

EXP-24-017382-0007-00

CONSULTA FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR:
VARIOS DIPUTADOS (AS) DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA SOBRE EL
PROYECTO DE CONVOCATORIA A REFERENDO EXPEDIENTE # 24635 EL
CUAL PRETENDE EL REFERENDO DE LA "LEY JAGUAR PARA IMPULSAR EL
DESARROLLO DE COSTA RICA.

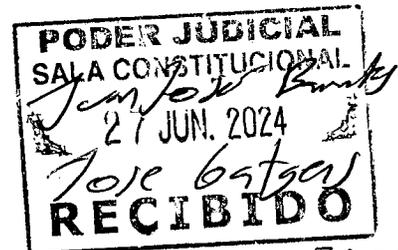
Señores Magistrados
Sala IV, Constitucional, Corte Suprema de Justicia

Respetables señores:

Quienes firmamos, en nuestra condición de Diputados y Diputadas de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica para el período constitucional 2022-2026, con fundamento en el principio constitucional de razonabilidad del momento procesal oportuno, así como de lo dispuesto en los artículos 10 de la Constitución Política en relación con el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y el artículo 98 y 96 del mismo cuerpo normativo, así como de los principios de: supremacía constitucional, vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, plenitud hermética del ordenamiento jurídico y seguridad jurídica, respetuosamente formulamos la presente **CONSULTA FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD**, sobre el Proyecto de convocatoria a Referendo Expediente # 24.365 el cual pretende el referendo de la "Ley Jaguar para Impulsar el Desarrollo de Costa Rica" Expediente #24.364 en las consideraciones y fundamentos que a continuación exponaremos.

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROYECTO DE LEY CONSULTADO

Se somete a consideración de los señores Magistrados de la Sala Constitucional el Proyecto de convocatoria a Referendo Expediente # 24365 el cual pretende el referendo de la "Ley Jaguar para Impulsar el Desarrollo de Costa Rica" Expediente #24.364



17:05

II. FUNDAMENTACION LEGAL DE LA CONSULTA

El referéndum como herramienta democrática consagrado en el artículo 105 de la Constitución Política de Costa Rica de 1949 en el ejercicio de los derechos políticos de los costarricenses es un mecanismo de reciente aplicación.

“Artículo 105. —La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa por medio del sufragio. Tal potestad no podrá ser renunciada ni estar sujeta a limitaciones mediante ningún convenio ni contrato, directa ni indirectamente, salvo por los tratados, conforme a los principios del Derecho Internacional.

El pueblo también podrá ejercer esta potestad mediante el referéndum, para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución, cuando lo convoque al menos un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral; la Asamblea Legislativa, mediante la aprobación de las dos terceras partes del total de sus miembros, o el Poder Ejecutivo junto con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

El referéndum no procederá si los proyectos son relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa.

Este instituto será regulado por ley, aprobada por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.”
(el destacado no es del original)

El único antecedente de aplicación de esta forma de consulta ciudadana corresponde a la consulta popular realizada el 7 de octubre del año 2007 y cuyo tema de consulta fue el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-DR). Este evento no solo supuso la puesta en marcha de un mecanismo electoral inusual en el ejercicio democrático costarricense, sino un debate alrededor del marco jurídico entorno a este mecanismo, ya que el país no contaba con una norma que regulara esta figura de consulta y, por tanto, se carecía de jurisprudencia normativa y constitucional que permitiera aclarar aquellos aspectos procesales relacionados al referéndum.

Al carecer de regulación, en el año 2006, la Asamblea Legislativa emite la ley N° 8492 “Ley sobre Regulación del Referéndum” del 9 de abril de 2006, para así ejecutar la consulta popular contenida en el artículo 105 de la Constitución. Siendo un escenario completamente nuevo para todas las partes involucradas y teniendo en cuenta que la coyuntura del momento se presentaba apremiante, pues existía un periodo determinado para la ratificación o no del Tratado de Libre Comercio por parte de Costa Rica, se generaron algunos vacíos procedimentales en la etapa preparatoria. Tal es el caso del momento procedimental oportuno para la admisibilidad de Consultas Facultativas por parte de los diputados y diputadas de la República.

En este contexto es oportuno aclarar que tal como lo establece el artículo 105 constitucional, existen tres mecanismos o modalidades de Referéndum¹, específicamente son:

“Artículo 3º-Modalidades del referéndum.

Son modalidades del referéndum las siguientes:

- a) **De iniciativa ciudadana:** convocado al menos por un cinco por ciento (5%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.
- b) **Legislativo: convocado por la Asamblea Legislativa mediante la aprobación de dos terceras partes del total de sus miembros.**
- c) **Ejecutivo: convocado por el Poder Ejecutivo junto con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.”** (El destacado no es del original)

Como puede observarse en dos de los mecanismos la Constitución Política y la Ley de regulación del referéndum prevén la participación de los legisladores, en el caso de la modalidad de referéndum legislativo y en el caso de la modalidad de referéndum Ejecutivo el cual requiere de mayoría absoluta para ser tramitado.

Con base en el principio de razonabilidad que debe imperar en la aplicación de las normas, se considera oportuno que la presentación y evacuación de esta consulta se realice en el momento procedimental actual.

¹ En Ley N° 8492, “Ley sobre Regulación del Referéndum” del 04 abril 2006.

La figura de la Consulta Facultativa, regulada en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional del 11 de octubre de 1989, estipula que:

“[...] Artículo 96- Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos e **iniciativas de referéndum en cualquiera de sus modalidades**, en los siguientes supuestos:

a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.

b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, **de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos**, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, **cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados**.

c) Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratare de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional.

ch) Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.

d) Cuando lo solicite el Tribunal Supremo de Elecciones, si se tratara de iniciativas de referéndum en cualquiera de sus modalidades. [...] (El resaltado no pertenece al original)

Destacamos de este artículo dos elementos esenciales: el primero es el inciso b) donde claramente se establece que la aprobación legislativa de actos está sujetos a consulta de constitucionalidad, dado que la modalidad de referéndum legislativo y la de referéndum Ejecutivo-Legislativo son actos legislativos y por tanto en ambos casos al menos 10 diputados tienen derecho a realizar la consulta constitucional. Y el segundo es que en caso de que al menos 10 diputados no realicen la consulta, el TSE puede hacerla.

Como se demuestra en la Resolución de la presidencia de la Asamblea Legislativa sobre el trámite parlamentario del expediente No. 24.365. (incluir fecha de aprobación)

“...La iniciativa se encuentra incluida en el punto N° 3 de los asuntos de la primera parte del Orden del Día del Plenario Legislativo, Asuntos de Régimen Interno, en el primer lugar, de conformidad con el artículo 35 del Reglamento de la Asamblea Legislativa...” (Acta de Plenario 24 de junio 2024)

Por su parte, el artículo 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional del 11 de octubre de 1989 dicta lo siguiente:

“[...]Artículo 98- Cuando se trate de reformas constitucionales, la consulta deberá hacerse después de su aprobación en primer debate, en primera legislatura, y antes de la definitiva. **Cuando se trate de otros proyectos o actos legislativos sujetos al trámite de emisión de las leyes deberá interponerse después de aprobados en primer debate y antes de serlo en tercero.**

No obstante, cuando la Asamblea Legislativa tuviere un plazo constitucional o reglamentario para votar el proyecto, la consulta deberá hacerse con la anticipación debida y el proyecto se votará, aunque no se haya recibido el criterio de la Sala.

En los demás supuestos, la consulta deberá plantearse antes de la aprobación definitiva.

En el caso de las iniciativas de referéndum, **la consulta deberá plantearse antes de la autorización de recolección de firmas del Tribunal Supremo de Elecciones en el caso de la modalidad de iniciativa ciudadana y antes de la convocatoria a referéndum para las demás modalidades[...].** (El resaltado no pertenece al original).

Destacamos del artículo dos elementos: el primero, que cuando la consulta es realizada por al menos 10 diputados esta debe realizarse **antes de la aprobación** es decir que para el caso de consulta de constitucionalidad establecida en el art. 96 señalado anteriormente **el artículo 98 define que es antes de la aprobación definitiva** y el segundo que en el caso de las iniciativas popular el TSE **deberá plantearla** antes de la recolección de firmas y para el resto de modalidades antes de las convocatoria.

Siendo que la ley N° 8492, “Ley sobre Regulación del Referéndum” en sus artículos 12 y 13 establecen:

“Artículo 12.-Referéndum legislativo.

La Asamblea Legislativa podrá convocar a referéndum cuando concurren los siguientes requisitos y procedimiento:

a) Que se presente **un proyecto de acuerdo firmado** por uno o más diputados, acompañado del texto del proyecto de ley que se someterá a referéndum. El proyecto de ley podrá ser cualquiera que se encuentre en trámite en la corriente legislativa o que no haya ingresado a esta. En caso de referéndum de un proyecto de reforma parcial de la Constitución, **el proyecto de acuerdo** deberá presentarse después de haber sido aprobada la reforma en una legislatura y antes de la siguiente.

b) Que la propuesta sea presentada en el período de sesiones ordinarias y **se tramite por los procedimientos reglamentarios al efecto.**

c) Que concurren dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa para la aprobación del acuerdo. Si no se obtiene la votación requerida, el proyecto de acuerdo se archivará.

Dentro del plazo de ocho días hábiles después de la convocatoria, el presidente de la Asamblea Legislativa presentará el acuerdo y el proyecto de ley ante el TSE, para la comunicación, la organización y los demás trámites del referéndum.” (El destacado no es del original)

Es decir, que, esta modalidad se refiere al acto legislativo denominado Acuerdo, y por tanto se debe considerar en armonía con el artículo 96 de la ley de jurisdicción constitucional analizado anteriormente, por lo que la consulta legislativa de los legisladores se debe aplicar de conformidad con el procedimiento reglamentario, para este caso el correspondiente a los actos de única votación.

“Artículo 13.-Iniciativa conjunta del Poder Ejecutivo y de la Asamblea Legislativa. La convocatoria conjunta del Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa para referéndum, deberá ajustarse a lo siguiente:

a) La iniciativa del Poder Ejecutivo tendrá la forma de decreto y contendrá adjunto el texto del proyecto de ley que se desea someter a consulta popular.

b) Una vez recibida por la Asamblea Legislativa, **seguirá el trámite previsto en el artículo anterior relativo al procedimiento para la**

convocatoria a referéndum por iniciativa de la Asamblea Legislativa.

La Asamblea, mediante acuerdo aprobado por la mayoría de la totalidad de sus integrantes, decidirá someter o no a referéndum para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución.

c) Si la Asamblea Legislativa aprueba la propuesta de convocatoria a referéndum, el texto será enviado por el presidente de la Asamblea Legislativa al TSE en un plazo máximo de ocho días hábiles, a fin de que este realice las actividades necesarias para el trámite respectivo.

d) Si la Asamblea Legislativa no aprueba la propuesta de convocatoria a referéndum, se ordenará su archivo. [...] (EL destacado no es del original)

De la anterior metodología señalada en la ley N° 8492 se desprende que la discusión del decreto de convocatoria será únicamente, para aprobarla o rechazarla, por lo que se considera que es razonable la admisión de esta consulta presentada por los diputados y diputadas de la República debido a que para los efectos, la única votación del acuerdo de convocatoria a referéndum es el acto final, y por ende el momento procesal oportuno para consultar es precisamente ahora, antes del acto definitivo.

