 1, 2 y 3 se prescribe que el asilo buscado en *legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares,* debe ser respetado en cuanto a personas acusadas por delitos políticos.

En la "Convención sobre Asilo Político" de Montevideo de 1933, que se reconoce al Asilo Político como una institución de carácter humanitario no sujeta a reciprocidad, se interpreta que el asilo buscado en *legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares,* solo debe ser respetado para personas perseguidas por delitos políticos.

En la "Convención sobre Asilo Diplomático" de Caracas de 1954, se regula el asilo en *legaciones, embarcaciones de guerra, campamentos o aeronaves militares,* en el sentido que debe ser respetado para personas perseguidas por motivos o delitos políticos.

Los tres instrumentos indicados fueron adoptados a nivel interamericano; presentando la misma idea directriz, los documentos subregionales que se citan a continuación:

- El "Tratado General de Paz y Amistad Centroamericana" de 1907.
- La "Convención Bolivariana" de 1911, artículo 18.
- La "Convención sobre Asilo y Refugio Políticos" de Montevideo de 1939, Capítulo I.

De todos estos convenios se desprende, que en América Latina, tanto el asilo político como el asilo diplomático, se refieren al que es otorgado en *legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares de un país extranjero,* a personas que *son perseguidas sea por delitos políticos, o simplemente por motivos políticos* (según convenio que se aplique); de manera que es lo mismo hablar de "asilo político" que de "asilo diplomático", pues se califica o comprende la misma situación.

Asilo territorial o refugio.

El "Tratado de Derecho Penal Internacional" de Montevideo de 1889, artículo 16, denomina "la nación de refugio" al Estado que concede asilo en *su territorio* a los perseguidos por delitos políticos.

La "Convención sobre Asilo"de La Habana de 1928, artículo I, párrafo 3, prevé la existencia del "refugio *en territorio extranjero",* al que denomina "país del refugio", reservado para causales por delitos políticos.

La "Convención sobre Asilo Territorial" de Caracas de 1954, artículo 9, *usa la expresión refugio como sinónimo de asilo territorial,* el cual se puede conceder a personas perseguidas por motivos o delitos políticos.

Con este enfoque podemos acotar afirmando, que en América Latina, hablar de "refugio" llanamente, equivale a asilo territorial, el cual es otorgado en territorio extranjero a personas que *son perseguidas sea por delitos políticos o simple-*

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mente por motivos políticos (según convenio que se aplique).

Salta a la vista que en América Latina el asilo político o diplomático y el asilo territorial o refugio, se diferencian esencialmente porque mientras el primero es otorgado en legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares de un país extranjero, el segundo lo es en territorio extranjero. Y por otra parte, coinciden en cuanto a las causas por las cuales se conceden: delitos políticos o motivos políticos.

En adición, resulta evidente, que el primer tipo de asilo puede ser el pórtico o primera etapa del asilo territorial o refugio.

América Latina es hoy la única región del mundo en la que ambas clases de asilo han sido objeto de regulación convencional, determinándoseles su régimen jurídico respectivo. *Fuera de esta región, en lo que se refiere al asilo diplomático, el instituto no está reconocido y reglamentado por el derecho internacional positivo.*

Sin embargo, hay que destacar que fuera de América Latina, en nuestra época, se ha aplicado y *reconocido de facto,* el asilo diplomático: casos de asilo en Madrid durante la Guerra Civil Española, 1936–1939; el caso del Cardenal Mindszenty, a quien se le otorgó asilo en la Embajada de los Estados Unidos de América en Budapest, 1949; casos en varias embajadas en Roma entre setiembre de 1943 y junio de 1944; y en Santiago de Chile después del 11 de setiembre de 1973.

AMBITO DE LAS NACIONES UNIDAS.

Asilo

La Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General del 14 de diciembre de 1967 que aprobó la "Declaración sobre Asilo Territorial", se refiere, como su nombre lo indica, sólo a este tipo de asilo. (Preámbulo, párrs. 1 y 5 y art. 1).

Es la misma terminología utilizada en el Proyecto de Convención sobre Asilo Territorial que comenzó a elaborar, sin llegar a adoptar, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial de 1977.

Esta terminología es igual a la que usa el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que habla sólo de asilo, refiriéndose únicamente al asilo territorial.

La "Convención sobre el Estatuto de los Refugiados" de Ginebra de 1951, en el párrafo cuarto de su preámbulo, emplea el término asilo como sinónimo de asilo territorial.

Puede concluirse por tanto, *en cuanto a la terminología,* que mientras en Latinoamérica el término "asilo" tiene varias acepciones, en las Naciones Unidas debe entenderse sólo como asilo territorial; y que esta última expresión tiene el mismo sentido en ambos sistemas: se otorga en el territorio de un Estado extranjero.

Ahora que, por otra parte, si bien el asilo territorial o refugio del sistema latinoamericano y el asilo (exclusivamente territorial) o refugio en el ámbito de las Naciones Unidas, coinciden en cuanto que se otorgan en el territorio de un Estado extranjero, se diferencian en cuanto a las causales por las cuales se otorgan. Así, en aquel sistema se concede únicamente a personas *perseguidas por motivos o delitos políticos* (convenciones americanas supramencionadas); en el de las Naciones Unidas, basta para que se otorgue, que *existen fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas* ("Convención sobre el Estatuto de los Refugiados" de Ginebra de 1951).

III. DESARROLLO

Generalidades

Hasta hoy nos permitimos referirnos al sistema latinoamericano, particularizándolo y distinguiéndolo del sistema de las Naciones Unidas, pero que no se entienda que creemos en la existencia de un "Derecho Internacional Americano", al contrario, ello resultaría peligroso.

Y bien, como el Derecho Internacional es uno, éste es, en su conjunto (valga la redundancia), el que hemos de aplicar para dar respuestas a nuestro problema: 326.504 personas[9] desplazadas de sus territorios de origen, ubicadas en Centroamérica, Panamá y México, tengan la calidad de "refugiados" o no.

9. Quedándonos con la cifra oficial de ACNUR.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Las escasas perspectivas de elaboración de nuevos textos sobre asilo territorial en América Latina, hacen que el futuro de la protección de esas personas se encare logrando una amplia vigencia de la "Convención sobre el Estatuto de los Refugiados" de Ginebra, de 1951,[10] y en adición, de su Protocolo en vigor desde el 14 de octubre de 1967, que básicamente amplía el alcance *ratione personae* de la Convención, al suprimir el plazo del 1 de enero de 1951 que figura en la definición del término "refugiado", en el párrafo 2 de la parte A del artículo 1, haciendo así que la Convención sea aplicable a nuevos grupos de refugiados, es decir, a personas que pasaron a ser refugiados a consecuencia de acontecimientos ocurridos después del 1 de enero de 1951.

¿Por qué decimos que el futuro de la protección de aquellas 326.504 personas depende de una amplia vigencia de la Convención y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados?. . .[11]

Simplemente porque el concepto de "refugiado" es extensivo en relación al contenido en los convenios adoptados dentro del marco latinoamericano (aunque restrictivo en relación a la "Convención que rige los aspectos propios de los problemas de los refugiados de Africa", aprobada por la Organización de la Unidad Africana —OUA— en 1969; según veremos adelante).

Esbozado así el marco jurídico internacional aplicable para la protección de esas personas que masivamente han abandonado sus territorios de origen,[12] pasamos a enfrentar el problema más de cerca, en forma tangible.

El derecho interno de los Estados (desde ya anotamos que es precario en esta materia), es el nivel en que, en definitiva, se materializa la protección y el trato de los refugiados. Cualesquiera que sean las obligaciones asumidas por los Estados o los derechos humanos que puedan reconocer, lo que verdaderamente cuenta, es la forma en que todo eso se traduce en la ley, y *más específicamente, en la práctica nacional.*

¿Qué suerte corre una persona en busca de asilo, "refugiado" o no, frente a las autoridades de la administración pública, desde los empleados de Migración hasta los Directores Generales y Ministros?. . .

Esto es lo que interesa para poder enfocar adecuadamente los problemas de los refugiados (lo sean o no).

Problemática

Concretamente, cuáles son los problemas que se presentan, es lo que tratamos a continuación, más que en forma explicativa, indicativa, dada la naturaleza del presente informe.

Inicialmente, no podemos perder de vista, —como dijimos en la introducción—, que muchas de las 326.504 personas a que nos referimos anteriormente, no han sido desplazadas de sus territorios de origen por ser perseguidas por motivos o delitos políticos,[13] o ni tan siquiera por fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.[14]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo (art. 22.7),[15] pero no indica, ni tampoco algún otro convenio o precepto consuetudinario, que sea oponible a un Estado. Debe entenderse entonces que la persona que ejerce ese derecho cumple un acto legítimo, no pudiendo ser sancionada por ello.

Quizás el perfil más adecuado de esta cuestión, es partir de otro supuesto, el del derecho del Estado a admitir en su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que el ejercicio de este derecho pueda dar lugar a reclamación alguna.

Esta idea de que es un acto soberano de los Estados admitir en su territorio a las personas que juzguen conveniente; o sea, de que no tienen el deber de conceder asilo territorial a quien ejerce su derecho de buscarlo, tiene respaldo convencional

10. Entró en vigor desde el 21 de abril de 1954: ratificada al 1 de enero de 1982 por 90 Estados, de entre ellos 15 de América Latina, faltando actualmente de Centroamérica sólo Honduras —y Belice—.

11. Tener en cuenta que en Centroamérica faltan las ratificaciones de Honduras (y Belice).

12. Entiéndase país de su nacionalidad, o careciendo de ésta, país donde antes tuvieran su residencia habitual (art. 1, parte A. párrafo 2, Convención sobre El Estatuto de los Refugiados, 1951).

13. Causales por las que se otorga el asilo territorial en el ámbito de América Latina.

14. Causales por las que se otorga el asilo territorial en el ámbito de las Naciones Unidas.

15. Esta fórmula es análoga a la del artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y a la del artículo XXVII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en la Convención de Caracas de 1954 (art. 1).[16] La Convención de 1951 no tipifica como un derecho la obtención del refugio. Se limita a definir el término refugiado y determinar a quiénes les son aplicales y a quiénes no las normas de la Convención (art. 1).

Conceder el asilo territorial, calificar la existencia o inexistencia de las causales que lo motivan es pues, atribución del Estado.

En este orden de ideas, un Estado perfectamente puede otorgar asilo territorial a personas que a los efectos de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 no tengan la calidad de refugiados; y a la inversa, también puede calificar a una persona como refugiado, pero abstenerse de concederle dicho asilo (en el sentido de permanencia).

Ahora, si un Estado califica la calidad de refugiado a una persona, y además le concede asilo (territorial), no puede —o al menos no debe— sustraerse de reconocerle los derechos inherentes a su calidad.

Lo que en cualquier caso un Estado no puede —o al menos no debe hacer—, es poner en modo alguno a un "refugiado", en contra de su voluntad, en un territorio donde tema sufrir persecución, sea por expulsión o devolución ("refoulement"). En esto consiste el principio de no devolución o "non refoulement", reconocido en distintos instrumentos.[17]

Aparte del derecho inderogable antes indicado, sobre el cual no quedan dudas, cabe preguntarse ¿qué otros derechos tienen los refugiados, cuál es su *status* jurídico en el Estado asilante?. . .

Si aplicásemos la Convención de 1951 y su Protocolo no tendríamos problema para saberlo (se reconoce explícitamente una serie minuciosa de derechos). Pero aún en este caso, sin un reglamento o ley de aplicación interna, los efectos de la Convención podrían ser nulos. Y con todo ésto, sin la buena voluntad de la administración pública, también serán nulos.

En América Central se redujeron los problemas con las ratificaciones de la Convención de 1951 y su Protocolo, en 1983, por parte de Guatemala y El Salvador.