En esta misma línea de interpretación respecto a los actos legislativos, la Sala Constitucional ha señalado en tres oportunidades;

Mediante el voto número 2007-09469 al referirse a un proyecto de acuerdo de reforma al reglamento de la Asamblea Legislativa en la que se admitió la consulta antes de la primera y única votación, a los efectos dicha resolución dispone:

“Dentro de los diferentes tipos de consulta de constitucionalidad, nos encontramos con la consulta facultativa contemplada en el inciso b) del artículo 96 de la citada ley, la cual debe reunir al menos dos requisitos: 1) planteada por al menos diez diputados y 2) que el proyecto consultado haya sido aprobado en primer debate y antes de su aprobación definitiva. Respecto de este último requisito, existe una excepción, toda vez que se puede presentar la consulta facultativa de constitucionalidad aun antes de haberse aprobado el proyecto en primer debate, cuando la Asamblea Legislativa tiene plazo constitucional o reglamentario para votarlo.

En el sub lite, el proyecto consultado, que se refiere a una reforma al Reglamento de la Asamblea Legislativa, satisface tanto el primer requisito, porque la consulta fue planteada por diez diputados, como el segundo, pues la consulta se ha presentado antes de su aprobación **definitiva en único debate**.² (el destacado no es del original)

Se evidencia entonces en virtud de la anterior resolución y según el principio de paralelismo de las formas, que el momento procesal oportuno en el que la Asamblea Legislativa puede realizar la consulta facultativa de constitucionalidad es este, caso contrario, sería resorte únicamente del Tribunal Supremo de Elecciones, quien tiene una función facultativa y no potestativa en cuanto a la consulta de constitucionalidad del expediente que será objeto del trámite de referéndum. La consecuencia lógica de esto sería que las y los diputados seríamos obligados a votar acerca de un proyecto que, como el que se pretende llevar a referéndum, tiene evidentes vicios de inconstitucionalidad, sin que antes podamos efectuar la consulta facultativa de constitucionalidad a la autoridad correspondiente.

En adición a lo anterior, se sustenta la presente consulta en los artículos 10 de la Constitución Política en relación con el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y de los artículos 96 y 98 del mismo cuerpo normativo, así como de los principios de: supremacía constitucional, vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, plenitud hermética del ordenamiento jurídico y seguridad jurídica, siendo esto avalado por la misma Sala Constitucional en el voto número 2007-09469 el cual a los efectos dispone:

[...] II.- Sobre la legitimación de la Defensoría de los Habitantes y de los señores Diputados para plantear la consulta. Según lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, existen dos tipos de control previo de constitucionalidad: el que se ejerce a través de la consulta preceptiva de constitucionalidad y aquel que se ejerce mediante la consulta facultativa. El inciso a) de dicho artículo es el que regula lo relativo a la consulta preceptiva de constitucionalidad pues establece como obligatoria la consulta de los proyectos de reformas constitucionales, de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales. Asimismo, los incisos b), c), y ch), regulan lo relativo a la consulta facultativa, pues legitima a ciertos funcionarios públicos por el cargo que ostentan a presentar la consulta sobre proyectos de ley si estiman que violentan algún principio o valor constitucional. En el caso de que un proyecto de ley se encuentre en la corriente legislativa, los

² Voto de la Sala Constitucional resolución 11122-2020

artículos 97 y 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional son claros al indicar que la consulta debe presentarse una vez aprobado el proyecto en primer debate. Sin embargo, el pronunciamiento de la Sala es vinculante únicamente en cuanto se establezca la existencia de trámites inconstitucionales y no por razones de fondo. Lo anterior tiene sentido, pues en el seno legislativo tanto la Constitución como el Reglamento de la Asamblea Legislativa garantizan una serie de derechos a las y los diputados que no pueden quebrantarse durante el trámite de aprobación de la ley. Sin embargo, en el caso concreto en el que el trámite legislativo ha sido abandonado para dar paso a un proceso de referéndum autorizado por el Tribunal Supremo de Elecciones, surge la duda de cuál es el momento oportuno para plantear la consulta de constitucionalidad, pues no existe norma alguna que establezca esa posibilidad frente a un proceso de consulta popular. Ante la laguna normativa sobre la admisibilidad de la consulta formulada por la Defensoría de los Habitantes y los Diputados, **este Tribunal Constitucional en aras de los principios de la supremacía constitucional contenido en los artículos 10 de la Constitución Política y 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, de la eficacia directa e inmediata de la Constitución, de acuerdo con el cual no es necesario el desarrollo legislativo de los principios, valores y preceptos constitucionales, de la vinculación más fuerte de los derechos fundamentales, de la plenitud hermética del ordenamiento jurídico y de la seguridad, opta por admitirlas para que sean evacuadas en los extremos que más adelante serán determinados. La jurisdicción constitucional debe ser reflejo de la textura abierta y flexible del Derecho de la Constitución y su interpretación debe ser espiritual y no formal. Sobre el particular, el artículo 14 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que "(...) A falta de disposición expresa, se aplicarán los principios del Derecho Constitucional, así como los del Derecho Público y Procesal generales (...)"**. Es claro que el pueblo como soberano debe someterse a la Constitución Política, y es por ello que frente a la existencia de un referéndum esta Sala no pierde su competencia para realizar el respectivo control de constitucionalidad, según lo establecido en el artículo 10 de la Carta Fundamental. No podría interpretarse de manera restrictiva esta competencia, tomando en consideración el principio de supremacía constitucional. Por lo anterior, este Tribunal estimó procedente dar curso a las consultas de constitucionalidad presentadas, por cuanto ante la existencia del vacío legal, debe interpretarse en favor de la posibilidad de control, para evitar que el pueblo acuda a las urnas sin tener claros los aspectos de constitucionalidad[...]" (El destacado no es parte del original)

Pese a la claridad de ambas resoluciones, la cual es conteste con la opinión que la mayoría de los y las diputados han tenido respecto al trámite de Consulta de Constitucionalidad, en la actualidad la Ley n.º10013 aprobada en el año 2021, que tenía como objetivo incorporar la consulta previa y facultativa de constitucionalidad en los procesos de referéndum al TSE, en la práctica ha generado nuevas dudas sobre otro posible vacío legal, que motivó a 22 legisladores a presentar la consulta N°24-016511-0007-C.

Mediante la Resolución N° 2024-017547 del 21 de junio 2024, voto de mayoría varió sustantivamente la posición histórica analizada en los segmentos anteriores, se destacan los principales cambios:

i.- La Ley N° 10013 del 24 de agosto de 2021, limitó la participación de los legisladores de consulta en materia de referéndum.

“... Los artículos 96 y 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional N° 7135 del 11 de octubre de 1989, fueron reformados por la Ley N° 10013 del 24 de agosto de 2021, mediante la cual se incorporó la consulta previa facultativa de constitucionalidad de las iniciativas de referéndum...

...A partir de lo anterior, se tiene que la Ley de la Jurisdicción Constitucional vigente **permite la consulta previa facultativa de constitucionalidad respecto a las iniciativas de referéndum en cualquiera de sus modalidades (ciudadana, legislativa o proveniente del Poder Ejecutivo), siempre que sea formulada por el Tribunal Supremo de Elecciones, a quien se le atribuye esta competencia, la cual debe ejercer en determinados momentos, sea, antes de la autorización de recolección de firmas en caso de iniciativa ciudadana y antes de la convocatoria a referéndum en las otras modalidades, excepto de que el proyecto de ley haya sido aprobado en primer debate o tenga plazo constitucional o reglamentario en las modalidades del referéndum legislativo o conjunto, pues, en estos supuestos, si podrían otros órganos o un grupo de diputados, con base en las reglas que se establecen el numeral 96 y los artículos 12, inciso a) y 13, inciso b) de la Ley de Regulación del Referéndum... Quiere esto decir que será en ese momento procesal que establece el último numeral cuando todos los órganos mencionados en los citados incisos y grupo de diputados (as) pueden plantear la consulta, no antes, porque esta posibilidad solo está prevista para el Tribunal Supremo de Elecciones, como se explicara más adelante.”(El destacado no es del original)**

El Voto de mayoría cuando una abstracción e interpretación literal, sistemática, teleológica e historia de la Ley N° 10013 de 24 de agosto de 2021, indicando que dicha ley no hace referencia a favor de los órganos y grupos de diputados (as), se considera incompleta, porque su objetivo de esta era integrar la función del TSE, y no limitar la facultad que ya tenían los diputados, veamos:

“... **En la primera** se propone adicionar un inciso d) al artículo 96 y un último párrafo al artículo 98 y, también reforma el primer párrafo del artículo 96. La idea es sencillamente es por la vía de la consulta de constitucionalidad se pueda ejercer la opinión consultiva previa a la jurisdicción constitucional de las iniciativas de referéndum

³ Ley n.º10013 “Ley para incorporar la consulta previa y facultativa de constitucionalidad en los procesos de referéndum”, con rige a partir de su publicación; publicada en el Alcance 196 a La Gaceta n.º188 de 30 de octubre de 2021.

cuándo lo solicite el Tribunal Supremo de Elecciones antes de la resolución que autoriza la recolección de firmas. Es decir, **se le otorga al TSE la posibilidad -y no la obligación- de realizar una consulta previa de constitucionalidad en iniciativas de referéndum, siempre y cuando se realice hasta de un momento determinado.**

En la segunda, consecuente con lo establecido en el párrafo anterior, se adiciona un nuevo inciso d) al artículo 6 (corrigiéndose la numeración de los incisos siguientes) y se modifica puntualmente el inciso e) -anterior inciso d)- del mismo artículo. **En este caso, la idea es introducir dentro del trámite del procedimiento de referéndum, la posibilidad del TSE de enviar la iniciativa a la Sala Constitucional para que esta emita su opinión consultiva previa de constitucionalidad. (El destacado no es del original)**"

Desde la óptica parlamentaria, interpretar que una adición de un órgano como lo es el TSE implica anular o bien renunciar a la participación de los legisladores en esta consulta no corresponde a la discusión del expediente. Por lo que coincidimos entonces con el análisis del Magistrado Rueda Leal y las Magistradas Garro Vargas Y Hess Herrera quienes mantienen la tesis histórica del órgano constitucional, veamos:

A.- Respecto a los artículos 96 y 98 de la ley de jurisdicción constitucional:

"...si se mira con detalle el encabezado del art. 96 se aprecia que se admite expresamente la posibilidad de plantear una consulta de constitucionalidad "sobre los proyectos legislativos e iniciativas de referéndum en cualquiera de sus modalidades". La redacción de ambas normas, sobre el particular, es abierta, de modo tal que cabe entender que ninguna de ellas obstaculiza que la consulta sea formulada por las y los legisladores, siempre y cuando cumplan la condición que -ahora sí, a texto expreso- define la ley, al establecer que deben ser al menos diez diputadas o diputados quienes la formulen, lo cual se satisface cabalmente en este caso.

Esta forma de entender ampliamente la legitimación de los y las legisladoras se compagina con la afirmación contenida en la consulta de este Tribunal No. 2007-009469 "...debe interpretarse en favor de la posibilidad de control, para evitar que el pueblo acuda a las urnas sin tener claros los aspectos de constitucionalidad..."

... sobre la oportunidad procesal para requerir la opinión consultiva de la Sala, la labor hermenéutica para despejar esta interrogante debe partir de un punto esencial: se trata de la modalidad de referéndum de iniciativa conjunta del Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa (en las palabras literales del artículo 13 de la Ley sobre Regulación del Referéndum, No. 8492), vinculada a disposiciones de rango legal. La importancia de diferenciar la modalidad de referéndum reside en que las pautas

procedimentales que se encuentran en la Ley de la Jurisdicción Constitucional y la Ley sobre Regulación del Referéndum diseñan condiciones, caminos y consecuencias diversas para cada una de ellas...” (el destacado no es del original)

b.- El trámite de acuerdo legislativo parece ser equiparado al de un proyecto de ley:

Como se ha señalado el voto mayoría genera una duda razonable respecto a la argumentación utilizada en **Resolución 11122–2020**, el tipo de expediente legislativo que corresponde a este trámite, tal como consta en la Resolución de la presidencia de la Asamblea Legislativa sobre el trámite parlamentario del expediente No. 24.365, veamos:

“... La iniciativa se encuentra incluida en el punto N° 3 de los asuntos **de la primera parte del Orden del Día del Plenario Legislativo, Asuntos de Régimen Interno**, en el primer lugar, de conformidad con el artículo 35 del Reglamento de la Asamblea Legislativa...” En Acta legislativa del 24 de junio 2024)

Se coincide entonces con el análisis del Magistrado Rueda Leal y las Magistradas Garro Vargas y Hess Herrera quienes mantienen la tesis histórica del órgano constitucional, en esta materia, veamos:

“... En el caso de la modalidad de referéndum de iniciativa conjunta del Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa, dispone el artículo 13 de la Ley sobre Regulación del Referéndum lo siguiente:

“Artículo 13.-Iniciativa conjunta del Poder Ejecutivo y de la Asamblea Legislativa. (...)

b) Una vez recibida por la Asamblea Legislativa, seguirá el trámite previsto en el artículo anterior relativo al procedimiento para la convocatoria a referéndum por iniciativa de la Asamblea Legislativa.

La Asamblea, mediante **acuerdo** aprobado por la mayoría de la totalidad de sus integrantes, decidirá someter o no a referéndum para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución. (...)

La cita del artículo 12 de la Ley sobre Regulación del Referéndum resulta pertinente, al fungir como disposición supletoria del ordinal 13, según se ha destacado:

“Artículo 12.-Referéndum legislativo.

La Asamblea Legislativa podrá convocar a referéndum cuando concurren los siguientes requisitos y procedimiento:

a) Que se presente **un proyecto de acuerdo** firmado por uno o más diputados, acompañado del texto del proyecto de ley que se someterá a referéndum. El proyecto de ley podrá ser cualquiera que se encuentre en trámite en la corriente legislativa o que no haya

ingresado a esta. En caso de referéndum de un proyecto de reforma parcial de la Constitución, el proyecto de acuerdo deberá presentarse después de haber sido aprobada la reforma en una legislatura y antes de la siguiente. (...)

c) Que concurren dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa para la aprobación del **acuerdo**. Si no se obtiene la votación requerida, el proyecto de acuerdo se archivará.

Dentro del plazo de ocho días hábiles después de la convocatoria, el presidente de la Asamblea Legislativa presentará **el acuerdo** y el proyecto de ley ante el TSE, para la comunicación, la organización y los demás trámites del referéndum." (el énfasis es agregado)

De las dos disposiciones citadas, se lee con claridad que en la modalidad de referéndum de iniciativa conjunta del Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa **estamos frente a una propuesta de acuerdo legislativo, acto que se vota en una sola sesión**, tal y como lo expresa el artículo 124 de la Constitución, (...)

Tanto es así, que el artículo 12 supra citado con meridiana claridad se refiere, como objetos independientes, a "el acuerdo y el proyecto de ley"

Al respecto, es importante aclarar que en esta modalidad de legislación - ejercida directamente por el pueblo- la Asamblea Legislativa no se pronuncia sobre el fondo del proyecto de ley. A ella lo que le corresponde es aprobar, o no aprobar la convocatoria al referéndum. ...

Por lo tanto, no hay un primer o segundo debate, sino solamente una votación para determinar si efectivamente se convoca el referéndum. En ese sentido, conviene recordar nuevamente lo dicho por esta Sala en la opinión consultiva supra citada, en el sentido de que el trámite legislativo se "abandona" para dar paso al referéndum autorizado. En otras palabras, el expediente sale de la corriente legislativa y se traslada al ámbito de la consulta popular.

Establecido lo anterior, corresponde regresar a la regulación de la consulta de constitucionalidad en la Ley de la Jurisdicción Constitucional. **Su artículo 98 se ocupa de la oportunidad procesal para entablar la consulta.** A nuestro juicio, la norma procura alcanzar un equilibrio entre dos propósitos relevantes: contar con un objeto de análisis maduro, con cierta viabilidad política -en lato sensu-; pero, sin que aún tenga carácter concluyente o represente una voluntad completamente formada. **La ventana de oportunidad para requerir la consulta del acuerdo se establece entre estos dos extremos y deviene esencial a fin de que las diputadas y los diputados tengan suficientes elementos de convicción sobre la constitucionalidad o no de lo que se pretende someter a referéndum, esto es, de manera informada puedan decidir acerca de la conveniencia o no de tomar un acuerdo de convocatoria al respecto.**" (El destacado no corresponde al original)

Es importante a los efectos de la presente consulta de constitucionalidad el concepto de acto legislativo, así como de acuerdo legislativo, por el cual se entiende: Ley o acuerdo de la Asamblea Legislativa, con carácter general y

obligatorio⁴, por su parte acuerdo se define como: Acto parlamentario que no tiene carácter de ley ni requiere los trámites establecidos para ella, pero posee el mismo carácter imperativo. Mediante él, la Asamblea Legislativa trata su propia organización dictando o reformando su reglamento; también, ejerce las potestades de control político como el nombramiento de comisiones especiales, votos de censura y toma de resoluciones como concesión de honores, nombramiento de funcionarios, etc.

Además de la actividad legislativa propiamente dicha, entendida como la emisión de leyes, la Asamblea tiene otras atribuciones exclusivas que se materializan como acuerdos legislativos. Estos acuerdos no tienen el carácter de leyes y no requieren de los trámites establecidos para éstas, sino de un procedimiento más simple, pero tienen el mismo rango normativo.⁵

Ese mismo rango normativo de los acuerdos legislativos, se lo otorga el artículo 124 constitucional:

“Artículo 124.-Para convertirse en ley, todo proyecto deberá ser objeto de dos debates, cada uno en día distinto no consecutivo, obtener la aprobación de la Asamblea Legislativa y la sanción del Poder Ejecutivo; además, deberá publicarse en La Gaceta, sin perjuicio de los requisitos que esta Constitución establece tanto para casos especiales como para los que se resuelvan por iniciativa popular y referéndum, según los artículos 102, 105, 123 y 129 de esta Constitución. No tendrán carácter de leyes ni requerirán, por tanto, los trámites anteriores, los acuerdos tomados en uso de las atribuciones enumeradas en los incisos 2), 3), 5), 6), 7), 8), 9), 10), 12), 16), 21), 22), 23) y 24) del artículo 121 así como el acto legislativo para convocar a referéndum, los cuales se votarán en una sola sesión y deberán publicarse en La Gaceta”.

Nótese entonces que de acuerdo a norma constitucional el acto legislativo se encuentra al mismo nivel de la aprobación de ley ordinaria, siendo entonces importante señalar acá varios temas:

Tanto en los procesos de formación de ley ordinaria (proyecto de ley) como en los procesos de reforma al reglamento de la Asamblea Legislativa (proyectos de acuerdo legislativo), les es posible a los legisladores la realización del control de constitucionalidad por medio de la vía de la consulta facultativa de constitucionalidad.

Como se ha señalado el expediente #24365 Proyecto de acuerdo iniciativa para la convocatoria a referéndum para que la ciudadanía apruebe o impruebe el proyecto:

⁴https://www.asamblea.go.cr/ca/Diccionario%20actividad%20parlamentaria/Diccionario_legislativo.pdf

⁵ Ramirez Altamirano Marina, Manual de Procedimientos Legislativos, tercera Edición, Editorial Juricentro, pág. 30.

ley jaguar para impulsar el desarrollo de Costa Rica, tramitándose entonces en el apartado correspondiente a "Asuntos de Régimen Interno" del orden del día del Plenario Legislativo, en donde se pondrá a conocimiento del Plenario para su respectiva aprobación o archivo.

Denotándose al honorable Tribunal Constitucional la innegable posibilidad del ejercicio del control constitucional de los legisladores en la etapa previa de la aprobación de este acto legislativo, que no es otra que de previo a su aprobación, pues de lo contrario es negar esa posibilidad que no tiene justificación lógica jurídica, pues vacía de contenido este derecho al desaplicar para este caso en específico la posibilidad de presentar la consulta facultativa de constitucionalidad antes de la aprobación del acuerdo de referencia. Pues de qué manera se puede justificar que para la aprobación de la leyes es viable así como en las reformas al reglamento el control de constitucionalidad y para este caso NO, cuando de acuerdo al artículo 124 constitucional los actos legislativos como el de cita si bien no tienen el carácter de ley pero sí el mismo rango normativo de éstas, por lo que en aplicación del aforismo jurídico que dispone que "Quien puede lo más puede lo menos", convertido en principio general para algunos y que se traduce en este caso a qué sí los legisladores pueden ejercer el control constitucionalidad en los casos señalados, con mayor razón podría hacerlo en este, pues de lo contrario por vía de la interpretación en sentido restrictivo que es lo que por mayoría .en el voto # 2024-017547, que si bien indica que: Aclarado que los consultantes si tienen legitimación subjetiva, conforme al ordinal 98 in fine, el momento procesal oportuno para la presentación de las consultas será "...antes de la autorización de recolección de firmas del Tribunal Supremo de las Elecciones en el caso de la modalidad de iniciativa ciudadana y antes de la convocatoria a referéndum para las demás modalidades".

Es decir con esta delimitación procesal se niega el momento razonablemente oportuno, siendo propio a este punto citar el voto de minoría en la resolución anteriormente citada, del Magistrado Paul Rueda que de forma certera indica: "Si se analiza con detenimiento este argumento, se determina que en el subyace una contradicción en efecto, en la transcripción se rechaza que la ley nro. 10013 modificara "...el momento en que los órganos y grupos de diputados (as)... pueden plantear las consultas... " (a pesar de que existe una modificación expresa del numeral 98 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), lo que resulta contradictorio con reconocer a tales sujetos la facultad de consultar en caso de referendo, sin que se modificara expresamente el numeral 96 eiusdem para tales efectos (pues únicamente se modifica el encabezado para acoplarlo con la reforma que se estaba haciendo a la Ley de Regulación al Referéndum...", según la mayoría). Es decir, ambas normas se modificaron de manera semejante, pero solo para una de ellas

(el ordinal 96) se reconoce que el efecto abarca a los órganos y grupos de diputados (as). En este sentido, se reitera que el último párrafo del citado artículo 98 no define sujeto concreto alguno, sino la situación a la que aplica (proyecto de ley por referendo)

En armonía con lo anterior debe indicarse que el momento procesal señalado por el voto # 2024-017547, no ajusta a la naturaleza del momento procesal además no particulariza el valor de la seguridad jurídica para el caso concreto actuando en detrimento del sistema de control de constitucionalidad, recuérdese que " La función de control de constitucionalidad no solo protege la supremacía de la Constitución, sino que también preserva los principios democráticos, evitando la arbitrariedad y el abuso de poder" ⁶

En razón de lo anterior y debido precisamente al vacío legal señalado en resolución recién citada, mismo que no podría obrar en contra del interés general ciudadano, máxime en razón de la propuesta de ley conferida a referéndum, siendo imprescindible que la ciudadanía esté debidamente informada sobre la viabilidad constitucional del Proyecto de convocatoria a Referendo Expediente # 24365 el cual pretende el referendo de la "Ley Jaguar para Impulsar el Desarrollo de Costa Rica" Expediente #24.364.

Adicionalmente, este referéndum sería apenas el segundo en más de una década a realizarse en nuestro país y debido a la propuesta de fondo que será sometida a la valoración de la ciudadanía, la cual reviste gran importancia para el país, dadas las reformas normativas propuestas, las cuales están orientadas principalmente a eliminar el control sobre los fondos públicos que la Constitución Política le ha encomendado a la Contraloría General de la República, asimismo pretende la supresión de importantes competencias del sistema de control de dichos fondos, controles no solo ejercidos por la Contraloría como lo es el de legalidad, sino también desde las auditorías internas y de la misma Asamblea Legislativa a través de los insumos recibe actualmente de la Contraloría General y que permiten a la Asamblea ejercer el control político, dado que esta ley suprime funciones sustantivas de forma tal que el poder ejecutivo le impondría al poder legislativo el

⁶ Pérez Luño, A. E., Derecho y Estado en la teoría jurídica contemporánea, 1996.

tipo de controles que podrá realizar su propio órgano auxiliar, hechos que no pueden ser avalados por ningún Tribunal Constitucional.