Mencionamos los problemas que actualmente se podrían presentar si aplicásemos la Convención de 1951; si pensamos que hay Estados Latinoamericanos en que no la podemos aplicar, porque no la han ratificado, los problemas se multiplican.

La cuestión de adquirir la condición de refugiados y el *status* después de adquirida es un problema muy serio en América Central; muchas personas emigran de sus territorios simplemente en busca de tranquilidad y trabajo. . . la respuesta al problema puede ser, mientras se adoptaren nuevos instrumentos, una *práctica* pro homine de los Estados, aplicando los principios de reparto de carga y solidaridad internacional, esto es, como punto de partida reconociendo la calidad de "refugiado" a más personas. . .

Tengamos en cuenta en América Central, que la convención africana antes mencionada, incorporó una aunque no indiscriminada, sustancial adición al concepto que nos ocupa. En efecto en su artículo I numeral 2 dice:

> "El término 'refugiado' se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión, una ocupación o una dominación extranjera, o acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad".

IV. BIBLIOGRAFIA

"Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, Primera Edición.

CHACHOLIADES Miltiades, *Economía Internacional*, Mc. Graw-Hill, Madrid, España, 1982.

Documentación varia obtenida en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, con sede en San José, Costa Rica.

"Informe Kissinger", Editorial Diana, México, 1984, Primera Edición.

RECASENS SICHES Luis, *Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1973.

16. La misma idea se encuentra en el artículo 1 del Proyecto de Convención sobre Asilo Territorial de las Naciones Unidas, aprobado por el Comité de Redacción de la Conferencia de 1977.

17. Véase el "*Tratado de Derecho Penal Internacional*" de Montevideo de 1889 (art. 15), la "Convención sobre Asilo Territorial" de Caracas de 1954 (arts. III y IV) la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (art. 22, p. 8 y 9), y por supuesto la Convención de 1951.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LOS CONTRAVENTORES EN EL SISTEMA PENITENCIARIO

Psicól. Andrés Umaña di Palma

Asistentes:

Alfredo Chavarría Marín
Jorge Pérez Zúñiga
Ana Cristina Lí Núñez

INDICE

Pág.

Introducción 92

Marco de referencia 92

La población de contraventores en el sistema penitenciario 93

a) Estancias 93
b) Ingresos 93
c) Tiempo de permanencia 93
d) Las infracciones 95
e) El costo. 96

Análisis de los resultados. 96

Conclusión. 96

Recomendaciones 96

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCION

La Dirección General de Adaptación Social giró instrucciones al Departamento de Investigación Social y Estadística, para que llevara a cabo un estudio tendiente a conocer algunos rasgos o características de la población de contraventores recluidos en el Sistema Penitenciario.

Interesa conocer el significado que tiene para la Institución, atender a este tipo tan específico de infractor, en términos de costos humanos y materiales, con el propósito de contar con elementos de juicio objetivos que permitan una adecuada planificación de las actividades tendientes a atender a este importante conglomerado de personas.

El estudio de campo se efectuó en la Unidad de Admisión de San José, que es el establecimiento que contiene a la mayoría de los internos por contravención y es también donde se producen mayor cantidad de ingresos por dicha causa.

Las variables que se tomaron en consideración fueron las siguientes:

a) estancias en prisión
b) el proceso ingresos — egresos — traslados
c) tiempo de permanencia dentro del establecimiento penal
d) tipos de infracción
e) costo aproximado de atención.

Sobre la base de la información obtenida se espera rendir las recomendaciones más oportunas.

MARCO DE REFERENCIA

El Código Penal costarricense posee una estructura de clasificación bipartita, que ordena las infracciones en dos clases: delitos y contravenciones. Las primeras contienen la tipificación de los hechos punibles más graves, las contravenciones engloban a los tipos de hechos de poca gravedad; por lo general, éstas, se refieren a la violación de los reglamentos que aseguran el orden, la tranquilidad y la seguridad pública.

Las contravenciones son, esencialmente, infracciones de tipo administrativo, es decir, acciones contrarias al interés administrativo del Estado en su tarea de proteger a los ciudadanos y mantener un clima de bienestar social.

Según la teoría del hecho material, las contravenciones pertenecen a aquella clase de hechos punibles en los cuales se sanciona su ocurrencia, sin importar si el agente actuó con dolo o culpa; no interesa determinar la culpa o dolo, sino que se castiga el hecho material. En Costa Rica, el Código de Procedimientos Penales regula juicios por contravención (Libro III, título II, cap. III). Los conceptos de reincidencia, profesionalidad y habitualidad, no son aplicables a los contraventores; también para los efectos de inimputabilidad, son excluidos esta clase de infractores.

Por lo expuesto, pareciera que las medidas de seguridad tampoco son aplicables a los contraventores, sin embargo, el Código Penal (art. 378) dispone que se aplique Medida de Seguridad "a los enfermos alcohólicos, que cometan cualquier contravención de las señaladas en el Libro Tercero del Código Penal".

Existen las siguientes clases de contravenciones:

Contra las personas
Contra el honor
Contra las buenas costumbres
Contra el estado civil
Contra la inviolabilidad de terrenos, heredades o negocios
Contra la propiedad y el patrimonio
Contra el orden público
Contra la seguridad pública.

Como suele ocurrir con las tipificaciones, existe un claro predominio en la ocurrencia de unos hechos sobre otros, en el caso de las contravenciones las más frecuentes se producen contra el orden público y contra las personas.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA POBLACION DE CONTRAVENTORES EN EL SISTEMA PENITENCIARIO

a) Estancias

El volumen de la población de contraventores es de 139 individuos, según datos del mes de setiembre de 1984; este número ha permanecido estable durante los últimos 18 meses. La magnitud de los contraventores significa un 4 % de la población de adultos del Sistema Penitenciario. Contrario a lo que comúnmente se piensa, la población de contraventores está constituida por personas jóvenes: el 54 % son individuos menores de 31 años. Tan sólo un 13 % sobrepasa los 45 años de edad. La mayoría pertenece al sexo masculino y proceden del Area Metropolitana.

Casi todos los contraventores presentan múltiples ingresos a prisión y por lo general, permanecen en regímenes de mediana seguridad. A continuación se presentan los establecimientos penales que contienen contraventores y el número de ellos:

Unidades de admisión	Estancias permanentes
San José	48
Pérez Zeledón	7
Alajuela	2
San Ramón	4
San Carlos	4
Cartago	3
Heredia	1
Puntarenas	1
Limón	4
Centros agropecuarios	
Tierra Blanca	26
Jalaca	5
Buen pastor	12
Cárceles cantonales	22
Total	139

El número de estancias permanentes parece poco significativo si se toma en cuenta como un número estático, sin embargo dada la velocidad del proceso ingreso-egreso, se trata de una población bastante considerable, como se verá posteriormente.

b) Ingresos

Para el análisis de los ingresos, se realizó un estudio en la Unidad de Admisión de San José, que es el establecimiento en donde se produce un mayor número de ingresos por contravención. El estudio cubre un período de tiempo de 8 meses (enero-agosto 1984). En ese lapso, ingresaron a la Unidad de Admisión un total de 1298 contraventores. En promedio, resultan 162 ingresos cada mes.

Del total de las personas que ingresaron durante el período, 216 fueron trasladadas a otros centros, la mayoría al centro agropecuario de Tierra Blanca. El resto, 1082, fueron puestos en libertad porque pagaron la multa, sea con dinero, sea con prisión.

Las personas que ingresaron a prisión por causa de contravención representan una pequeña proporción del total de personas arrestadas por la Policía Administrativa debido a este tipo de infracción. La mayoría paga la multa impuesta.

En el año 1983, la policía arrestó a 12.799 contraventores.

c) Tiempo de permanencia

Con el propósito de medir los períodos de permanencia en prisión, se hizo un estudio, a través de una muestra sistemática al azar, cuyo tamaño resultó ser de 151 individuos. El siguiente cuadro presenta la forma en que se distribuyen los individuos dentro de los diferentes períodos temporales:

Cuadro 1

Costa Rica, 1984, Sistema Penitenciario
Población de contraventores
Unidad de Admisión de San José
Distribución de frecuencias del tiempo de permanencia en prisión; según períodos temporales (enero-agosto)

Periodos	Número de individuos
De 1 a 3 días	63
De 4 a 7 días	17
De 7 a 14 días	39
De 15 a 21 días	15
De 22 a 28 días	6
De 29 a 35 días	1
De 36 a 42 días	2
De 43 a 49 días	–
De 50 y más días	8
Total	151

Fuente: Archivos de ingresos

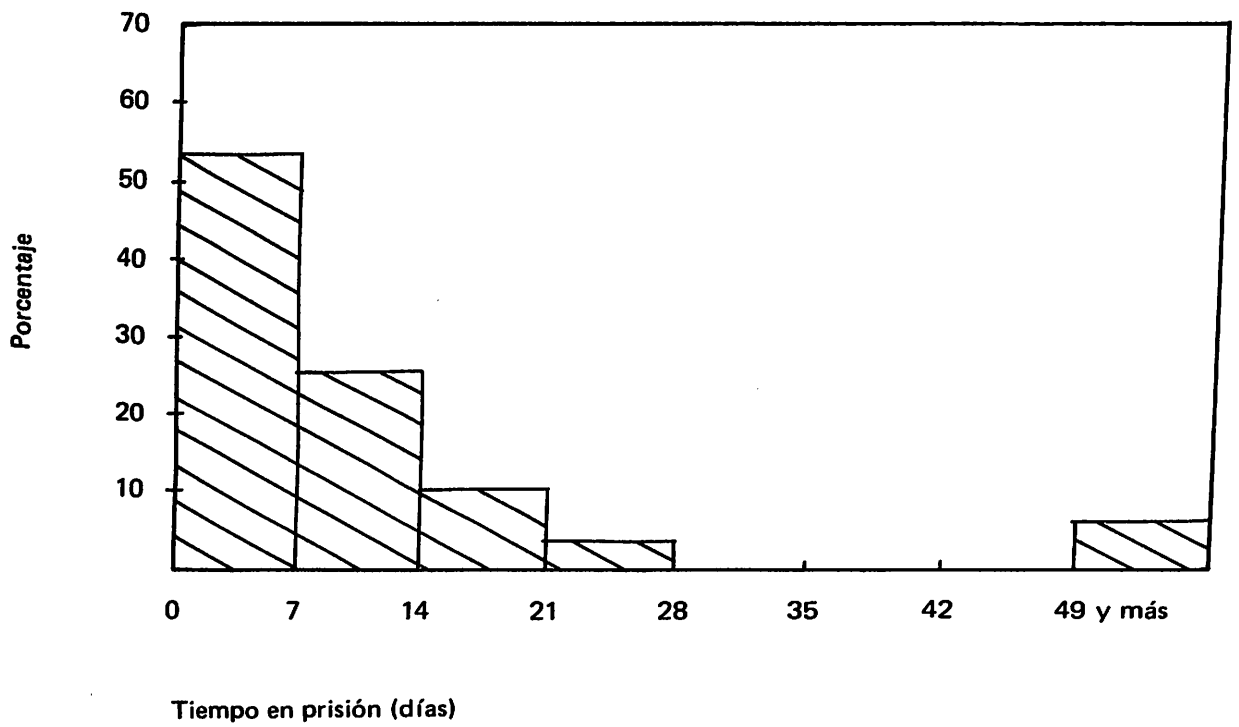
Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Es evidente que el lapso de permanencia en prisión es bastante corto: el 43 % de los individuos están en prisión por un período de 3 días o menos. Solamente 12 de cada 100 individuos permanecen en prisión durante más de 21 días.

El tiempo promedio de estancia es de 10 días, un tanto alto si se toma en cuenta que la mayoría de los componentes de la muestra se concentran en los períodos de tiempo corto. El gráfico de barras que se ve a continuación, aclara este tipo de distribución.