Por último, en la resolución N°7818-11 de esta misma Sala, podemos evidenciar como se le da curso a una consulta facultativa de constitucionalidad, esta es admitida y resuelta, a pesar de la existencia de una consulta previa realizada, igualmente admitida y resuelta, por un grupo similar de diputados, en el cuál coincidían los nombres de ciertos firmantes.

De esta jurisprudencia se desprende la admisibilidad de la consulta de constitucionalidad planteada mediante esta vía, pues en este caso la consulta previa para el Referendo Expediente # 24365 el cual pretende el referendo de la “Ley Jaguar para Impulsar el Desarrollo de Costa Rica” Expediente #24.364, realizada por 22 diputados, esta Sala no resolvió sobre el fondo del asunto, sino que se rechaza por incumplimientos con los requerimientos previstos, es decir, el fondo del asunto no ha sido resuelto, además los argumentos de ambas consultas son distintos, lo que a nuestra consideración valida la admisibilidad de esta consulta.

Consideramos que la resolución mencionada en esta sección faculta a esta Sala a admitir y resolver los asuntos aquí planteados.

Ahora bien, en esta misma resolución encontramos el voto salvado del Magistrado Castillo Víquez, en el cual el Magistrado se refiere a la no admisibilidad de consultas reiteradas, sobre este no consideramos que invalide la admisibilidad de una nueva consulta, inclusive con reiteración de firmas de diputados. Este mismo voto menciona que en la “Ley de Jurisdicción Constitucional” no existe regulación alguna sobre el número de veces que un proyecto de ley puede ser consultado, de igual manera menciona que la regla jurisprudencial, es admitir diversidad de consultas sobre un mismo proyecto, siempre y cuando este haya sufrido modificaciones, consideramos que si bien esta consulta versa sobre el mismo proyecto de ley, los temas de fondo no han sido resueltos por la esta Sala, lo que faculta la presentación de esta consulta.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES ACERCA DE LA TEMÁTICA EN CUESTIÓN

La presentación de esta consulta facultativa de constitucionalidad radica en la gran preocupación que tenemos como legisladores de la República, en el avance de legislación como la propuesta en los expedientes referidos.

Si bien consideramos que la participación ciudadana directa vía referéndum es clave dentro de los procesos democráticos del Estado Republicano de Derecho y como representantes ciudadanos, estamos de acuerdo en que sean no solo sean posibles sino constantes. No obstante, la temática relacionada con este tipo de consulta ciudadana debe ser cuidadosamente examinada a la luz de los avances históricos en la legislación costarricense y es por ello, que a continuación hacemos varias consideraciones de estos progresos en nuestra legislación, para poder contrastar las posibles vulneraciones al derecho de la Constitución en relación con las reformas de ley propuestas en el Proyecto de convocatoria a Referendo Expediente # 24365 el cual pretende el referendo de la “Ley Jaguar para Impulsar el Desarrollo de Costa Rica” Expediente #24.364.

I. De la Razón de ser de la creación de la Contraloría General de la República y los Alcances del Sistema Constitucional de Control de la Hacienda Pública

La creación de la Contraloría General de la República en 1949, como una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, con absoluta independencia funcional y administrativa, así como con los demás atributos organizacionales y alcances en sus competencias fiscalizadoras consignados en la Constitución Política, respondió a dos consideraciones esenciales: a) elementos tomados de referencias mundiales y b) la conciencia histórica nacional en la materia.

Destacamos el intercambio de los constituyentes respecto a la visión y alcances sobre el rol que la CGR tendría y su impacto en el control de los recursos públicos⁷, elementos vigentes al día de hoy:

1. El representante Fournier señaló:

“[...] Sigue luego el Capítulo sobre el Presupuesto, que pretende dar garantía constitucional a la serie de sanas disposiciones de orden fiscal que ya contiene la Ley respectiva. **Igual propósito de saneamiento fiscal persigue el Capítulo sobre la Contraloría de la República. Ambos tendrían que merecer la aprobación de una Asamblea Constituyente que se reúne después de un régimen de despilfarro y de peculado [...]**” (el destacado no es del original)

2. El representante Fazio indicó:

“[...] Nuestras mociones, si bien se basan también, en lo fundamental, en aquellas leyes, siguen un sistema distinto: contiene solo principios generales, y solo aquellos principios que tienen atinencia con las relaciones de un Poder con otro; **estos son, solo las normas que parecen necesarias para establecer, en el campo financiero, el sistema de frenos y contrapesos de todo sistema constitucional democrático. [...]**

[...] le damos especial importancia a la Contraloría General de la República. **¿Por qué? Porque la Contraloría es el freno y contrapeso legislativo en la ejecución y la liquidación del presupuesto. Resumen: creemos que deben ser normas constitucionales aquellas llamadas a regular las relaciones mutuas de un poder con otro, no aquellas del dominio doméstico de uno de esos poderes. [...]**

[...] el artículo primero se refiere a principios generales y requisitos indispensables del presupuesto nacional; el segundo establece quien prepara el presupuesto; el tercero, las fechas obligadas de su envío y aprobación, y el procedimiento a seguir en caso de que esas fechas se incumplan; el cuarto señala el organismo que debe discutirlo y aprobarlo, señalando el límite de sus atribuciones; **el quinto define el valor jurídico del presupuesto ya aprobado, como límite para la realización de gastos públicos, el sexto, señala la forma de liquidar el presupuesto; y los últimos fijan la naturaleza, atribuciones y objetivos del organismo, dependiente del Poder Legislativo, llamado a vigilar la ejecución y la liquidación del presupuesto. Se nota cómo las mociones**

⁷En Acta n° 165 de la Constituyente Ver: <https://www.rodolfosaborio.com/actas/ANC49-041-050.htm>) y ver Acta n° 46 de la Constituyente Ver: <https://www.rodolfosaborio.com/actas/ANC49-041-050.htm>

siguen ordenadamente, digámoslo así, la vida del presupuesto, desde su nacimiento hasta su muerte, en un ciclo lógico, claro y racional [...]

[...] **Hago notar a los señores Diputados** que el primer principio se halla contenido en el artículo 2º de la Ley Orgánica del Presupuesto, y el segundo, en el artículo 18, párrafo inicial, de dicha ley: y lo hago notar para que se vea que se trata de **constitucionalizar principios ya existentes en nuestra legislación pero que, por su importancia, estoy seguro todos los señores Diputados querrán, junto con nosotros, que se hagan objeto del espaldarazo constitucional.**[...] (el destacado no es del original)

4. El representante Arias Bonilla indicó:

“[...] hizo un breve análisis histórico de esta materia en Costa Rica. Mientras los presupuestos de la República -dijo- comprendían sumas relativamente pequeñas, las disposiciones legales sobre los mismos fueron casi nulas. Hasta 1908 nos conformamos con las disposiciones de la Carta del 71. **No fue sino en este año, que se aprobó la ley de Presupuesto, redactada por don Cleto González Víquez. Estableció esa ley reglas que aún hoy son de actualidad. Sin embargo, esa ley no se acató por algunas administraciones, a pesar de sus principios saludables para la economía del país, ya que estos últimos no tenían el debido respaldo constitucional.** El Congreso del año 22 pensó en establecer una Ley de Control que terminara con semejantes anomalías.

El Congreso dictó la ley respectiva, que venía a establecer la forma de hacer liquidar los presupuestos. La ley en cuestión fue tildada de inconstitucional, razón por la cual la **Cámara de 1924 propuso la reforma constitucional del caso, creándose el llamado Centro de Control, encargado de la vigilancia y buena inversión de los fondos públicos. Desgraciadamente tampoco esta medida dio los resultados esperados y la Hacienda Pública continuó dando tumbos en algunas administraciones, hasta llegar al desastre fiscal.** En esas condiciones, se vio la necesidad de dictar medidas más drásticas en relación con la Hacienda Pública. **Se solicitó la colaboración del Departamento de Estado de los Estados Unidos, quien envió a Costa Rica, a uno de sus técnicos. El técnico norteamericano trabajó en Costa Rica por espacio de algunos meses, al final de los cuales entregó su informe al Gobierno de la República. Dio la pauta a seguir en unos cuantos preceptos fundamentales, que posteriormente se consignaron en leyes ordinarias, que están vigentes, pero que no se cumplen.** El Banco de Costa Rica encargó luego el estudio del informe respectivo a un grupo de **ex-Secretarios de Hacienda, para que se le diera contenido legal. En esa comisión la labor principal la llevaron a cabo los señores don Manuel Francisco Jiménez Ortiz y don Fabio Baudrit González. El técnico norteamericano aconsejaba en su informe cuatro puntos fundamentales: 1) creación de la Oficina de Presupuesto; 2) la Contraloría, dependiente del Poder Legislativo, con amplias facultades para actuar dentro de las reglas, de su respectiva Ley Orgánica.**

Al jefe de esa Oficina se le dio una inamovilidad por un período largo, de ocho años, para evitar que fuera removido por razones políticas; 3) Tesorería Nacional, oficina principalísima a la cual se le concretó la función de hacer los pagos de gobierno exclusivamente, para acabar con ese mal de varias dependencias oficiales dedicadas al mismo fin. [...]

[...] Por desgracia **no se han aplicado debidamente**, hasta el extremo de que esas leyes cayeron en desprestigio. No han producido los efectos que se esperaban, por la mala aplicación de las mismas. **Les faltó, fundamentalmente, el debido soporte constitucional.**

Con ese propósito y para hacerle un bien al país, es que nosotros hemos presentado el grupo de mociones que ha leído la Mesa. Hemos formulado el proyecto respectivo para que se incorpore en la nueva Constitución. Nuestro proyecto se basa en esas leyes existentes que no se cumplen. Elevadas a la categoría de preceptos constitucionales todo Gobierno se vería obligado a ponerlas en ejecución. Finalmente sugirió al señor Facio que, junto con don Fabio Baudrit, redactaran un nuevo proyecto, que recogiera ambas tendencias para que fuera sometido a la Cámara, con lo que se ahorraría más tiempo. [...]" (El destacado no es del original)

5. El representante Facio⁸ reiteró:

[...] de acuerdo con el artículo 9º, inciso 5) de sus mociones, **entre las atribuciones de la Contraloría se establece la de "examinar y aprobar los presupuestos de las Municipalidades y de las Instituciones Autónomas, y fiscalizar su ejecución y aplicación.** La idea ha sido que la Oficina de Presupuesto no participe en la formación de los presupuestos de las Municipalidades y de las Instituciones Autónomas, **pues de lo contrario la independencia de las mismas, quedaría muy comprometida por tratarse de una oficina dependiente del Poder Ejecutivo.**

⁸ En el acta N° 165 se transcribe el discurso publicado en gaceta:

"[...] el representante Facio indicó): CONTRALORIA GENERAL: 1. Depende del Legislativo que nombra Contralor y Subcontralor; 2. Vela por la estricta aplicación del Presupuesto General y de los Presupuestos particulares de los Organismos Oficiales y comunales, autónomos y semiautónomos, si recaudan fondos (excepción: Banco Nacional de Costa Rica, y Banco Nacional de Seguros).3.- Lleva inventario de bienes muebles e inmuebles del Estado (al igual de la Tesorería) controla todo traspaso y gravámenes, firma Bonos, interviene en su retiro y llevará el archivo de los contratos y pedidos, vigilando su cumplimiento y ejecución; 4.- **Tiene competencia exclusiva para examen, glosa y fenecimiento de cuentas de las instituciones y funcionarios públicos;** 5. **Debe presentar Memoria anual especificada, con la liquidación del Presupuesto vencido y examen de pagos extra;** 5. **Sugerirá plan y medidas para el mejor control y explicación técnica de los factores favorables o desfavorables en relación con la Hacienda Pública. [...]**