Gráfico 1

Costa Rica 1984
Población contraventora recluida en la Unidad de Admisión de San José, según distribución del tiempo en prisión.



Además de que la población se concentra dentro de las primeras series temporales, indicando que en general, los períodos de reclusión son cortos, es importante destacar que hay una proporción significativa de contraventores (5 %), cuya estancia en el establecimiento se prolonga más allá de 50 días.

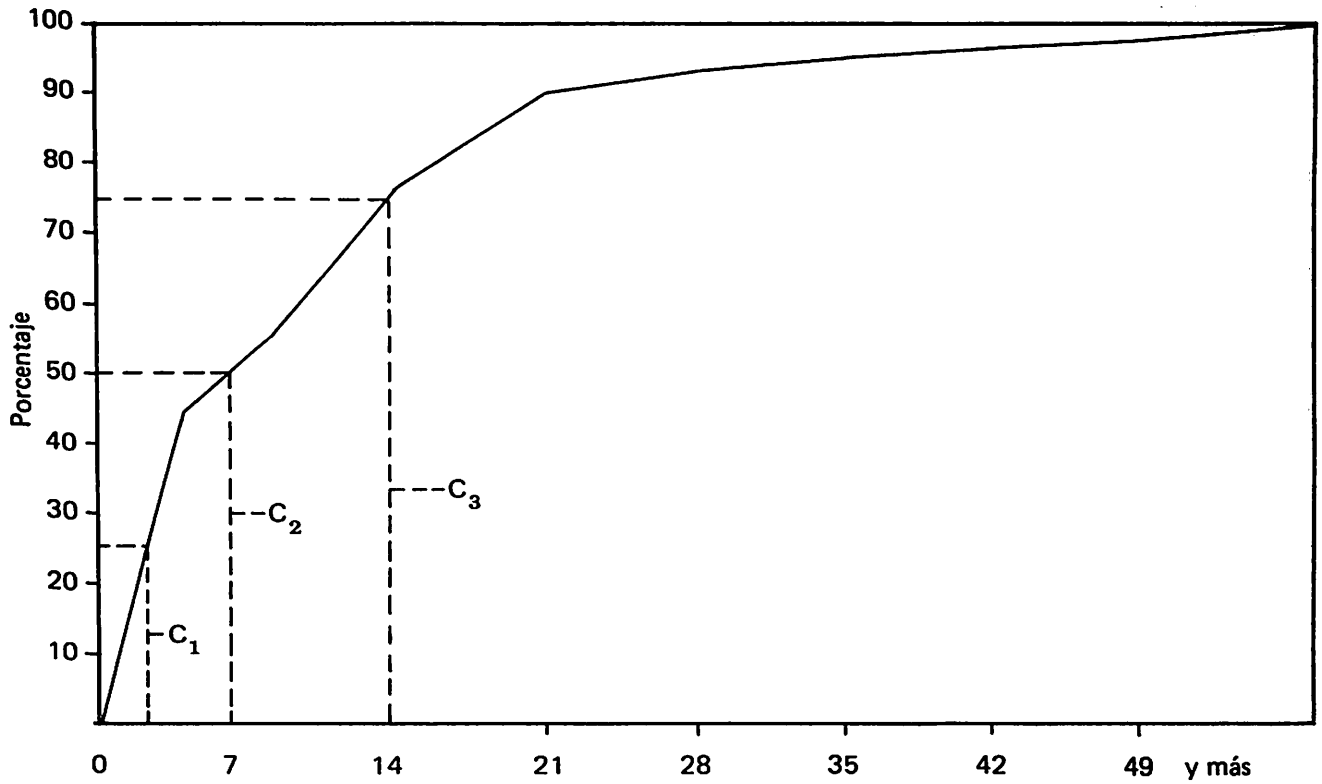
El gráfico 2, una ojiva "menos de" ilustra con mayor claridad la distribución de las etapas temporales de permanencia, en la muestra estudiada. En este gráfico se puede dividir la población en cuatro partes, cada una de ellas se denomina, en lenguaje estadístico: cuartil, precisamente porque contiene una cuarta parte (25 %) de la distribución total. La división en cuartiles es por mera conveniencia, ya que se puede segregar la población en deciles o percentiles.

Dado que se trata de series temporales, este gráfico tiene la ventaja de que permite estimar el porcentaje de individuos en cualquier período de tiempo, veamos:

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Gráfico 2

Ojiva "menos de" Costa Rica 1984
Distribución del tiempo en prisión
Población contraventora
Unidad de Admisión San José



Fuente: Archivos de ingresos

Las líneas punteadas denominadas C_1, C_2 y C_3, representan los cuartiles 1, 2 y 3 respectivamente.

La interpretación se realiza de la siguiente forma:

El cuartil 1, indica que el 25 % de la población estudiada, permanece en prisión durante menos de 2 días.

El cuartil 2, que también representa a la *mediana*, señala que el 50 % de las personas permanece recluida menos de 6 días.

El cuartil 3, sugiere que el 75 % del total de contraventores, que ingresa a la Unidad de Admisión de San José, prolonga su estadía por menos de 13 días; como consecuencia, no más del 25 % de la población recluida por contravención, permanece durante 14 días o más.

Del total de integrantes de la muestra, el individuo que más tiempo tenía de estar recluido, presentaba una estadía de 109 días.

En términos generales, el tiempo en prisión de personas recluidas por contravención, tiende a ser corto.

d) Las infracciones

Se consideró ilustrativo recoger información acerca del tipo de infracciones por las cuales los contraventores ingresan a los establecimientos penales; en el cuadro siguiente, se aprecia la distribución por tipo de falta, en el total de individuos que ingresaron a la Unidad de Admisión de San José, entre enero y agosto del presente año:

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuadro 2

Costa Rica, Unidad de Admisión de San José
Población de contraventores, 1984
Distribución de frecuencias del tipo de infracción que motivó el ingreso

Tipo de infracción	Frecuencia
Total	**2298**
Vagancia	241
Irrespeto a la autoridad	225
Desórdenes	203
Hurto menor	51
Pelea dual	44
Desacato	40
Golpes	33
Exhibicionismo	29
Actos obscenos	23
Daños menores	23
Palabras obscenas	19
Otras infracciones	367

Fuente: Archivos de ingresos

El tipo de infracción que presenta mayor ocurrencia es la vagancia, al punto que por cada 100 contraventores que ingresan a la Unidad de Admisión de San José, 10 lo hacen sancionados por vagancia.

El análisis por tipo de infracción, carece de importancia, por cuanto, en general, las detenciones son de orden recurrente, o sea que muchos de los individuos que ingresan son los mismos, solo que unas veces por embriaguez, otras por desacato, otras por escándalo y muchas veces también cometen delitos tipificados en el Código Penal. No se observa especificidad respecto al tipo de falta en los individuos detenidos.

e) El costo

El ingreso de un contraventor al Sistema Penitenciario, demanda la ejecución de operaciones complejas que se pueden traducir a términos económicos: Inicialmente, el ingreso exige la confección de expedientes y documentos; esto significa gasto material por concepto de papelería y equipo; además de la inversión del tiempo humano de trabajo.

La estancia representa gastos por alimentación, vestuario y tiempo humano de trabajo requerido por la atención que se brinda: vigilancia, orientación, servicios jurídicos, etc.

El poner en libertad a un individuo, representa, al igual que el ingreso, gastos materiales y humanos.

El traslado de un individuo, añade gastos de transporte, a las ya mencionadas (papelería, salarios).

Se calculó el gasto que significa para el Estado la estancia de un interno dentro del Sistema Penitenciario, con el siguiente resultado.

Por concepto de salarios:

₡ 4.590 al mes por cada interno
₡ 153 diarios por cada interno

Gastos materiales:

₡ 2.006 al mes por cada interno
₡ 67 diarios por cada interno

TOTAL

₡ 6.596 al mes por cada interno
₡ 220 diarios por cada interno

Tomando en cuenta el volumen permanente de la población contraventora, el gasto diario invertido en ella es de ₡ 30.800,00 casi un millón de colones mensuales. Este cálculo se realiza suponiendo que un contraventor cuesta lo mismo que un reo común. No es descabellado suponer tal cosa, pues aunque un reo común demanda mayores gastos en atención especializada: psicólogos, abogados, trabajadores sociales, etc., el reo contraventor requiere más gastos en material y equipo, ya que la velocidad del proceso ingreso-egreso, es mucho más elevado que la del reo común. Esto equilibra los gastos. En todo caso se trata de cifras aproximadas, útiles como punto de referencia.

ANALISIS DE LOS RESULTADOS

La población de contraventores está constituida por personas jóvenes; la mayoría no sobrepasa los 31 años de edad y solo un 13% tiene edades superiores a los 45 años. Hay un predominio bastante acentuado de personas del sexo masculino, casi en la misma proporción que se observa en los internados por delitos comunes.

La magnitud de las estancias permanentes, en

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

relación con años anteriores, tiende a permanecer constante a corto plazo.

A mediano plazo la tendencia es hacia un aumento moderado.

El volumen actual de las estancias por contravención puede parecer pequeño: 140 individuos; sin embargo, dada la velocidad del proceso ingreso-egreso, que es muy acelerado en esta población (alto número de ingresos – egresos + breves períodos de permanencia), determina una cantidad no despreciable de contraventores que continuamente están ingresando al Sistema Penitenciario, solamente en la Unidad de Admisión de San José, en 8 meses, ingresaron 1298 personas (162 al mes). Estos ingresos generaron la confección de 1082 libertades y 216 traslados a otros centros del sistema.

Con base en datos emanados de la Policía Administrativa (Anuario Estadístico, Seguridad Pública, 1983–1984), en el período estudiado, se calculó que hubo aproximadamente 9821 personas detenidas por contravención. Si a este número le restamos los ingresos, permite afirmar que el 76 % de los contraventores arrestados no ingresan a prisión; consecuentemente, por cada 100 individuos arrestados por contravención, 24 ingresan a algún establecimiento penal.

Con respecto a las infracciones que generan el ingreso a la Unidad de Admisión de San José, se destacan por su frecuencia tres: vagancia, irrespeto a la autoridad y desórdenes. Estas infracciones asumen un papel de meras denominaciones y es frecuente encontrar en un mismo individuo, varios ingresos por diferentes infracciones, lo cual sugiere que no se van a encontrar diferencias significativas como producto de la relación individuo-infracción.

Se ha demostrado que los períodos de permanencia son muy cortos y que el volumen de ingresos-egresos-traslados es muy alto. Este proceso es costoso, pues requiere gastos en papelería y transporte, además de la inversión de muchas horas-hombre operando el sistema. El costo de operación del proceso ingreso-egreso, implica más gasto en los contraventores que en los reos comunes, debido a su alta frecuencia. A la vez, el costo de atención es más bajo en los contraventores, pues casi no demandan tiempo de trabajo especializado, ya que no se les brinda el "tratamiento" que se aplica a los internos penales.

Bajo el supuesto que el costo sea igual en ambos tipos de población, se calculó el monto diario en colones, que gasta el Sistema Penitenciario en la atención de los contraventores; esta cifra resultó ser, aproximadamente, de 30.800 colones diarios; casi un millón al mes.

Dadas las características de la población contraventora, esta suma se considera muy elevada. A manera de comparación: Si a los 162 individuos que ingresan cada mes a la Unidad de Admisión de San José, se les impusiera una multa considerablemente alta, 1.800 colones, por ejemplo (equivalentes a 180 días multa), habría que pagar 291.600 colones, que no representan ni la tercera parte de lo que se gasta en mantener a 140 individuos en prisión.

En suma: al Estado le resultaría más barato pagar las multas de los contraventores, que lo que cuestan las operaciones de recepción, atención, manutención, liberación, traslado, etc., que generan su ingreso al Sistema Penitenciario.