La intervención de la Contraloría garantiza el Control necesario, pero de modo más conveniente. [...] (El destacado no es del original)

6. El representante Arias Bonilla concluye:

[...] quien explicó que se hacía necesario incorporar una norma como la propuesta, de tal modo que la Contraloría, **no sólo aprobara, ejecutara y liquidara los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República, sino también los de las otras Instituciones del Estado que tienen sus propios presupuestos. La Contraloría no sólo debe tener la facultad de aprobarlos, sino de glosarlos y fenecerlos.** [...] (el destacado no es del original)

El debate constitucional permite concluir:

1.- El mandato constitucional es congruente, desde entonces, con lo que más tarde vendrían a recomendar las normas de amplia aceptación general en el mundo para el ejercicio del control de los recursos públicos a cargo de las llamadas Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) de conformidad con la Declaración de Lima (1977), publicada en 1998; la Declaración de México, emitida en 2007.⁹

2.- Las sanas prácticas de entonces remitían a los principales modelos para integrar el control del erario en los diversos esquemas de frenos y contrapesos al ejercicio del poder en los Estados.¹⁰

Es decir, la visión constitucional costarricense en torno a la vigilancia de la Hacienda Pública promovió desde 1949 que la CGR no sólo aprobará, ejecutará y liquidará los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República, sino también los de las otras Instituciones del Estado que tienen sus propios presupuestos.

Como novedad los constituyentes, diseñaron desde nuestra constitución la posibilidad de que el órgano contralor emita opiniones y sugerencias que considere

⁹ Ver: <https://www.intosai.org/es/sp-focus-areas/audit-standards.html>

¹⁰ Vallés Vives, Francesc. Control externo del gasto público y Estado constitucional. Universidad Autónoma de Barcelona. España. 2001. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=4470>

necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos” y “examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos.”¹¹

Entonces hoy, los artículos 183 y 184 de la Constitución Política establecen a la Contraloría General de la República como institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, donde el control y la fiscalización se convierten en los brazos ejecutores del mandato Constitucional particular en su función de examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado.¹²

En este contexto entendemos como el artículo 12 de la Ley N.º 7428 designa como órgano rector del Sistema de Control y Fiscalización Superior de la Hacienda Pública, a la Contraloría¹³ y por tanto le confieren facultades para emitir disposiciones, normas, políticas y directrices que coadyuven con la Administración Pública en el logro del objetivo garantizar la legalidad y eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos, separar como se pretende de su función de vigilancia de la legalidad es contraria al marco constitucional.

¹¹ Artículo 184 de la Constitución Política

¹² Actual mente el texto constitucional indica:

Capítulo II

La Contraloría General de la República

“ARTÍCULO 183.- La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores.

La Contraloría está a cargo de un Contralor y un Subcontralor. Ambos funcionarios serán nombrados por la Asamblea Legislativa, dos años después de haberse iniciado el período presidencial, para un término de ocho años; pueden ser reelectos indefinidamente, y gozarán de las inmunidades y prerrogativas de los miembros de los Supremos Poderes.

El Contralor y Subcontralor responden ante la Asamblea por el cumplimiento de sus funciones y pueden ser removidos por ella, mediante votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros, si en el expediente creado al efecto se les comprobare ineptitud o proceder incorrectos.

ARTÍCULO 184.- Son deberes y atribuciones de la Contraloría:

1) **Fiscalizar** la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República;

No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella;

2) **Examinar**, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y **fiscalizar su ejecución y liquidación**;

3) **Enviar anualmente a la Asamblea Legislativa**, en su primera sesión ordinaria, una memoria del movimiento correspondiente al año económico anterior, con detalle de las labores del Contralor y **exposición de las opiniones y sugerencias que éste considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos**;

4) Examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos;

5) **Las demás que esta Constitución o las leyes le asignen.**”

¹³ Para ampliar sobre la evaluación ver: <https://www.profesorajenniferarroyo.com/es/investigaciones-y-premios/75-el-rol-de-la-contraloria-general-de-la-republica-y-las-auditorias-internas-en-el-fortalecimiento-del-sistema-de-control-interno-en-costa-rica.html>

La evolución natural en materia de control, en los recursos tecnológicos y en diversas áreas del conocimiento han generado un entorno que requiere de las instituciones, sus jefes y sus titulares subordinados, el diseño y el establecimiento de sistemas de control interno modernos que contribuyan a desarrollo de una gestión efectiva, así como una rendición de cuentas congruente con las responsabilidades que les son inherentes.

Dado lo anterior, considerar eliminar, disminuir o distorsionar el sistema de control¹⁴ rompería con la articulación necesaria entre el control externo y el interno, entre la legalidad y la eficacia. Las mejores prácticas promueven que en el sector público el control externo incluya desde la acción de los Órganos Superiores de Control hasta la de la sociedad civil, exijan transparencia, eficiencia y eficacia en el uso de los fondos públicos, y el control interno incluye la acción de la Administración Activa como la principal responsable de la idoneidad de ese control interno y de su aplicación, y las Auditorías Internas como un mecanismo más de control, desempeña una función asesora y de servicio que agrega valor a la gestión institucional y debe proporcionar una garantía razonable de que la actuación del jefe y del resto del personal se ejecuta de conformidad con sanas prácticas y el marco legal vigente.¹⁵

II. De los Alcances del principio constitucional y convencional de progresividad y no regresión, aplicado a la fiscalización de los fondos públicos.

En materia de los principios de progresividad y no regresión destaca como base el Artículo 34 de la Constitución Política de la República de Costa Rica. Este abarca lo siguiente:

¹⁴ El control se ha clasificado en dos, el externo y el interno. A nivel mundial, en el sector público el control externo incluye desde la acción de los Órganos Superiores de Control hasta la de la sociedad civil, que exigen transparencia, eficiencia y eficacia en el uso de los fondos públicos, y el control interno incluye la acción de la Administración Activa como la principal responsable de la idoneidad de ese control interno y de su aplicación, y la de las Auditorías Internas como un mecanismo más de control, que desempeña una función asesora y de servicio que agrega valor a la gestión institucional y debe proporcionar una garantía razonable de que la actuación del jefe y del resto del personal se ejecuta de conformidad con sanas prácticas y el marco legal vigente

¹⁵ Ver: <https://www.pgrweb.go.cr/DOCS/NORMAS/1/NOVIGEN/S/2000-2009/2000-2004/2002/BE23/5026A.HTML>

“[...]Artículo 34.- A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas[...].”

El texto deja claro que ninguna norma o propuesta de ley se puede imponer sobre los derechos de las personas ni sobre situaciones jurídicas las cuales ya han transcurrido.

Lo anterior es uno de los fundamentos principales para una serie de principios desarrollados en la jurisprudencia costarricense, específicamente los principios de progresividad y no regresión. Respecto al primero de estos principios, el Diccionario usual del Poder Judicial lo describe de la siguiente manera:

“[...]Precepto que establece que algunos derechos solo pueden aumentarse o incrementarse, ya sea por un avance gradual, constante y, o, sistemático. Ejemplo de la aplicación del principio de progresividad es el derecho ambiental y el derecho internacional de los derechos humanos. [...]”¹⁶

Referente a los alcances de los principios antes mencionados, la Sala Constitucional, en la Sentencia 11088-13 emitió una explicación detallada del alcance tanto del principio de progresividad como del de no regresión, además de los motivos por los cuales se puede considerar que en una determinada situación están siendo violentados.

“[...]El principio de progresividad exige que a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos. En teoría, la idea es que, entre más recursos tenga un Estado, mayor será su capacidad para brindar servicios que garanticen los derechos. La obligación de implementación progresiva contiene la prohibición de no regresividad que puede ser sometida a control judicial en caso de incumplimiento. Cuando un Estado reconoce, respeta y satisface algún derecho fundamental, tiene prohibido reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o suprimir los ya existentes. Una decisión o política pública puede considerarse regresiva cuando sus resultados desmejoran, en comparación con los resultados de un punto de partida anterior que ha sido escogido como parámetro y en el campo de las normas jurídicas, si al comparar una nueva norma, se suprimen, limitan o restringen derechos anteriormente existentes. En ese sentido, la doctrina ha establecido que una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana, queda integrado en forma definitiva e irrevocable a la categoría de los derechos humanos cuya tutela resulta obligatoria. Ahora bien, para que pueda señalarse que existe una

¹⁶ Ver: Diccionario Usual del Poder Judicial

lesión al principio de progresividad y no regresividad, se requiere que exista un derecho fundamental que se hubiera reconocido y que el mismo sea limitado o restringido sin justificación razonable alguna[...].¹⁷

Aunado a lo anterior, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, hace referencia a la progresividad, su alcance, y sus orígenes en su Artículo 26 del Capítulo III Derechos Económicos, Sociales Y Culturales. El mismo dicta:

En el documento elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos titulado Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales se puede encontrar una pauta advirtiendo sobre la obligatoriedad de respetar los principios de progresividad y no regresión. Esto se encuentra en el punto 6 del Título I Observaciones generales sobre el sistema de informes del Artículo 19 del Protocolo de San Salvador, dicho protocolo es el mismo dicta:

“[...] 6. En virtud de la obligación de progresividad, en principio le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas, y sancionar normas jurídicas, que sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el Protocolo o bien con posterioridad a cada avance “progresivo”. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes, sin una justificación suficiente. De esta forma, una primera instancia de evaluación de la progresividad en la implementación de los derechos sociales consiste en comparar la extensión de la titularidad y del contenido de los derechos y de sus garantías concedidas a través de nuevas medidas normativas con la situación de reconocimiento, extensión y alcance previos. Tal como fue señalado, la precarización y empeoramiento de esos factores, sin debida justificación por parte del Estado, supondrá una regresión no autorizada por el Protocolo. La obligación de no regresividad se constituye, entonces, en uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado[...].”¹⁸

Por su parte, en el Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, planteado por la Organización de Naciones Unidas se establece que debe haber un compromiso por lo consignado en ese documento, haciendo énfasis en que debe ser bajo un enfoque estrictamente progresivo:

“[...]Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación

¹⁷ En: Sentencia 11088-13, Sala Constitucional. Consultado en el texto Principios Desarrollados En La Jurisprudencia Constitucional

¹⁸ Fuente: Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales, CIDH)

internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos[...]"¹⁹

Irretroactividad

Referente a la irretroactividad, en el Informe de investigación sobre principios constitucionales elaborado por el Centro de Información Jurídica en Línea, se destaca:

"[...]La Sala Constitucional ha precisado este principio, indicando que es aplicable no solo a las leyes con carácter formal, sino también a las que se asimilan con las normas jurídicas en general. Además, en materia penal y sancionadora, ha establecido el principio de aplicación retroactiva de la ley más favorable, como excepción al de irretroactividad (...) Por lo demás, la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico y a la petrificación de situaciones dadas[...]"²⁰

Transparencia

Según el informe de la OCDE titulado "Perspectivas de anticorrupción e integridad 2024":

"[...]Costa Rica está por debajo del promedio en términos de transparencia, tanto en normativas como en prácticas. Sobre este segundo criterio, este país tiene el peor desempeño de todos los de la OCDE, con solo un 31% de calificación, en comparación al desempeño de los demás países.

En comparación con los estándares de la OCDE sobre información pública, que incluyen el acceso a la información y los datos abiertos, Costa Rica cumple con el 56% de los criterios sobre normativa, pero sólo con el 31% en la práctica, frente al promedio de la OCDE de 67% y 62%, respectivamente. En Costa Rica, toda persona, incluyendo no-ciudadanos y personas jurídicas, tiene derecho a acceder a la información en todas las formas disponibles, aunque ninguna legislación primaria establece que los datos gubernamentales sean "abiertos por defecto". En términos de competencias, la responsabilidad de la política de datos abiertos y su seguimiento recae en la Comisión Nacional para un Estado Abierto -como unidad del gobierno central, pero no existe un organismo supervisor responsable de gestionar los posibles problemas relacionados con el acceso a la información pública. Tampoco se publican en línea bases de datos como las órdenes del día de las sesiones del gobierno, las agendas de los ministros y los datos agregados sobre el cabildeo en la toma de decisiones públicas[...]"²¹

Las normas jurídicas serán regresivas en detrimento de los derechos fundamentales en tanto reduzcan el objeto del derecho, alteren su núcleo esencial o debilitan los mecanismos para su protección (garantías).

¹⁹ En: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU

²⁰ En: Informe de investigación sobre principios constitucionales, CIJUL

²¹ Fuente: Perspectivas de anticorrupción e integridad 2024. Nota País: Costa Rica. OCDE

Como demostraremos más adelante, las normas que se pretenden poner en consulta popular buscan, entre otras cosas, debilitar gravemente el sistema constitucional de control de la Hacienda pública, dejando sin efecto un mecanismo que sirve como garantía de protección del patrimonio de todos los ciudadanos, confiado al Estado para el desarrollo legítimo, eficaz y eficiente de los servicios públicos que le fueron encomendados por ley.

III. Del Derecho propiedad y uso eficiente de recursos El buen uso de fondos públicos como una garantía del derecho de las personas a la propiedad y al buen servicio público.

El Derecho de Propiedad, regulado en la Constitución Política de la República de Costa Rica en su artículo 45, establece que "La propiedad es inviolable", constituyéndose como uno de los principios fundamentales de la organización y convivencia social.

En ese sentido, es a través de la propiedad y de los recursos generados a raíz del uso y explotación de esta que los ciudadanos, en cumplimiento del deber constitucional regulado en el artículo 18, que establece que los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la Patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos, financian todas aquellas obras y gestiones que realiza el Estado costarricense, entendido esto como el servicio público.

Sobre el servicio público, existe abundante jurisprudencia al respecto señalando la obligación de la Administración en el respeto a los principios que aseguren el buen uso de los recursos. Al respecto, la Sala Constitucional ha expresado que:

"[...]IV.- Sobre el derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos. Esta Sala en su jurisprudencia ha establecido que la Constitución Política recoge un derecho fundamental innominado o atípico, que es el de los administrados al buen funcionamiento de los servicios públicos, que se infiere de la relación de los numerales, interpretados a contrario sensu, 140, inciso 8°, 139, inciso 4° y 191 de la Ley fundamental en cuanto recogen, respectivamente, los parámetros deontológicos de la función administrativa tales como el "buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas", "buena marcha del Gobierno" y "eficiencia de la administración". Son ya numerosos los fallos en los que ha dicho que este derecho fundamental al buen funcionamiento de los servicios públicos les impone a los entes públicos actuar en el ejercicio de sus competencias y la prestación de los servicios públicos de forma

eficiente y eficaz y, desde luego, la obligación correlativa de reparar los daños y perjuicios causados cuando se vulnere esa garantía constitucional. [...]²² (el resaltado no pertenece al original).

En consecuencia, el respeto por parte de la Administración a este derecho fundamental como obligación ineludible dependerá del apego a los principios rectores de los servicios públicos, al respecto, la Sala Constitucional en sentencia 8326-11 ha manifestado lo siguiente:

“[...]Esta Sala se ha referido en reiteradas ocasiones a los principios rectores de los servicios públicos, indicando que deben ser aplicados en todo momento y sin excepción; ya que el buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos constituye una obligación jurídica para los funcionarios y un derecho fundamental de los usuarios. [...]”

En materia de derecho administrativo, esta relación entre los recursos públicos, los servicios públicos y la gestión de ambos elementos por parte de la Administración está en armonía con el *principio de eficiencia*. En ese sentido, en la doctrina es posible encontrar que dicha relación busca maximizar el beneficio social o económico que puede percibir la ciudadanía del accionar del Estado. Al respecto, conviene rescatar lo aportado por Hines Céspedes (2006) sobre el Acto Administrativo como elemento del servicio público:

“[...]Un enfoque desde la cima del ordenamiento jurídico reconduce a una segunda conclusión preliminar, de que la pretensión del constituyente, – que no está ausente en las labores legislativas ordinarias–, **fue la de proveer sistemas organizacionales eficientes para satisfacer los requerimientos generales que diariamente reclama la sociedad como cuerpo y los administrados como miembros en su individualidad.** Al disponer el artículo 11 del Código Político que **los funcionarios públicos están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone sin arrogarse otras facultades distintas a las que aquella les otorga, se confirma la esencia de la función burocrática de facilitar a los ciudadanos la satisfacción de aquellas necesidades elevadas a la categoría de obligación estatal [...]**²³

²² Sala Constitucional, resolución número 2011-3108 de las ocho horas y cincuenta y siete minutos del once de marzo del 2011.

²³ Revista de Ciencias Jurídicas N.º 111 (59-88) set.-dic. 2006 - ISSN 00347787. Recuperado de <file:///D:/perfiles/WAGP/Downloads/9731-Texto%20del%20art%C3%ADculo-13732-1-10-20130508.pdf>

Hines Céspedes (2006) también permite constatar como el uso eficiente y eficaz de los recursos públicos no queda en una mera aspiración de los ciudadanos como contribuyentes que financian al Estado Costarricense, sino que es un mandato constitucional.

[...]La Sala Constitucional reiteradamente ha considerado en su jurisprudencia, que la eficiencia es un principio jurídico de raigambre constitucional, que permite otear la constitucionalidad de una actuación administrativa frente a los derechos subjetivos de los particulares valorados en el plano supralegal. Ha señalado que el traslado de un funcionario público debe obedecer a criterios objetivos tendientes a mejorar el servicio público, rechazándose toda valoración subjetiva. En otra oportunidad, en el análisis de un reclamo por la violación al principio de igualdad, resolvió en favor del reclamante, al señalar que la actuación administrativa estuvo precedida de un marcado interés político –como contrario al interés público– y desde esa perspectiva no era admisible la aplicación de criterios diferentes para situaciones semejantes, pero que en ambos casos las actuaciones debieron ser marcadas por el principio de eficiencia que se persigue a través del procedimiento de licitación pública. Este principio de eficiencia fue elevado a principio constitucional por esa misma jurisprudencia constitucional, al resaltarlo como condicionante esencial en la contratación pública[...] (El resaltado no corresponde al original).

El resguardo de los recursos públicos está estrechamente relacionado con el valor que le confiere la Constitución Política a la propiedad de los ciudadanos y, por consiguiente, a todo aquel rédito monetario que generen estos con su propiedad. De esta forma se puede establecer una relación entre el buen uso de los recursos públicos y el buen servicio público en relación con los recursos aportados por la ciudadanía para el funcionamiento estatal y de todos los actos que se desprendan del Estado.

Esa valoración sobre los recursos públicos se confirma por parte del Constituyente cuando plasma en la Carta Magna una institución auxiliar a la función de los legisladores que les permita a estos la vigilancia continua sobre dichos recursos, confiriéndole potestades no solo de control sino además sancionatorias y cuyas opiniones son de carácter vinculante para funcionarios públicos e instituciones del Estado, como lo es la Contraloría General de la República, plasmada en el artículo 183 de la Constitución Política de Costa Rica:

[...]ARTÍCULO 183.- La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores. [...]

Al respecto de las potestades de la Contraloría General de la República, la Sala Constitucional ha manifestado que:

[...]III.- JURISPRUDENCIA SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 68 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y SU APLICACIÓN A DISTINTAS CLASES DE FUNCIONARIOS. Sobre el particular, esta Sala se pronunció en forma rotunda, inicialmente, con ocasión de la acción de inconstitucionalidad promovida por Acción de inconstitucionalidad promovida por Ingrid Herrmann Escribano, contra el artículo 22 de la Ley sobre Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios Públicos y el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, la cual fue declarada sin lugar por sentencia número 2001-04835 de las 14:56 horas de 6 de junio de 2001, en la cual esta Sala consideró:

“III.- Sobre el artículo 68 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. Respecto de las atribuciones que la Constitución Política confirió a la Contraloría General de la República, esta Sala en sentencia #998-98, de las 11:30 horas de 16 de febrero de 1998, señaló:

“La Asamblea Nacional Constituyente, al crear la Contraloría General de la República como una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa, le confirió la tarea de la fiscalización y vigilancia de la Hacienda Pública -artículo 183 de la Constitución Política-, en cuanto le corresponde verificar la correcta utilización de los fondos públicos, lo que debe entenderse en los términos ya señalados con anterioridad por este tribunal Constitucional:

“De la lectura de los artículos 183 y siguientes de la Constitución Política, es posible concluir que la Contraloría General de la República, tiene en relación con los fondos públicos, una función de fiscalización superior, jurídica y financiera, que no puede verse limitada a una actuación automática de simple «aprobación», puesto que ello implicaría una disminución sustancial de sus competencias constitucionales” (sentencia #2340-94, de las quince horas del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa y cuatro);

“La Contraloría General de la República, como su Ley Orgánica remarca (Ley No. 7428 de siete de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro) es un órgano de relevancia constitucional, auxiliar de la Asamblea Legislativa, cuya función general es el control superior de la Hacienda Pública y la dirección del sistema de fiscalización regulado en la citada Ley” (sentencia #5119-95, de las veinte horas treinta y nueve minutos del trece de setiembre de mil novecientos noventa y cinco).

El fundamento normativo de esta competencia especial deriva de lo dispuesto en el citado artículo 183 constitucional, y que la Ley ha desarrollado, tanto en la primera Ley Orgánica de esta institución -#1253 de veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta-, que en sus artículos 2 y 3 inciso k) le confirió a esta institución la especial competencia para ejercer funciones de vigilancia en el manejo de los fondos públicos y en la gestión financiera de los empleados públicos, y específicamente, para intervenir en las licitaciones (contratación administrativa); como así también en Ley Orgánica vigente y en la Ley de la Administración Financiera de la República -#1279, de dos de mayo de mil novecientos cincuenta y uno-, normativa en la que se recoge el espíritu y voluntad del constituyente[...]"²⁴

Estas potestades fiscalizadoras de los fondos públicos que el legislador constituyente le confirió a la Contraloría General de la República tienen aplicación práctica a través de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República N° 7428, del 07 de setiembre de 1994, para lo que conviene citar lo estipulado en los artículos 4, 11 y 12 de dicha norma.

"[...]Artículo 4.- Ámbito de su Competencia. La Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública.