CONCLUSION

Delito y contravención son dos cosas diferentes, criminológicamente hablando, lo cual significa que existen diferencias jurídicas, sociales, psicológicas y demográficas. El Código Penal segrega las contravenciones de la ley penal; el contraventor, sobre todo aquel que ingresa a los establecimientos penales, pertenece por lo general, a estratos marginales de la sociedad, en donde prolifera la vagancia como ocupación, la prostitución masculina y femenina como fuente de ingresos, la mendicidad como acto laboral y el acoholismo como recreación y, en muchos casos, como única actividad existencial.

Siendo diferentes reciben en gran medida un trato igual dentro del Sistema Penitenciario: los mismos establecimientos; los mismos recursos humanos utilizados en las operaciones administrativas y técnicas; iguales niveles de seguridad y en general, el mismo contexto de reclusión.

Las consecuencias más sobresalientes que genera esta situación de aglutinamiento entre delincuentes y contraventores, son:

a) Entraba los procesos administrativos destinados a los internos por causas penales,

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dada la velocidad del proceso ingreso-egreso.

b) Demanda gran cantidad de recursos humanos y materiales.

c) El Contraventor ocupa espacio en establecimientos que de por sí, padecen de limitaciones en su capacidad física de albergue (el mejor ejemplo es la Unidad de Admisión de San José).

d) Genera un fenómeno de criminalización, por simbiosis, que afecta a ambas poblaciones.

Cabe mencionar, finalmente, que muchas de las personas que ingresan a los establecimientos penales, por causa de contravención, utilizan la cárcel como un recurso de beneficencia, en donde encuentran albergue, alimentos, medicinas y en gran número de casos atención especializada. Esto trae como consecuencia, que muchos individuos se sientan estimulados a cometer faltas y, muchas veces, hasta delitos, con el fin de obtener los beneficios mencionados.

RECOMENDACIONES

En virtud de lo anteriormente expuesto, se considera imprescindible segregar la población de contraventores del resto de la población recluida por causas penales.

Preferiblemente, deben ser ubicados en el área metropolitana, debido a que el movimiento de ingresos-egresos es sumamente elevado y demandaría grandes gastos por concepto de transporte.

En muchos casos, sobre todo aquellos cuya permanencia no se prolonga por más de tres días, le resultaría más barato a la Institución pagar la multa, que mantenerlos dentro de los establecimientos penales.

Dado que una gran proporción de los contraventores padecen enfermedades mentales y adicción al alcohol, se recomienda coordinar con el Juzgado de Ejecución de la Pena, con el fin de establecer la posibilidad de aplicar en ciertos casos, medidas de seguridad curativas, que puedan recibir atención por parte del Hospital Nacional Psiquiátrico y el Instituto Nacional sobre Alcoholismo.

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PROCESO EVOLUTIVO DE LAS USURPACIONES DE TIERRAS EN EL CANTON DE COTO BRUS

LIC. MARIO ENRIQUE GOMEZ SOMARRIBAS

AGRADECIMIENTO:

Mis más sinceros agradecimientos, a las siguientes personas: Gerardo Hernández Fernández, Prof. Carlos Valerio Vargas, Adrián Marc Mena y Roberto Rojas Vargas, por la ayuda que los mismos me brindaron en la elaboración del presente trabajo.

Así mismo deseo agradecer a la Gerencia de la Cooperativa de Productores de Café de San Vito, por el apoyo económico para la realización de este ensayo.

DEDICATORIA:

A la cultura, honestidad y humildad, a tí padre.

A las Rosas más hermosas de mi jardín, a mi esposa, a mi madre y a mi pequeña hija, con el amor verdadero de esposo, hijo y padre.

INDICE

Pág.

Introducción 100

Capítulo I

Breve reseña histórica del cantón de Coto Brus 100

Capítulo II

Algunos aspectos de la situación socioeconómica del agro en Coto Brus 102

Capítulo III

Consideraciones sobre la tenencia de la tierra en Coto Brus 104

Capítulo IV

Usurpaciones de tierra en el cantón de Coto Brus. 106

Conclusión. 112

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCION

El objetivo primordial del presente ensayo(*), consiste en servir de fuente informativa a todas las personas y especialmente a los vecinos del hoy denominado cantón de Coto Brus, del "proceso evolutivo de las usurpaciones de tierra" (tanto estatal como privadas), que se han venido dando en este cantón.

Para lograr estudiar dicho proceso evolutivo, he enmarcado el análisis y tomado como hito de partida en el mismo, el año de 1962, tomando en cuenta de que a partir de ese año fue que se fundó en este cantón la Alcaldía y es a través de esta y sus libros de registro de entrada de causas y datos que de ellos emanan, que he podido dar inicio a esta investigación.

Es mi deseo manifestar que las causas que me motivaron a realizar la presente investigación, son entre otras: Mi preocupación como costarricense consciente de la realidad agraria nacional, así como la consideración real de la relevancia que la actividad agrícola es y ha sido para el desarrollo económico y social de este cantón; así como por último, el hecho real y notorio como lo es, el aumento paulatino pero enmarcado de las causas por usurpaciones de tierra denunciadas judicialmente ante la alcaldía de este cantón.

Considero que se hace necesario también, para llegar a comprender dicho proceso gradual de usurpaciones de tierra, pasar la vista aunque sea de manera somera y rápida, tanto en la historia, como en los estadios socioeconómicos del agro y tenencia de la tierra del mismo, estadios estos que serán analizados en los diferentes capítulos de que se compone esta investigación, para así tener un criterio aún más amplio del porqué se ha venido dando desde ese año (1962), un lento pero enmarcado aumento de usurpaciones de tierra y cuáles serán las posibles causas que las han originado.

Para la elaboración de este ensayo se utilizó el método histórico, a través de un esquema simple de recolección de datos y lectura de los mismos; así como ordenación, interpretación, composición y redacción de ellos. Las fuentes de información básica que se emplearon son las siguientes: una primera, en la que se encuentran los trabajos originales tales como: tesis, monografías e investigaciones; y una segunda fuente en la que además de libros y textos de autores nacionales y extranjeros, se usaron obras de referencias y diccionarios.

Deseo para concluir esta introducción, enfatizar que este ensayo se encuentra basado primordialmente en los datos emanados de los censos estadísticos nacionales de los años 1955, 1963 y 1973, ya que a la fecha de iniciación de este, no ha salido aún a la luz pública, los datos del censo recién pasado correspondiente al año 1984.

Esperando que esta investigación cumpla con el objetivo propuesto, pasaré de inmediato a observar brevemente a través del primer capítulo, la historia del cantón de Coto Brus.

CAPITULO I

BREVE RESEÑA HISTORICA DEL CANTON DE COTO BRUS

Para lograr un estudio más crítico sobre algún aspecto de un cantón, como es el caso del siguiente trabajo sobre las usurpaciones en el cantón de Coto Brus, se debe analizar necesariamente la reseña histórica del mismo, para así a través del conocimiento de ella crearse elementos suficientes para interpretar de mejor manera el desarrollo de los estadios que se pretenden estudiar.

Así pues, abocándome al conocimiento en particular de la historia de lo que hoy se conoce con el nombre de cantón de Coto Brus, diré que la historia de este cantón, se encuentra estrechamente ligada a los acontecimientos históricos de los demás pueblos de lo que también hoy se conoce como Zona Sur del país; ya que todos obedecen a un proceso de colonización espontáneo realizada en esta región y que es consecuencia directa del gran movimiento migratorio que se dio en

---

* **ENSAYO: "Se define como, el escrito en donde se trata un tema sin examinarlo sistemáticamente, ni agotarlo, con una extensión menor que la de un tratado completo". Delmas Juan y Monticelle Olindo, *Diccionario Enciclopédico Quillet*. Panamá, Editorial Colón S.A. tomo III, año 1971, pág. 467.**

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nuestro país, por la década de los años 50[1] y que en algunos casos obedeció a factores de necesidad de tierra para cultivar y subsistir, de campesinos que venían de otras zonas del país, como por ejemplo de Guanacaste, así como por factores meramente políticos que no serán analizados en el presente trabajo.

Antes de 1951 y para una mejor ubicación histórica, el cantón de Coto Brus, en el período precolombino nacional se encontraba ocupado por indígenas bruncas, pero dado que el desarrollo socioeconómico del cantón se inicia con la llegada de los italianos, el hito de partida será la colonización italiana, que se inició en el año 1951, cuando el Gobierno de Costa Rica en conjunto con lo que se conocía con el nombre de Sociedad Italiana de Colonización Agrícola (S.I.C.A.), firman en el mes de julio de ese año, un acuerdo mediante el cual el Gobierno de Costa Rica cedía casi en forma gratuita una extensión de territorio equivalente a diez mil hectáreas, a los colonos italianos, que comenzaron a arribar a esta zona en el año de 1952.

Los factores que determinaron la escogencia de esta zona que hoy en día es Coto Brus, fueron los siguientes: El interés del Gobierno de desarrollar esta zona para que sirviera de centro de atracción de los grandes movimientos migratorios y aliviara un poco la presión que por falta de tierra para cultivar, de campesinos que venían y que habían sido despojados de ella en otras zonas del país; así como el proyecto de construir la carretera interamericana que originalmente pasaría por esta zona y que serviría entonces para ser utilizada como medio de llevar al mercado las diversas variedades de productos agrícolas obtenidos en esas tierras por los colonos, y dotar así de productos agropecuarios, al nuevo enclave bananero recién creado.

A partir de este momento cada colono recibiría para comprar hasta veinte hectáreas de tierra, en las cuales deberían cultivar productos de granos básicos fundamentalmente, tales como: arroz, frijoles, verduras, frutas y crianza de ganado elemental para producir carne para el consumo interno y para trasladar a la zona bananera recién creada.

Así en el año 1954 los colonos por circunstancias tales como, la falta de comunicación terrestre, por los malos caminos vecinales y ya que la carretera interamericana nunca pasó por Coto Brus, esto último quizás por razones políticas que como expresamos anteriormente no se analizarán en el presente trabajo, se vieron obligados a cambiar el cultivo original (siembra y cultivo de granos básicos), por la siembra del café, ya que este último les daba mayores y mejores ventajas, tanto por razones económicas como por razones climatológicas, pues el clima de esta zona es apto para la siembra o cultivo de este producto.

Avanzando en el tiempo tenemos que ya para el año 1959 se encontraban cinco mil hectáreas colonizadas y una población de 1.500 habitantes, entre italianos y costarricenses, pues al arribo de los italianos a esta zona, también llegaron costarricenses que venían de otros lugares del país.[2]

Comenzaba pues a verse un progreso en la zona, pues se crearon establecimientos comerciales de diversa índole y otra serie de obras de infraestructura que se encontraban en gestación; y así se llega al año 1965 constituyéndose a partir de esta década de los sesenta, este territorio es un gran productor de café, ya que en el año 1963 el cantón de Coto Brus, pasó a producir el cuatro por ciento de la cosecha nacional, con más de cuatro mil manzanas sembradas de café, quedando así en el olvido todo lo relativo a la idea original con que nació esta zona de colonización.[3] Con la siembra o cultivo de este producto y su comercialización tanto nacional como internacional y la gran entrada de divisas que el mismo proporcionaba, se termina de conformar un glorioso progreso tanto en el orden económico como político y social en el cantón, lo que conllevaría a que surjan una serie de movimientos internos de grupos organizados o fuerzas vivas y para el año de 1965, el día 10 de setiembre, mediante el decreto número 3598 de esa misma fecha, se llega a la consecución de la fundación del cantón, al cual se le denominaría cantón de Coto Brus y que pasaría a ser el cantón número ocho de la provincia de Puntarenas y que hoy cuenta con una muy propia demarcación territorial, cuyos límites son: al norte con el cantón de Talamanca, provincia de Limón; al noreste y este con la República de Panamá; al sur con el cantón de Corredores; y al oeste con el cantón de Buenos Aires, provincia de Puntarenas; y que asimismo cuenta con una población actual de 31.598 habitantes en una área de extensión de 936.5 kilómetros cuadrados,[4] y está

---

1. **BARAHONA RIERA, Francisco.** ***Reforma Agraria y Poder Político.*** **San José. Editorial Universidad de Costa Rica, primera edición, 1980, pág. 89.**
2. **PARES Y CASELLAS, Domingo.** ***Bodas de Plata,*** **Litografía Caribe, San José, pág. 22.**
3. **Op. cit., pág. 2.**
4. **Fuente:** ***Dirección General de Estadística y Censo.***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

conformado por cuatro distritos que son: San Vito, que originalmente se le llamó San Vito de Jaba, y que después del cantonato se le cambió por el que hoy tiene, San Vito de Coto Brus y que es la cabecera del cantón; Sabalito, Agua Buena y Limoncito.

Teniéndose que el cantón desde sus mocedades como tal y antes de ser cantón, tenía y sigue teniendo una economía basada fundamentalmente en la agricultura y especialmente en la siembra del café, pues si observamos los datos emanados por la Oficina del Café de Costa Rica, nos damos cuenta que para una área de terreno como lo era la del cantón en los años 1975 a 1977, y en los que se produjeron 103.657,17 fanegas de café, podemos colegir que el cantón de Coto Brus ha venido tomando una muy propia fisonomía socioeconómica que estaba y sigue basada en la agricultura y fundamentalmente en la siembra del café; fisonomía esta que será analizada en el siguiente capítulo de este ensayo.

CAPITULO II

ALGUNOS ASPECTOS DE LA SITUACION SOCIOECONOMICA DEL AGRO EN COTO BRUS

En el presente capítulo analizaremos la situación socioeconómica del cantón a partir de 1954, año en que los pobladores de esta zona se dedicaron al cultivo y comercialización del café, porque si bien es cierto que antes de esta fecha ya existían en la zona fronteriza con Panamá relativamente pequeños cafetales en producción, no fue sino hasta este año, con la cosecha de 1954–1955, en donde se producen las primeras 220 cajuelas de café, cosechas estas que van a ir aumentando paulatinamente año con año hasta llegar a 1976, en el que se van a producir 103.657,17 cajuelas, siguiendo dicha recta de ascenso hasta nuestros días donde la cosecha 1982–1983 va a producir 170.410 fanegas con 87,50 cajuelas de café.[5]

Con este abocamiento de todos esos pobladores al cultivo extensivo de este producto, se produce un violento cambio en la realidad socioeconómica del cantón pues de una economía de explotación familiar y de subsistencia que se daba en los tiempos de la colonización italiana y que anteriormente se analizó, se pasa a una economía basada fundamentalmente en el cultivo del café, dando origen así a la gran empresa cafetalera la cual también trae consigo lo que se conoce como "beneficios" y que no es otra cosa que la institución privada a través de la cual se recibe, procesa y vende este producto, ya no solo para el consumo familiar sino que nacional e internacional; beneficios estos que si bien es cierto en los años de inicio de la colonización italiana ya existían pero en forma rudimentaria, no es sino hasta en los años posteriores a la colonización que con la ayuda del sistema bancario nacional, se van a ver fortalecidas económicamente, llevando a que hoy en día el cantón cuente con cuatro beneficios particulares y tres cooperativas que cumplen entre otras esa función procesadora de café.

La especialización en el cultivo del café hizo sentir la necesidad de que a los habitantes de la zona se les ayudara económicamente y fue así como a solicitud de ellos mismos el 5 de marzo de 1956, a escasos dos años de haber terminado la colonización italiana, el sistema bancario nacional comienza a intervenir en la economía de la zona pues el Banco Anglo Costarricense abre sus puertas en esa misma fecha como agencia establecida y así se inicia no sólo la proliferación de agencias de otros bancos, sino que también el proceso de asistencia crediticia que en gran medida va a coadyuvar en el desarrollo de la zona.

La llegada del sistema bancario nacional a esta zona ayudó a incrementar el cultivo del café y el agro en general, pero pareciera con base en los datos emanados por el libro de control de operaciones del Banco Anglo Costarricense, sucursal San Vito, los cuales expresan que el período que va del año 1968 a 1980, esa sucursal otorgó de un total de 2.663 préstamos sólo 794 al renglón de la agricultura y 1.651 a la ganadería; lo que para ahondar más en este aspecto, debo hacer notar con datos

5. **Fuente:** ***Reportes estadísticos y cuadros de la Oficina del Café,*** **pág. 65.**

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

más recientes, que van del año 1981 al 1983, que esta misma sucursal otorgó 118.499,082 millones de colones al rubro de la actividad pecuaria y tan sólo 19.030,645 millones de colones al rubro de la agricultura,[6] observándose así que se le ha venido otorgando mayor cantidad de préstamos al renglón pecuario y no así a la agricultura. (Ver siguiente cuadro).

BANCO ANGLO COSTARRICENSE
(Sucursal San Vito-Coto Brus)

Financiación a los productores del Cantón de Coto Brus, para Agricultura y Ganadería, en los años 1981–1982 y 1983, Así:

AÑO	RUBRO	MONTO FINANCIADO
1981	Ganadería	₡ 44.648.712,00
1981	Agricultura	11.687.545,00
1982	Ganadería	73.850.370,00
1982	Agricultura	7.343.100,00
1983	Ganadería	54.386.500,00
1983	Agricultura	9.617.000,00
Financiación total para la Ganadería:		118.499.082,00
Financiación total para la Agricultura:		19.030.645,00

Fuente: Libro de Control de Operaciones. Banco Anglo Costarricense, Sucursal San Vito.

Es importante también hacer notar como la zona se va a convertir en un polo de atracción de campesinos que venían de otras partes del país y que habiendo sido despojados de sus tierras por el fenómeno latifundista de concentración de la misma, llegaban con la esperanza de instalarse y si no de adquirir tierras para cultivar al menos trabajo para poder subsistir; pues en el año de 1973 se sumaron a la población existente en el cantón, 14.097 personas más, cuya mayoría provenían de tres lugares donde para esa época la frontera agrícola ya se había agotado y la posibilidad de adquirir tierra para cultivar, se había extinguido por completo; verbigracia provincia de Puntarenas, Guanacaste y San José. (Ver siguiente cuadro).

CANTON COTO BRUS EMIGRACION HACIA:

CENSO 1973	HABITANTES
San José	813
Alajuela	211
Cartago	61
Heredia	154
Guanacaste	18
Puntarenas	1.015
Limón	145
TOTAL	2.417

CANTON COTO BRUS LLEGARON DE:

CENSO 1973	HABITANTES
San José	976
Alajuela	415
Cartago	20
Heredia	55
Guanacaste	779
Puntarenas	14.193
Limón	30
TOTAL	16.514

Fuente: Dirección General de Estadística y Censos

Este proceso de inmigración va a hacer que para el año de 1977 en una área de 936.5 kilómetros cuadrados, que es el área total del territorio del cantón, exista una población total de 22.672 habitantes, distribuidos entre sus distritos de la siguiente manera: San Vito (cabecera del cantón), contaba con 8.434 habitantes; Sabalito con 6.574 habitantes; Agua Buena con 4.200 habitantes y por último el distrito de Limoncito que contaba con 3.464 habitantes; datos estos que hacen ver cómo para este año de 1977 ya había aumentado en gran medida su población, pues si lo comparamos con la población existente en el año de 1959, a escasos siete años de haberse colonizado esta

6. **Fuente:** ***Libro de control de operaciones, Banco Anglo Costarricense, Sucursal San Vito.***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

zona, se contaba ya con 9.500 habitantes y que posteriormente siete años más tarde en el año de 1966, el ya recién constituido cantón contaba con una población de 14.359 habitantes.

Este proceso de aumento poblacionario lleva a que hoy en día el cantón cuente con una población total de 31.598 habitantes, que en épocas de cogida de café se ve aumentada en gran medida (población flotante).

De esa población de 22.672 habitantes que para el año de 1977 poseía este cantón, es importante hacer resaltar que un 54,47 por ciento se constituía en población económicamente activa en esa época en donde el 82 por ciento se localizaba en las actividades de la agricultura primordialmente, hecho que va a reafirmar una vez más, pero ahora con datos estadísticamente demostrados, la consideración real de la relevancia que la actividad agrícola ha sido y sigue siendo para el desarrollo económico y social del cantón.

Es lógico suponer que para desarrollar esa fuente de riqueza que es la agricultura, el cantón se va a acreditar su propia fisonomía tenencial de la tierra, pues ya para el año de 1973, el cantón tenía un total de 1964 fincas con una extensión de 63.818,7 hectáreas, conllevando dicho fenómeno a que para ese mismo año, las tierras en manos de agricultores constituían un 63 por ciento del territorio, conformándose así una estructura de tenencia de la tierra muy sui géneris en este cantón y que me abocaré a exponer en el siguiente capítulo.

CAPITULO III

CONSIDERACIONES SOBRE LA TENENCIA DE LA TIERRA EN COTO BRUS

Cuando se pretende estudiar la estructura tenencial de la tierra de determinado territorio, se hace necesario, definir previamente el concepto de la tenencia de la tierra, el cual consiste en: "La estructura de relaciones de acuerdo con las cuales, se organiza el control sobre los productos agrícolas y sobre la producción que se deriva de ellos, tomándose en cuenta no sólo la tierra en sí, sino que también los otros factores necesarios en el proceso de la producción agrícola".[7]

Diré así que en tiempos de la colonización italiana la incorporación de los colonos a la tierra y la dependencia para su manutención y subsistencia de los productos obtenidos de las labores agrícolas, generaron por sí misma todo un proceso de tenencia de la tierra en este cantón que se expone de la siguiente manera: Antes de los años 50 toda esta zona que se conoce con el nombre de cantón de Coto Brus se encontraba como tierras vírgenes y totalmente selváticas, cuyo dueño absoluto era el Estado. Así para el año de 1952, fecha en que comienzan a arribar los primeros colonos italianos a esta zona, todas estas tierras vírgenes pasan a ser donadas mediante un contrato por el Estado, a la Sociedad Italiana de Colonización Agrícola (S.I.C.A.), quien disfrutaría de 10.000 hectáreas de terreno, que se le iban entregando por secciones, con la condición de que hasta que se cultivaran las primeras 3.000 se le entregarían las otras 3.000 y posteriormente las últimas 4.000 hectáreas sobrantes; pero valga aquí recalcar, que únicamente se entregaron 6.000 hectáreas, ya que las otras 4.000 fueron invadidas por costarricenses, situación esta última que dio pie a que posteriormente años más tarde dentro del proceso de colonización, se permitiera un cinco por ciento de colonos costarricenses en esas tierras.

Tenemos así pues, que para esos años existe una institución (S.I.C.A.), como dueña o propietaria de esas tierras originalmente y digo originalmente, ya que esta última vende todas esas tierras a casi setenta familias italianas en hectáreas que a según el número de miembros de familia, oscilaban entre veinte y treinta, dándose así con esta distribución de tierras una tenencia de la misma en pequeñas parcelas, en la cual su condición jurídica, era la propiedad, ya que las tierras le eran vendidas a los colonos y una vez canceladas las mismas se les entregaba la respectiva escritura pública.

Para el año 1954 en adelante, cuando los colonos italianos y la misma S.I.C.A., comienzan a sentir el incumplimiento del Estado con el contra-

7. RAMIREZ FAJARDO, Aníbal, Tesis, *Formas de tenencia de la tierra en Costa Rica y algunos otros aspectos de la actividad Agropecuaria*. Tesis para obtar el Título de Licenciado en Economía, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Costa Rica, año 1961, pág. 64.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

to, muchos de estos colonos deciden vender sus fincas y regresar a su lugar de origen, situación esta que es aprovechada habilidosamente por otros colonos que sí decidieron quedarse, así como también por costarricenses que supieron aprovechar tal circunstancia, y que para abocarse al cultivo extensivo del café, comienzan a comprar fincas y a fusionar las mismas acumulando de este modo tierras y logrando constituir así grandes fincas cafetaleras.