La Contraloría General de la República tendrá competencia facultativa sobre:

- a) Los entes públicos no estatales de cualquier tipo.
- b) Los sujetos privados, que sean custodios o administradores, por cualquier título, de los fondos y actividades públicos que indica esta Ley.
- c) Los entes y órganos extranjeros integrados por entes u órganos públicos costarricenses, dominados mayoritariamente por estos, o sujetos a su predominio legal, o cuya dotación patrimonial y financiera esté dada principalmente con fondos públicos costarricenses, aun cuando hayan sido constituidos de conformidad con la legislación extranjera y su domicilio sea en el extranjero. Si se trata de entidades de naturaleza bancaria, aseguradora o financiera, la fiscalización no abarcará sus actividades sustantivas u ordinarias.
- d) Las participaciones minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras, de conformidad con la presente Ley.
- e) Si se trata de entidades de naturaleza bancaria o financiera de las contempladas en este artículo y que sean extranjeras, la competencia facultativa de la Contraloría se ejercerá según los siguientes principios:

²⁴ Sala Constitucional de la República de Costa Rica. Resolución N.º 14974 – 2015 de 23 de Setiembre del 2015 a las 11:16

- i. El control se efectuará a posteriori, para verificar el cumplimiento de su propia normativa.
- ii. No comprenderá aspectos de la organización administrativa del ente ni de la actividad propia de su giro ordinario.
- iii. No les serán aplicables la Ley de Administración Financiera de la República, ni el Reglamento de la Contratación Administrativa; tampoco deberán presentar, a la Contraloría, presupuestos para su aprobación.
- iv. El respeto al secreto y a la confidencialidad bancarios, de conformidad con la Constitución Política y con la ley.
- v. El respeto al ámbito de competencia de entidades fiscalizadoras o contraloras, a que se encuentren sujetos los entes en sus respectivos países.
- vi. Las funciones de fiscalización encomendadas actualmente por ley a otras autoridades fiscalizadoras, las seguirán ejecutando estas, en la materia propia de su competencia.
- vii. El respeto a los regímenes de auditoría a los cuales estén sometidos, sin que quepan conflictos de competencia con los jerarcas de esas entidades extranjeras, en cuanto a las directrices, las normas y los procedimientos de auditoría vigentes en los respectivos países.
- viii. El ejercicio de su competencia por parte de la Contraloría no modifica la naturaleza jurídica ni la nacionalidad del ente u órgano.

Se entenderá por sujetos pasivos los que están sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, de acuerdo con este artículo.

Los criterios que emita la Contraloría General de la República, en el ámbito de su competencia, serán vinculantes para los sujetos pasivos sometidos a su control o fiscalización. [...]"

La amplitud en el ámbito de competencia está proporcionalmente relacionada con la relevancia que el tema tiene para la colectividad, lo cual se manifiesta en el énfasis brindado por el Constituyente a través de la Constitución Política y externada en el debate legislativo correspondiente, señalando los abusos de Administraciones pasadas bajo la anterior Carta Magna, citada anteriormente en el apartado "De la Razón de ser de la creación de la Contraloría General de la República". Se considera que, tal aspecto es reconocido por la Sala Constitucional en la jurisprudencia relacionada y citada respectivamente, pues los fondos públicos, entendido como los aportes de la ciudadanía para el financiamiento del quehacer del Estado y sus instituciones de todas las naturalezas jurídicas de este, deben ser resguardados independiente del ente que los gestione.

Por su parte, en el mismo orden de ideas, el artículo 11 de la ley citada establece que:

“[...]los fines primordiales del ordenamiento contemplado en esta Ley, serán garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esta Ley. [...]”

mientras que el artículo 12 señala que:

“[...]La Contraloría General de la República es el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores, contemplado en esta Ley[...].”²⁵

Lo que satisface la voluntad del legislador constituyente de encomendar a una institución con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores para la vigilancia y fiscalización de los fondos públicos.

En ese sentido, el proyecto puesto a consulta de esta Sala plantea un grave retroceso en estos aspectos, pues se modifican los artículos citados de forma regresiva en el objetivo de que la fiscalización de los fondos públicos pueda ser ejercida por la Contraloría de una forma amplia y en los momentos procesales oportunos que permitan detectar un mal uso de los recursos. Se presentan a continuación las modificaciones.

III. ASPECTOS DEL PROYECTO QUE SE SOMETEN A CONSULTA

De previo al señalamiento de las lesiones al derecho de la Constitución se adjunta el siguiente cuadro comparativo entre las reformas propuestas por el expediente N° 24365 y la legislación vigente. Las modificaciones se destacan en negrita.

Ley No. 7428. Ley Orgánica de la Contraloría General de la República	Expediente N° 24.364. Ley jaguar para impulsar el desarrollo de Costa Rica.
Artículo 4.- Ámbito de su Competencia. La Contraloría General de la República ejercerá su	Artículo 1.- Reforma del artículo 4 inciso d) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ley N° 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas. Modifíquese el artículo 4 inciso d) de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N°7428 de 04 de noviembre de

²⁵ Constitución Política de la República de Costa Rica. Capítulo II, artículo 183.

<p>competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública.</p> <p>La Contraloría General de la República tendrá competencia facultativa sobre:</p> <p>(...) d) Las participaciones minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras, de conformidad con la presente Ley.</p>	<p>1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:</p> <p>“Artículo 4.- Ámbito de su Competencia. La Contraloría General de la República ejercerá su competencia sobre todos los entes y órganos que integran la Hacienda Pública. Esta misma competencia existe sobre:</p> <p>(...) d) Las participaciones paritarias y minoritarias del Estado o de otros entes u órganos públicos, en sociedades mercantiles, nacionales o extranjeras, de conformidad con la presente Ley.”</p>
<p>Artículo 11.- Finalidad del Ordenamiento de Control y Fiscalización superiores. Los fines primordiales del ordenamiento contemplado en esta Ley, serán garantizar la legalidad y la eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esta Ley.</p>	<p>Artículo 2.- Reforma del párrafo primero del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N° 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas.</p> <p>Modifíquese el artículo 11, Ley N°7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:</p> <p>“Artículo 11.- Finalidad del Ordenamiento de Control y Fiscalización superiores. Los fines primordiales del ordenamiento contemplado en esta Ley, serán garantizar la eficiencia de los controles internos y la legalidad en el manejo de los fondos públicos en los entes sobre los cuales tiene jurisdicción la Contraloría General de la República, de conformidad con esta Ley.”</p>
<p>Artículo 12.- Órgano rector del Ordenamiento. La Contraloría General de la República es el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores, contemplado en esta Ley.</p> <p>Las disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte, dentro del ámbito de su competencia son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualesquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan.</p> <p>La Contraloría General de la República dictará, también, las instrucciones y órdenes dirigidas a</p>	<p>Artículo 3.- Modificación del primer párrafo del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N° 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas.</p> <p>Modifíquese el primer párrafo del artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N°7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:</p> <p>“Artículo 12. Órgano rector del ordenamiento. De conformidad con el artículo 11 de la Constitución Política es claro que la Contraloría General de la República en el ejercicio de cualquiera de sus funciones, decisiones y actuaciones no podrá sustituir, abarcar, interferir, ordenar, interpretar, advertir, recordar, ni recomendar asuntos que corresponden exclusivamente a las competencias propias de la administración pública activa en toda su extensión, ni sustituir las competencias de administración pública activa en sus modalidades de función decisora, ejecutiva,</p>

<p>los sujetos pasivos, que resulten necesarias para el cabal ejercicio de sus funciones de control y fiscalización.</p> <p>La Contraloría General de la República tendrá, también, la facultad de determinar entre los entes, órganos o personas sujetas a su control, cuáles deberán darle obligada colaboración, así como el marco y la oportunidad, dentro de los cuales se realizará esta y el conjunto razonable de medios técnicos, humanos y materiales que deberán emplear.</p>	<p>resolutoria, directiva u operativa, ni podrá evaluar previamente la gestión administrativa de la administración pública activa.</p> <p>(...)"</p>
<p>Artículo 17.- Potestades de control de eficiencia. La Contraloría General de la República ejercerá el control de eficiencia, previsto en el artículo 11 de esta Ley, de acuerdo con la disponibilidad de sus recursos, para lo cual rendirá los informes con las conclusiones y recomendaciones pertinentes, efectuará las prevenciones y dictará las instrucciones y las órdenes procedentes.</p>	<p>Artículo 4.- Modificación del artículo 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ley N° 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas.</p> <p>Modifíquese el artículo 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N° 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:</p> <p>Artículo 17.- Potestades de fiscalización sobre la eficiencia de los controles internos. La Contraloría General de la República ejercerá la fiscalización de la eficiencia de los controles internos, previsto en el artículo 11 de esta Ley, de acuerdo con la disponibilidad de sus recursos, para lo cual rendirá los informes con las conclusiones y recomendaciones pertinentes.</p>
<p>Artículo 22.- Potestad de investigación. La Contraloría General de la República podrá instruir sumarios administrativos o realizar investigaciones especiales de oficio, a petición de un sujeto pasivo o de cualquier interesado. La Contraloría General de la República también deberá instruir sumarios o realizará investigaciones especiales, cuando lo soliciten los órganos parlamentarios de la Asamblea Legislativa o cuando lo soliciten conjuntamente al menos cinco diputados.</p>	<p>Artículo 5.- Adición de un párrafo final al artículo 22 de la de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, ley N° 7428 de 04 de abril de 2006 y sus reformas.</p> <p>Adiciónese un párrafo final al artículo 22, de la Ley N° 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:</p> <p>"Artículo 22.- Potestad de investigación.</p> <p>(...)</p> <p>En ningún caso el ejercicio de esta potestad suspenderá la ejecución de actos y contratos del Estado o sus instituciones, suspensión que solamente podrá efectuarse mediante la respectiva orden judicial de acuerdo con el ordenamiento jurídico aplicable al caso."</p>
	<p>Artículo 6.- Modificación del artículo 38 de la Ley orgánica de la contraloría general de la república, ley N° 7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas.</p> <p>Modifíquese el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley</p>

<p>ARTICULO 38.- Jerarquía. El Contralor General de la República y el Subcontralor General de la República son, en su orden, los superiores jerárquicos de la Contraloría General de la República.</p> <p>El Subcontralor será subordinado del Contralor y lo reemplazará en sus ausencias, con sus mismas atribuciones. Para presumir ese reemplazo bastará su actuación.</p> <p>El Subcontralor será el colaborador inmediato del Contralor, en la planificación, organización, dirección y control de la institución, así como en la formulación de sus políticas.</p> <p>El Subcontralor desempeñará, transitoria o permanentemente, las funciones que le delegue el Contralor.</p> <p>El Subcontralor desempeñará, además, las funciones y tareas que le atribuyan los reglamentos de organización, siempre bajo la subordinación del Contralor.</p>	<p>N°7428 de 04 de noviembre de 1994 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:</p> <p>“Artículo 38.- Jerarquía. El Contralor General de la República y el Subcontralor General de la República son, en su orden, los superiores jerárquicos de la Contraloría General de la República.</p> <p>El Subcontralor sustituirá al primero en sus ausencias temporales con sus mismas atribuciones. Para presumir ese reemplazo bastará su actuación.</p> <p>El Subcontralor lo asistirá y llevará adelante las atribuciones que le sean designadas, permanente o temporalmente, por el Contralor y deberá ser su colaborador obligado en la planificación, organización, dirección y control de la institución, así como en la formulación de sus políticas. Para tales efectos, el Contralor, mediante resolución razonada, asignará al Subcontralor, transitoria o permanente, desde el inicio de la gestión del Subcontralor, las funciones o competencias que conjuntamente acuerden.</p> <p>El Subcontralor desempeñará, además, las funciones y tareas que le atribuyan los reglamentos de organización.</p>
<p>Ley No. 8292. Ley General de Control Interno</p>	<p>Expediente N° 24.364. Ley jaguar para impulsar el desarrollo de Costa Rica.</p>
<p>Artículo 9º- Órganos del sistema de control interno. La administración activa y la auditoría interna de los entes y órganos sujetos a esta Ley serán los componentes orgánicos del sistema de control interno establecido e integrarán el Sistema de Fiscalización Superior de la Hacienda Pública a que se refiere la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.</p>	<p>Artículo 7.- Reforma del artículo 9 de la Ley de Control Interno, ley N° 8292 de 4 de setiembre de 2002 y sus reformas.</p> <p>Modifíquese el artículo 9 de la Ley de Control Interno, Ley No. 8292 de 4 de setiembre de 2002 y sus reformas para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:</p> <p>“Artículo 9.- Órganos del sistema de control interno. La administración activa y la auditoría interna de los entes y órganos sujetos a esta ley serán los componentes orgánicos del sistema de control interno establecido e integrarán el Sistema de Fiscalización Superior de la Hacienda Pública a que se refiere la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República. La Contraloría General de la República únicamente podrá actuar a posteriori de las actuaciones administrativas para garantizar su legalidad”.</p>
<p>Ley N.ª 9986. Ley General de Contratación Pública</p>	<p>Expediente N° 24.364. Ley jaguar para impulsar el desarrollo de Costa Rica</p>
	<p>ARTÍCULO 8.- MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 67 DE LA LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, LEY N°9986 DE 27 DE MAYO DE 2021 Y SUS REFORMAS.</p>

ARTÍCULO 67- Compra y arrendamiento de bienes inmuebles. La Administración podrá comprar y tomar en arrendamiento bienes inmuebles, sin emplear procedimientos ordinarios, para lo cual se requerirá en todos los casos lo siguiente:

- a) Estudio que demuestre que la opción seleccionada es la más rentable y viable. Para ello, se pueden utilizar los instrumentos del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP).
- b) Avalúo elaborado por el órgano especializado de la Administración respectiva, o en su defecto por la Dirección General de Tributación u otra entidad pública competente que defina el valor del inmueble o el precio del arrendamiento.
- c) Estudio de mercado que lleve a determinar la idoneidad del bien que se pretende adquirir o arrendar.
- d) Acto motivado adoptado por el máximo jerarca ~~o por quien este delegue~~. Tal acto deberá tener como fundamento todo lo indicado en los incisos anteriores.