Aparte de estas grandes fincas se constituyeron mediante este proceso de compra y acumulación de tierras, también vienen a surgir otras propiedades con grandes extensiones de terreno que sobrepasan a las 500 hectáreas.

Al acercarse el año de 1973, año este en que la S.I.C.A. comienza su proceso de disolución y de liquidación, proceso que se extiende hasta el año de 1975, ya existían en nuestro cantón, 1964 fincas que ocupaban una extensión de 63.817 hectáreas, que venían a ser un 66 por ciento del total del territorio y de las que solo 22.636 hectáreas se encontraban en producción, representando el 42 por ciento del total del territorio explotado y quedando así un 58 por ciento del territorio en charrales y reservas boscosas sin explotar, que en hectáreas significarían 31.630.

El abocamiento de los pobladores de Coto Brus a la siembra, producción y comercialización del café, viene a hacer que para este año de 1973 el 86,8 por ciento de la tierra esté en propiedad de los que la trabajan y se dé la forma de tenencia denominada "en propiedad" y que consiste en todas aquellas tierras que pertenecen al productor o a su familia y sobre las que se tiene título de propiedad debidamente registrado y que lo legitima en el uso, traspaso y aprovechamiento, incluyéndose dentro de estas las tierras explotadas en condiciones especiales, tales como las que sin título legal de propiedad ni contrato de arrendamiento de larga duración, han sido explotadas pacífica e ininterrumpidamente por el productor, sin la existencia del pago de una renta; dándose una concentración de las tierras en manos de unos pocos, pues las fincas menores de 50 hectáreas ocupan en el cantón el 91 por ciento del total de fincas, siendo un 32 por ciento de la superficie del cantón. Pues las fincas mayores de 500 hectáreas ocupan el 4 por ciento del número total de fincas y le corresponde el 57 por ciento de la superficie total del cantón. También se debe hacer ver, que las fincas caracterizadas como minifundios en este censo estadístico de 1963 y que poseen una extensión de 0,5 hectáreas, viene a representar el 33 por ciento del número de fincas del cantón.

Esta tenencia de la tierra también se puede corroborar aun más, tomándose en cuenta y analizándose —como lo voy a hacer en las líneas siguientes—, el uso de la tierra existente en este cantón, ya que las formas de utilización de la tierra repercuten en el desarrollo económico y agrario de determinado territorio, pues el mismo está en interdependencia con el régimen de distribución de la tierra.

Para estos efectos, observamos que el hecho de que en el cantón exista la mayor proporción del área en reserva forestal, obedece a que la topografía y suelos del mismo son de vocación forestal y cultivo permanente (café), y no así de labranza, pues estas últimas no responden a esas condiciones, ya que de las 63.818,7 hectáreas que en 1973 existían, el 42 por ciento se encuentra en producción y el 58 por ciento en áreas no cultivadas, alcanzando así, apenas un 7 por ciento del total de esa área cultivada los cultivos permanentes, recayendo estos últimos sobre el cultivo del café que en ese entonces y ahora sigue siendo la base de la economía del cantón de Coto Brus; o lo que en números equivale a que de 1964 fincas existentes, que componen una extensión en hectáreas de 63.818,7, 16.391,6 hectáreas son ocupadas en pastos y 31.660,3 en bosques y montes, y en cultivo permanente apenas 4.345,4 hectáreas; datos estos que vienen a corroborar lo arriba indicado y que por ende existe una concentración de tierra en este cantón en manos de particulares y del Estado.

Con los anteriores datos estadísticos nos queda claro que la distribución de tierras en el cantón, se encuentra enmarcada dentro de una estructura de concentración de la misma en manos de unos pocos propietarios, concentración de tierra esta que generará aquí como lo ha hecho en el resto del país, una gran cantidad de personas que no la poseen y con deseos de obtenerla a cualquier costo para cultivarla y así subsistir; situación que ha venido incrementándose en nuestro cantón por una serie de factores entre los que podemos citar, el uso de la tierra y el crecimiento poblacional anual que se ha venido dando desde el año de 1962 hasta nuestros días y que equivale a un 120 por ciento de aumento (ver siguiente cuadro), y por ende dando origen también a un fenómeno de invasiones de tierra (tanto en públicas como privadas que hoy se mal llama precarismo, y digo mal llama porque legalmente es diferente el concepto

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de precarista del de invasor o usurpador de tierra; fenómeno este que ha materializado en un aumento casi anual de denuncias judiciales por usurpación de tierras y que se han ventilado y se siguen ventilando en la Alcaldía de este cantón y que se analizará en el siguiente y último capítulo de este ensayo.

AUMENTO POBLACIONAL DEL CANTON DE COTO BRUS

Año	Población total
1966	14.359
1967	15.095
1968	15.819
1969	16.513
1970	17.215
1971	17.950
1972	18.702
1973	19.971
1974	21.103
1975	21.858
1976	22.672
1977	23.613
1978	24.572
1979	25.523
1980	26.558
1981	27.782
1982	29.004
1983	30.240
1984	31.598

Fuente: Dirección General de Estadística y Censo.

CAPITULO IV

USURPACIONES DE TIERRA EN EL CANTON DE COTO BRUS

Antes de entrar de lleno a describir las usurpaciones de tierras de que ha sido objeto este cantón y que valga recalcar que para alcanzar este objetivo se ha tomado como base la información que reflejan los libros de entradas en materia penal llevados por la Alcaldía del cantón de Coto Brus, se hace necesario manifestar que nuestra legislación penal y concretamente el código que rige esa misma materia, define, regula y sanciona el delito de usurpación como: "Al que por violencia, amenaza, engaño, abuso de confianza o clandestinidad despojare a otro total o parcialmente de la posesión o tenencia de un inmueble. . . invadiéndolo, manteniéndose en él o expulsando a sus ocupantes, será penado con prisión de seis meses a tres años".[8] Con esta definición no entro a considerar en el presente trabajo lo que absorbe la materia civil cuando se plantea un juicio interdictal, fundamentalmente de amparo de posesión, lo que a la postre puede significar una usurpación de tierra también y una forma más de presentación de este delito, ya que este mismo cuerpo legal arriba indicado en el inciso 2 del artículo 225 considera como usurpador a la persona que "para apoderarse de todo o en

8. VINCENZI, Atilio. *Código Penal y Leyes Conexas 1981*. Editorial Lehmann, año 1981, pág. 71.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

parte de un inmueble, alterare los términos o límites del mismo"; creándose así en la vida jurídico-penal la figura de un sujeto denominado "usurpador", que se definiría como aquel que mediante la fuerza, violencia, engaño, abuso de confianza, clandestinidad y alteración de límites, despojare a otro invadiendo sus tierras; dándose así en la persona de este usurpador todos o cada uno de los elementos anteriormente enunciados para que se le pueda calificar como tal. Esta regulación que hace este cuerpo legal está basada entre otras cosas, fundamentalmente en el principio constitucional que garantiza "la inviolabilidad de la propiedad privada".[9]

Diré aquí mismo que situaciones como el aumento poblacional, estructura tenencial de la tierra, y uso de la misma que este cantón posee y que fueron analizadas y estudiadas en los capítulos anteriores vienen a provocar un interesante proceso evolutivo de usurpaciones de tierras, que ha venido siendo objeto de denuncias judiciales en la Alcaldía de este mismo cantón, y que se expone de la siguiente manera: Para el año de 1962, año en el cual se fundó la Alcaldía, de un total de 50 causas penales denunciadas, 5 de ellas son investigadas por usurpación. En el año de 1963 observamos como aumentan las usurpaciones de tierras pues de un total de 65 causas penales denunciadas, 8 de ellas son investigadas por usurpación. En el siguiente año (1964) de 113 causas penales 7 de ellas lo fueron por usurpación. Para el año de 1965 de un total de 121 causas denunciadas en esta misma materia, 8 de ellas fueron investigadas por el delito de marras. Así al llegar al lustro de la década de los 60, tomando como punto de partida el año de 1962, tenemos que este año (1966) se investigan judicialmente 3 causas por usurpación de tierras de un total de 105 causas tramitadas. Un año después, 1967, de 82 causas denunciadas, 2 de ellas se investigan por usurpación. Para el año de 1968, de 104 causas existen 5 investigadas por dicho delito. En el año de 1969, último año de esta década, se investigaron 5 causas por usurpación dentro de un total de 104 causas penales.

Así se llega a la década de los años setenta y comenzando no más en 1970, se observa un gran aumento de las usurpaciones de tierra en este cantón, pues de 86 causas penales investigadas, 13 de ellas lo son por este delito. Para el año siguiente, 1971, se investigan 105 de las cuales 3 figuran por el referido delito. En el año de 1972, se vuelve a investigar únicamente 3 causas por usurpación de un total de 108. Así en el año de 1973, de un total de 155 causas que se estudian, se investigan 6 por usurpación. En el año de 1974, de un total de 175 causas, 5 lo son por usurpación. En 1975 de 324 causas, 3 de ellas fueron investigadas por ese delito. En 1976, de un total de 415 causas, 2 de ellas lo fueron por este delito. En 1977, de un total de 278 causas penales, se investigaron por usurpación de tierras 9. Es así como a partir de este mismo año hasta el año de 1984, año este el cual se ha tomado como meta de la presente investigación, se va a observar un incremento notable por las denuncias por usurpación de tierras, las cuales oscilan entre 9 y 20 por año. Así pues en 1978 el número de causas investigadas por usurpación asciende a 20 dentro de un total de 368 causas penales. También en el año de 1979, se investigaron causas por usurpación de tierra y esta vez dentro de un total de 364 causas penales, 12 fueron investigadas por usurpación. Para el año de 1980, de 363 causas penales, 5 de ellas fueron denunciadas por ese delito.

Así en el primer año de la década de los 80, 1981, se denuncian 9 causas por usurpación de tierras en un total de 352 causas penales. En el segundo año de esta década, 1982, se denunciaron 17 causas por este mismo delito dentro de un total de 431 causas penales. Para el año de 1983, se denunciaron 12 causas por usurpación dentro de un total de 317 causas penales. Llegándose así al año de 1984, y que valga recalcar, es el año que es tomado como límite en este trabajo de investigación, para estudiar este fenómeno de usurpación de tierra denunciadas judicialmente, y se tiene que de un total de 274 causas, 9 de ellas son investigadas por usurpación.

Si bien es cierto, podemos observar que en el desarrollo del presente capítulo, se notan altibajos bien marcados respecto al recibo de denuncias por el delito de usurpación en la Alcaldía de este cantón, también es cierto e importante de hacer resaltar, que en los dos últimos años 1983–1984, se presenta respectivamente el primer caso por usurpación de tierra a una finca de 10.000 hectáreas, dentro de las cuales se incluyen tierras que fungen como parques nacionales y reserva forestal,

9. Asamblea Legislativa. *Constitución Política de Costa Rica.* Editorial Imprenta Nacional, año 1978; artículo 45; pág. 14.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y que pasa a ser una de las fincas más afectadas por este problema en el cantón, pues en su primera usurpación en el año de 1983, sobrepasó a los 40 usurpadores; llegándose así al año siguiente de 1984, en el que volviéndose a introducir a esta finca, el número de usurpadores alcanza la suma significativa de 254 familias, equivalente a 400 personas; lo que tomando en cuenta la población total existente de este cantón y la magnitud del problema planteado, nos indica de que el problema por usurpación de tierra en este cantón, tiene un carácter sociojurídico de gran repercusión para el desarrollo integral del mismo.

Con los datos recién reseñados observamos cómo ha venido aumentando tanto en número de denuncias como en número de personas, las usurpaciones de tierras en el cantón de Coto Brus, enfatizándose fundamentalmente en la década de los 70 y 80, y dejo de esta manera expuesto lo que yo considero en llamar el proceso evolutivo de las usurpaciones de tierras que este cantón ha sufrido desde el año de 1962 hasta el año de 1984, creyendo firmemente que el mismo se debe a factores tanto como el aumento poblacional, de estructura tenencial de la tierra y uso de la misma, factores estos que quedaron debidamente analizados en los anteriores capítulos de que se compone este trabajo de investigación.

CUADRO COMPARATIVO ENTRE LAS CAUSAS INVESTIGADAS POR USURPACION Y OTROS DELITOS EN LA ALCALDIA DE COTO BRUS

1962	1963	1964	1965	1966	1967	1968
2–62	19–63	43–64	11–65	21–66	46–67	20–68
3–62	21–63	58–64	25–65	23–66	51–67	38–68
12–62	22–63	61–64	26–65	29–66	–	51–68
31–62	24–63	67–64	52–65	–	–	58–68
39–62	31–63	68–64	70–65	–	–	69–68
–	34–63	75–64	77–65	–	–	–
–	48–63	77–64	113–65	–	–	–
–	55–63	–	120–65	–	–	–
Total de causas por usurpación entradas en cada año						
5	8	7	8	3	2	5
Total de causas penales entradas en cada año en los diferentes delitos						
50	65	113	121	105	82	104

Fuente: Libro de registro de entradas de causas penales de la Alcaldía de Coto Brus.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CUADRO COMPARATIVO ENTRE LAS CAUSAS INVESTIGADAS POR USURPACION Y OTROS DELITOS EN LA ALCALDIA DE COTO BRUS

1969	1970	1971	1972	1973	1974	1975
4–69	2–70	8–71	9–72	26–73	2–74	22–75
44–69	7–70	17–71	47–72	66–73	58–74	99–75
64–69	18–70	90–71	83–72	77–73	96–74	282–75
83–69	19–70	–	–	78–73	118–74	–
96–69	22–70	–	–	109–73	129–74	–
–	23–70	–	–	143–73	–	–
–	28–70	–	–	–	–	–
–	29–70	–	–	–	–	–
–	47–70	–	–	–	–	–
–	57–70	–	–	–	–	–
–	62–70	–	–	–	–	–
–	63–70	–	–	–	–	–
–	64–70	–	–	–	–	–
Total de causas por usurpación entradas en cada año						
5	13	3	3	6	5	3
Total de causas penales entradas en cada año en los diferentes delitos						
104	86	105	108	155	175	324

Fuente: Libro de registro de entradas de causas penales de la Alcaldía de Coto Brus.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CUADRO COMPARATIVO ENTRE LAS CAUSAS INVESTIGADAS POR USURPACION Y OTROS DELITOS EN LA ALCALDIA DE COTO BRUS

1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982
175–76	15–77	64–78	39–79	29–80	2–81	14–82
334–76	22–77	94–78	63–79	80–80	3–81	71–82
–	98–77	95–78	83–79	95–80	4–81	100–82
–	112–77	106–78	90–79	143–80	13–81	115–82
–	171–77	109–78	116–79	297–80	165–81	147–82
–	196–77	124–78	171–79	–	189–81	180–82
–	233–77	131–78	172–79	–	228–81	181–82
–	237–77	132–78	241–79	–	238–81	185–82
–	246–77	156–78	249–79	–	283–81	215–82
–	–	178–78	250–79	–	–	232–82
–	–	186–78	262–79	–	–	249–82
–	–	195–78	287–79	–	–	264–82
–	–	204–78	–	–	–	286–82
–	–	206–78	–	–	–	332–82
–	–	210–78	–	–	–	351–82
–	–	230–78	–	–	–	389–82
–	–	251–78	–	–	–	405–82
–	–	263–78	–	–	–	–
–	–	273–78	–	–	–	–
–	–	366–78	–	–	–	–
Total de causas por usurpación entradas en cada año						
2	9	20	12	5	9	17
Total de causas penales entradas en cada año en los diferentes delitos						
415	288	368	364	384	352	431

Fuente: Libro de registro de entradas de causas penales de la Alcaldía de Coto Brus.

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CUADRO COMPARATIVO ENTRE LAS CAUSAS INVESTIGADAS POR USURPACION Y OTROS DELITOS EN LA ALCALDIA DE COTO BRUS

1983	1984
55–83	12–84
56–83	75–84
105–83	224–83 **
116–83	86–84
128–83	139–84
131–83	148–84
159–83	194–84
188–83	253–84
206–83	274–84
207–83	–
222–83	–
224–83 *	–

Total de causas por usurpación entradas en cada año

12	9

Total de causas penales entradas en cada año en los diferentes delitos

317	274

Fuente: Libro de registro de entradas de causas penales de la Alcaldía de Coto Brus.

* Tomo I

** Tomo II

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRODUCCION DE CAFE EN EL CANTON DE COTO BRUS (PERIODO 74–83)

Fanegas por cosecha	Periodo
101.858,95	74–75
138.958,25	75–76
103.657,17	76–77
141.111,31	77–78
148.415,65	78–79
164.291,21	79–80
157.629,26	80–81
165.035,05	81–82
170.410,09	82–83

Fuente: Reportes y cuadros estadísticos de la Oficina del Café.

CONCLUSION

Concluyo el presente trabajo de investigación, considerando que el proceso de desarrollo económico, social y agrario del cantón de Coto Brus, es bastante similar al proceso que se da a nivel nacional, pues si comparamos las diferentes etapas de que se componen, observaremos lo siguiente: Que a nivel nacional primeramente existen en nuestro país tierras vírgenes que eran ocupadas por indígenas (etapa precolombina), posteriormente con la llegada de los españoles a este territorio (Costa Rica) y dándose así inicio a la época colonial (etapa colonial), por una serie de circunstancias, tanto naturales como políticas, —que no se analizarán aquí—, así como por ser nuestro país un territorio pobre en yacimientos de oro y metales preciosos, a los colonos no les quedó más que abocarse al cultivo de la tierra y principalmente de granos básicos, como único medio de subsistencia, lo que va a hacer que la distribución de la tierra se dé en pequeñas parcelas.

Con la entrada del cultivo del café y la exportación a nivel internacional se da un violento cambio en la realidad socioeconómica del país, pues se pasa de una economía de subsistencia a una economía de empresa cafetalera y de exportación, lo que lógicamente trae consigo, se ocupen grandes extensiones de tierra y se constituyan grandes fincas cafetaleras, fenómeno este que conlleva a una concentración de tierras en manos de unos pocos y conforme lo que se ha dado en llamar *"Latifundio cafetalero"*.

Por su parte la historia del cantón de Coto Brus, viene a seguir los mismos pasos, pues primeramente, todas las tierras que hoy conforman lo que se llama Coto Brus, estaban en manos de los indígenas Bruncas y eran tierras vírgenes y selváticas; y posteriormente al llegar a los años cincuenta y precisamente en el año 52, cuando comienzan a arribar los colonos italianos a esta zona, los mismos se ven casi obligados a abocarse a la agricultura y siembra de granos básicos como único medio de subsistencia, quienes años después por diversas circunstancias que fueron enumeradas a lo largo de este trabajo y fundamentalmente en el primer capítulo, los colonos italianos sustituyen el cultivo original de granos básicos por la siembra extensiva del café, como medio de sostén de la economía del cantón, realizándose con ello también un cambio bastante marcado en la realidad económica y social del mismo. Observamos de esta manera cómo se asemejan dichos procesos, que están separados con casi 500 años uno del otro y que fueron llevados a cabo por extranjeros de un mismo origen y que estaban ajenos a la realidad del país.

Es casi conciencia general en los habitantes del

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cantón de Coto Brus, de que la distribución de la tierra y tenencia de la misma, se encuentra enmarcada dentro de un cuadro de armonía y justa distribución, ya que la mayoría de habitantes poseen su pequeña parcela para producir; pero no se están dando cuenta y desconocen por completo que están siendo objeto de engaño de una ilusión óptica, porque si bien es cierto que este cantón aparenta tener una equitativa distribución de la tierra, —porque gran parte de la población tiene su parcela para cultivar—, es importante hacer notar que la suma de toda esa tierra que compone cada una de las parcelas indicadas, alcanzan apenas un 32 por ciento del total de las tierras existentes en el cantón, llegando a constituir el 91 por ciento del total de las fincas existentes; situación esta que aparenta ante los ojos de todos los pobladores, la existencia de una excelente distribución y por ende tenencia de la tierra en este cantón, pero que no es así; porque si observamos la otra situación imperante, nos damos cuenta de que según los datos estadísticos del censo agropecuario de 1973 nos manifiesta, que las fincas mayores de 500 hectáreas y que ocupan el 4 por ciento del número total de fincas (1964 fincas) ocupan el 57 por ciento de la tierra existente en la superficie total del cantón, concentrándose esta en un número pequeño de fincas las cuales superan las 500 hectáreas de terreno individualmente.

Estos datos hacen ver claramente que en este cantón de Coto Brus existe concentración de tierra en manos de unos pocos y que dé pie a que dentro del mismo, como consecuencia lógica de esa estructura defectuosa de tenencia de la tierra surja y se prolifere el problema que he dado en llamar sociojurídico de usurpaciones de tierra y que se ha venido acrecentando tanto por razones de orden poblacional como de tenencia y uso de la tierra y que se ha visto atizado y aprovechado por grupos de ideologías izquierdistas con miras a fines partidistas y personales; problema este que como costarricenses primeramente y como cotobruseños luego, no podemos permitir que se siga desarrollando y se convierta en una bomba de tiempo para el cantón, pues si no le damos la atención debida y buscamos todas las soluciones posibles, para si no exterminarlo al menos alivianarlo y estancarlo, en los próximos y no muy lejanos años se podría acrecentar con repercusiones sociales, económicas y políticas de gran embergadura y de nefasto efecto para la convivencia pacífica del cantón.

Finalmente quiero externar mi deseo de que este pequeño trabajo sirva de pedestal para que otros de los muchos profesionales que integran esta comunidad cotobruseña expongan sus inquietudes, no solo en esta área, sino también en el aspecto social, político, cultural o de cualquiera otra índole, y que con ello podamos brindar de una u otra forma, un aporte a esta y a las futuras generaciones, que merecidamente tienen derecho a conocer mejor el desarrollo de su propio cantón.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

BARAHONA RIERA, Francisco. *Reforma Agraria y Poder Político.* San José, Editorial Universidad de Costa Rica, I edición 1980.

PARES Y CASELLAS, Domingo. *Bodas de Plata.* San José, Litografía el Caribe S.A., I edición 1977.

OBANDO CALVO, Jeannette. *Información básica sobre la municipalidad de Coto Brus,* Instituto de fomento y Asesoría Municipal, 1978.

RIVERA CORDERO, Alfredo. *Los recursos crediticios en Coto Brus,* Colegio Humberto Melloni, 1981.

H. MORENO, Alberto. *Situación actual y programa de asistencia técnica, proyecto lechero de Coto Brus,* Centro Agronómico Tropical de Investigación y Enseñanza, 1978.

TESIS

GOMEZ SOMARRIBAS, Mario Enrique. *Historia del Derecho Agrario en Costa Rica,* San José, Tesis para obtar el grado de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1982.

RAMIREZ FAJARDO, Aníbal. *Formas de tenencia de tierras en Costa Rica. Algunos otros aspectos de la actividad agropecuaria,* San José, Tesis para obtar el grado de Licenciado en Ciencias

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Económicas y Sociales, con especialización en economía, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Costa Rica, 1961.

BARAHONA RIERA, Francisco. *La reforma agraria en Costa Rica,* San José, Escuela de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica, 1979, mecanografiada.

OTRAS PUBLICACIONES

OFICINA DEL CAFE. *Informe de labores de 1973,* San José, edición especial 25 Aniversario, 1974.

OFICINA NACIONAL DE CENSO Y ESTADISTICA, *Informe semestral a diciembre de 1980,* San José, 1980.

***

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

VALIDEZ DEL CALCULO RETROSPECTIVO DE LA ALCOHOLEMIA

LIC. RIGOBERTO BLANCO SAENZ
Laboratorio de Ciencias Forenses
Organismo de Investigación Judicial

La estrecha relación entre el alcohol y los accidentes de tránsito, demostrada por la abundante documentación que correlaciona el deterioro en las habilidades motoras y mentales con diferentes niveles de etanol en sangre,[1] han motivado el empleo de la alcoholemia como un factor importante en la determinación de la mayor o menor responsabilidad de los implicados en hechos de tránsito. Pero muchas veces la alcoholemia se convierte en el indicio principal, lo que obliga a considerar cuál es realmente su valor como prueba objetiva.

La presentación escueta de los resultados de un análisis esconde muchas veces complejas implicaciones bioquímicas, que deben ser sobresimplificadas para su presentación con fines forenses. Un informe en el que se indica un nivel de alcoholemia se interpreta de acuerdo con criterios establecidos y aceptados, pero no se matiza con las diferentes circunstancias que deben considerarse para su verdadera interpretación y evaluación.

Como bien lo señalan Hume y Fitzgerald,[2] a diferencia de los científicos, que piensan y expresan sus resultados en términos de poblaciones, grupos, promedios y tendencias, los abogados deben pensar en la culpabilidad o inocencia de individuos. Y muchas veces la inocencia o culpabilidad se hace depender de un análisis realizado horas después de los hechos, y cuya interpretación se basa en generalizaciones resultado de observaciones del efecto del alcohol en grandes grupos de individuos, pero que llevan cierto riesgo al aplicarse individualmente.

El experto, al momento de interpretar el resultado de la alcoholemia, opina sin conocimiento de la tolerancia de la persona al alcohol, los hábitos en el tomado o la experiencia; o bien, si se había ingerido o no alimentos con el licor, extrapolando sus conclusiones sobre el estado de sobriedad en el momento del accidente.

Aunque existen muchos métodos que permiten la determinación del etanol en la sangre con una alta precisión,[3] la relativamente pequeña cantidad de alcohol a determinar, obliga a tener procedimientos de toma y conservación de la muestra que no alteren los niveles en el momento de la toma de la muestra. Pero el mayor problema es la interpretación de los resultados. Para entender las dificultades es necesario considerar los procesos de absorción y eliminación involucrados en el metabolismo del alcohol.[4]

Después de ingerir una sola dosis de alcohol, la absorción del mismo se inicia de manera lenta en el estómago, pero cuando pasa al intestino delgado la absorción es rápida, y el alcohol es llevado a todas las partes del cuerpo por el torrente sanguíneo. La absorción va a estar limitada fuertemente por la presencia de alimentos en el estómago, que de acuerdo con el contenido en grasas puede disminuir marcadamente la absorción del alcohol.

Apenas absorbido el alcohol, se inicia su eliminación especialmente por la oxidación enzimática en el hígado. La competencia de estos dos procesos: la absorción y la eliminación, hace que el nivel del alcohol en la sangre aumente, llegue a un máximo en 20 ó 60 minutos, después de lo cual la alcoholemia disminuye gradualmente con el tiempo, siempre y cuando no hayan nuevas ingestiones.

El uso de la alcoholemia en la predicción de la concentración de alcohol al momento del accidente se basa en un estudio realizado por Widmark en 1932.[2] Con base a 30 sujetos estudiados, Widmark propuso un método para la determinación de la cantidad de alcohol consumido y la alcoholemia un tiempo antes de la toma de la muestra. Para realizar su estudio, le dio una cantidad fija de alcohol a cada sujeto, con el

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

estómago vacío, y midió la alcoholemia a diferentes tiempos. Esto le permitió determinar la velocidad de eliminación para cada sujeto. Conociendo esta cantidad pudo calcular la alcoholemia teórica que se daría a tiempo cero si la absorción fuese instantánea. Widmark encontró grandes variaciones individuales, obteniendo un valor promedio de 15 +5 mg/dL—hora, es decir, variaciones hasta de un 30 % positivas o negativas.

Estudios más recientes (5,6) han demostrado que esta velocidad no solo tiene variaciones muy notables, sino que depende de si la persona es o no bebedora habitual, pudiéndose llegar hasta valores de 30 mg/dL—hora en este tipo de bebedores.

Otro asunto importante desde el punto de vista forense es el tiempo necesario para alcanzar el máximo en la alcoholemia, que según los resultados de Widmark es de 20 a 30 minutos, luego de ingerir una sola dosis de alcohol con el estómago vacío, pero que puede variar significativamente si lo que se ingiere es cerveza, se comen alimentos junto con el licor, o se bebe intermitentemente.

El método de Widmark es válido sólo si se cumplen las suposiciones y las condiciones en las cuales se plantea, pues en otras circunstancias sólo permite hacer estimaciones que pueden o no aproximarse a la realidad en el momento del accidente.

Por ejemplo, si un individuo ingiere varios tragos junto con una carne grasosa, puede alcanzar su máxima alcoholemia hasta tres horas después de terminar de tomar. Si camino de su casa sufre un accidente, es posible que no se le tome la muestra de sangre sino hasta dos horas después de ocurrido el accidente. Puede que su alcoholemia en el momento del accidente fuese baja, debido al efecto del alimento, pero el resultado del análisis será una cifra mayor, por estar cerca del máximo. El analista supone que el individuo está en proceso de eliminación, por lo que al valor obtenido le sumará los 30 mg/dL por las dos horas transcurridas. Si el valor de la alcoholemia hubiese subido hasta 120 mg/dL, con los 30 mg adicionales se tendrá un valor de 150 mg/dL. Las consecuencias legales de esta alcoholemia serán muy distintas a las relacionadas con una alcoholemia de 50—60 mg/dL, que pudiera ser el valor al momento del accidente.

Como se ve, a la alcoholemia debe dársele su justo valor. El resultado de la misma no es más que otro criterio que se debe considerar al juzgar si se manejaba bajo la influencia del alcohol. Un valor alto de la misma puede servir para echar abajo la defensa de "las dos cervezas", y un valor bajo puede indicar la necesidad de buscar otras causas que no sean el alcohol.

Se ha sugerido que su valor predictivo puede mejorarse significativamente si se tomaran dos muestras separadas por un período de media hora. De esta manera se tomaría en cuenta la naturaleza dinámica de la misma, y las características reales de la velocidad de eliminación.

BIBLIOGRAFIA

1. GONZALEZ LIZANO, Carlos M., *Revista Judicial Costa Rica,* año V, núm. 17, setiembre 1980, pág. 93 ss.

2. HUME, David N., y FITZGERALD, Edward F., *Analytical Chemistry,* vol. 57. núm. 8, 1985, pág. 876A ss.

3. BLANCO Rigoberto y VILLALOBOS Alberto , *Medicina Legal,* vol. 2, núm. 3, 1985, pág. 7.

4. DOULL, John; KLAASSEN, Curtis D.; y AMDUR, Mary O., *"Toxicology",* Macmillan Pub., 1980, pág. 687.

5. WINEK, Charles L. y MURPHY, Kathy L., *Forensic Science Int.,* vol. 25 1984, págs. 159, 166.

6. BRUNO R., Iliadis A., TREFFOT B., MARIOTTI B, CANO J.P., y JULLIEN G., *Forensic Science Int.,* vol. 21, 1983; pág. 207.

*

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

COMENTARIO: EL SINTOMA DE LA DROGADICCION

DR. CARLOS MATIAS GONZALEZ LIZANO
Jefe del Departamento de Laboratorios
de Ciencias Forenses

La palabra droga es usada de muchas formas. Se utiliza para designar una medicina común hasta para referirse a aquellas sustancias legales o ilegales que afectan el sistema nervioso y de las cuales se puede abusar. Hay por lo tanto una amplia variedad de drogas que se pueden comprar en la farmacia con o sin indicación médica para aliviarnos de malestares reales o imaginarios. Serán beneficiosas en el tanto que hagamos buen uso de ellas.

Desafortunadamente, muchas personas consumen los medicamentos con otros motivos. Un abuso muy corriente es el de los analgésicos como la aspirina que sirve para "prevenir un posible resfrío cuando un niño se ha expuesto a una corriente de aire" o para aliviar cualquier otro malestar imaginario. Otras veces se abusa de ciertas drogas que aunque crean dependencia no constituyen un problema para la sociedad como la nicotina (tabaco) o la cafeína (el café). Pero el abuso más frecuente y grave está en consumir en exceso drogas aceptadas legalmente como el alcohol, o productos ilegales como la marihuana, la cocaína o la heroína con el fin de evadir problemas y responsabilidades o simplemente por el "placer" que ellas producen.

Si bien es cierto que los adultos no están exentos del abuso de drogas, el problema actual se centra principalmente en la drogadicción de niños, adolescentes y adultos jóvenes de edad universitaria. Las nuevas generaciones cuestionan los valores de la sociedad. Encuentran en sus padres individuos interesados en el bienestar material y faltos de unidad de vida. Dios "ha muerto" y el dios poder y tener ha ocupado su lugar; predican contra la droga pero en sus fiestas y reuniones se abusa del alcohol (una droga como cualquiera otra). En el hogar se pregonan las virtudes humanas y ni papá o mamá las cumplen. El diálogo entre padres e hijos está roto; padres e hijos parecen tener intereses diferentes.

La sociedad, que no es más que el reflejo de la situación a nivel de la familia, se les presenta como un mundo lleno de zozobra. Hay falta de respeto al prójimo y existe una alta competitividad y que angustia al joven que comienza muy temprano en la escuela. Las escuelas y colegios se vanaglorian de ser las mejores entre más competitividad provoquen entre sus alumnos —el que se queda atrás que se quede— y se olvidan que al ser humano hay que educarlo integralmente; en lo espiritual, lo corporal y lo académico. El hedonismo es promocionado altamente por lo que al final, el joven no tiene más que recurrir a la droga. Las personas terminan usando o abusando de las drogas con la esperanza de acabar con el dolor, la ansiedad, las frustraciones o el aburrimiento con la esperanza de resolver los problemas o simplemente por el "placer" que estas producen porque siempre hay que sentirse "feliz y alegre". No toman en cuenta sin embargo, el riesgo de ser atrapados en una espiral interminable que solamente creará nuevos problemas o empeorará los pasados.

Al final encontramos que el problema de las drogas no es una enfermedad en sí, sino un síntoma de una grave enfermedad que padece la familia y que se refleja muy tristemente en la sociedad. Por lo tanto, los padres tenemos la obligación de prevenirla y no tratar de acabar con el mercado negro de la droga. La prevención es una idea que reemplace sentimientos negativos sobre uno mismo con actitudes y valores altamente positivos.

La prevención comienza desde que se tiene noticia del nacimiento futuro del nuevo ser. Como padres, cuando tomamos tiempo para escuchar, mostrar interés y estar cerca de nuestros hijos, ya estamos ayudando a prevenir el problema. Si los niños crecen con amor y con un sentimiento de seguridad; si se pueden expresar libremente, si son realistas y optimistas sobre sus habilidades y

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

puedan tomar decisiones sólidas, es muy probable que nunca desarrollen dependencia hacia la droga. En fin la prevención es estar presentes cuando los hijos nos necesiten, es proveerlos de amor y dirección, es buscarles un ambiente sano y una escuela donde nuestros hijos sean considerados como personas y no números; donde se les acepte tal y como son sus defectos y virtudes, donde se les guíe a obtener la mejora personal y sean educados espiritual, corporal y académicamente.

***