Tratándose del arrendamiento de bienes inmuebles resultará aplicable en lo que corresponda la Ley 7527, Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, de 10 de julio de 1995. Para el reajuste de la renta o precio se aplicará lo dispuesto en el artículo 67 de esa ley.

De no cumplirse alguno de los anteriores requisitos deberá promoverse el procedimiento que por monto corresponda.

La Administración podrá pactar la adquisición o el arrendamiento de inmuebles por construir o en proceso de construcción, cuando ello convenga a sus intereses institucionales o comerciales, cumpliendo en tal caso lo establecido en los requisitos anteriores.

Modifíquese el artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública, Ley N°9986 de 27 de mayo de 2021 y sus reformas para que se lea de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 67- Compra y arrendamiento de bienes inmuebles. La Administración podrá comprar y tomar en arrendamiento bienes inmuebles, sin emplear procedimientos ordinarios, para lo cual se requerirá en todos los casos lo siguiente:

- a) Estudio que demuestre que la opción seleccionada es la más rentable y viable. Para ello, se pueden utilizar los instrumentos del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP).
- b) Avalúo elaborado por el órgano especializado de la Administración respectiva, o en su defecto por la Dirección General de Tributación u otra entidad pública competente que defina el valor del inmueble o el precio del arrendamiento.
- c) Estudio de mercado **de las cuotas o eventuales cuotas de arrendamiento**, que lleve a determinar la idoneidad del bien que se pretende adquirir o arrendar.
- d) Acto motivado adoptado por el máximo jerarca **de la institución involucrada**. Tal acto deberá tener como fundamento todo lo indicado en los incisos anteriores.

De no cumplirse alguno de los anteriores requisitos deberá promoverse el procedimiento de contratación que por monto corresponda.

El arrendamiento de bienes inmuebles se regulará por la Ley N°7527, Ley General de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos, de 10 de julio de 1995. **Su plazo y sus prórrogas contractuales se establecerán de acuerdo a la ley N°7527, siendo su plazo máximo hasta por 30 años.** Para el reajuste de la renta o precio se aplicará lo dispuesto en el artículo 67 de la citada ley.

La calificación contable del contrato de arrendamiento deberá cumplir con las normas y principios de contabilidad según corresponda. Cuando se trate de un arrendamiento financiero, será aplicable lo dispuesto en el artículo 77 de esta Ley.

La Administración podrá adquirir o arrendar inmuebles por construir, en proceso de construcción o construidos, de acuerdo con el interés público. **En estas compras o arrendamientos, la Administración podrá incluir servicios de diseño, construcción y obra que se requieran para la mejor consecución del bienestar general.**

	<p>Es permitido el arrendamiento de bienes por construir, en proceso de construcción o construidos sobre terrenos públicos, sean éstos propiedad de la administración arrendataria o de cualquier otra entidad pública. En ningún caso, la propiedad de un terreno público, bajo este supuesto, pasará a ser del arrendante durante el plazo del contrato o cuando éste finalice.</p> <p>Las entidades públicas propietarias de los terrenos podrán otorgar derechos de uso a terceros, a fin de satisfacer el interés público. Estos derechos de uso no deben exceder el plazo de 30 años”.</p>
<p>Ley N° 3091. Ley Orgánica de JAPDEVA (Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica)</p>	<p>Expediente 24.364. Ley jaguar para impulsar el desarrollo de Costa Rica.</p>
<p>Artículo 5° bis- Japdeva tendrá dentro de sus competencias:</p> <p>a) Suscribir alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial dentro o fuera del país, con entes o empresas que desarrollen actividades de inversión de capital, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y otras relacionadas con las actividades de Japdeva. Los términos y las condiciones generales de las alianzas se definirán reglamentariamente.</p> <p>Las disposiciones del párrafo anterior no podrán generar prácticas monopolísticas absolutas o relativas de conformidad con la legislación vigente.</p> <p>b) Vender en el mercado nacional e internacional, directa o indirectamente, servicios de asesoramiento, consultoría, capacitación y cualquier otro producto o servicio afín a sus competencias. Los precios de estos productos y servicios serán determinados libremente por Japdeva, según sea el caso, de conformidad con el plan estratégico de la institución. Podrá vender estos servicios y productos, siempre que</p>	<p>ARTÍCULO 9.- Reforma al artículo 5 bis de la Ley Orgánica de JAPDEVA (Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica), ley n.º3091 de 18 de febrero de 1963 y sus reformas.</p> <p>Modifíquese el artículo 5 bis de la Ley Orgánica de JAPDEVA (Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica), Ley N°3091 de 18 de febrero de 1963 y sus reformas, para que se lea de la siguiente manera:</p> <p>“Artículo 5° bis. JAPDEVA tendrá dentro de sus competencias:</p> <p>a) Acordar alianzas estratégicas y cualquier otra forma de asociación empresarial, con entidades públicas o privadas para desarrollar inversiones de infraestructura, comerciales, de investigación, desarrollo tecnológico, prestación de servicios y cualquier otra actividad relacionada con las competencias de JAPDEVA.</p> <p>b) Incluir bienes inmuebles propiedad o bajo administración de las partes en las alianzas estratégicas, con excepción del patrimonio natural del Estado, así como el desarrollo de la infraestructura necesaria para alcanzar los objetivos de la alianza.</p> <p>Los términos y las condiciones generales de las alianzas estratégicas se definirán reglamentariamente por parte del Consejo de Administración de JAPDEVA. El plazo máximo de cualquier alianza estratégica será de 50 años.</p> <p>La reglamentación que emita el Consejo de Administración de JAPDEVA deberá regular los procedimientos y requisitos para seleccionar los aliados estratégicos.”</p>

dicha venta no impida el cumplimiento oportuno de los objetivos institucionales.	
--	--

A. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS REFORMAS PROPUESTAS A LA LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE REPÚBLICA.

A1. En el artículo 2 del proyecto N° 23465 el cual reforma el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Contraloría, se consulta la lesión de los artículos 183 y 184 constitucionales, así como de los principios fundamentales de la eficiencia y eficacia administrativa.

Con la reforma indicada se suprime la fiscalización de la legalidad de los controles y de la eficiencia en el manejo de los fondos públicos. Siendo que las administraciones podrían hacer su gestión sin aplicar los controles que contempla el marco legal vigente, a cualquier costo, dado que no requiere garantizar la eficiencia en el manejo de los fondos públicos. Además, ni la CGR ni las Auditorías Internas podrían revisar y pronunciarse sobre la legalidad de los controles y la eficiencia en el manejo de los fondos públicos; por ejemplo, la CGR no podría realizar auditorías como la ejecutada sobre el programa Bono Proteger, en la que se encontró que un 16,4% de los bonos pudo haber sido otorgado a personas no elegibles, lo que representaría \$7.490 millones, siendo este tipo de controles importantísimos en relación con el buen uso de los fondos públicos

Llamése la atención al honorable Tribunal que, según la reforma propuesta, el fin primordial de la Contraloría no sería ya el velar por la legalidad y la eficiencia de los controles internos y el manejo de los fondos públicos, es decir, ya no velaría por una buena utilización de los fondos públicos. Asimismo, la reforma no es un hecho menor, si se considera que las Auditorías Internas, como parte del Sistema de Control, están subordinadas a la CGR y son parte del Sistema de Control de la Hacienda Pública, liderado por la CGR. Por lo que la ruptura planteada en el proyecto de ley fractura el control de la hacienda pública, y el sistema pesos y contrapesos de un órgano adscrito a la Asamblea que por mandato constitucional debe informar a esta y por tanto violenta.

En virtud de esta reforma consideramos se da una grosera y abierta lesión de los artículos 183 y 184 constitucionales, pues corresponde respecto de los fondos públicos a la Contraloría General de la República el fiscalizar su correcto manejo, tanto desde el punto de vista jurídico- constitucional como de conformidad con los principios económicos, financieros y contables.

Respetuosamente, reiteramos que el espíritu originario que los constituyentes promovían respecto a la inclusión del Capítulo de la Contraloría General de la República fue:

[...]Diputado Facio hizo uso de la palabra para referirse a la cuestión en debate... contiene solo principios generales, y solo aquellos principios que tienen atinencia con las relaciones de un Poder con otro; estos son, solo las normas que parecen necesarias para establecer, en el campo financiero, el sistema de frenos y contrapesos de todo sistema constitucional democrático[...]

[...] le damos especial importancia a la Contraloría General de la República. ¿Por qué? Porque la Contraloría es el freno y contrapeso legislativo.... Resumen: creemos que deben ser normas constitucionales aquellas llamadas a regular las relaciones mutuas de un poder con otro, no aquellas del dominio doméstico de uno de esos poderes [...]

[...] el valor jurídico del presupuesto ya aprobado, como límite para la realización de gastos públicos, el sexto, señala la forma de liquidar el presupuesto; y los últimos fijan la naturaleza, atribuciones y objetivos del organismo, dependiente del Poder Legislativo, llamado a vigilar la ejecución y la liquidación del presupuesto [...]

[...] el Representante Arias Bonilla, quien explicó que se hacía necesario incorporar una norma como la propuesta, de tal modo que la Contraloría, no sólo aprobará, ejecutará y liquidará los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República, sino también los de las otras Instituciones del Estado que tienen sus propios presupuestos. La Contraloría no sólo debe tener la facultad de aprobarlos, sino de glosarlos y fenecerlos. [...]²⁶

Las sanas prácticas entonces remitían a los principales modelos para integrar el control del erario en los diversos esquemas de frenos y contrapesos al ejercicio del poder en los Estados. Es decir, la visión constitucional costarricense en torno a la vigilancia de la Hacienda Pública promovió desde 1949 que la Contraloría General de la República no sólo aprobará, ejecutará y liquidará los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República, sino también los de las otras Instituciones del Estado que tienen sus propios presupuestos. Como novedad los constituyentes,

²⁶ En acta n 165 de la Constituyente Ver: <https://www.rodolfosaborio.com/actas/ANC49-041-050.htm>]

diseñaron desde nuestra constitución la posibilidad de que el órgano contralor emita opiniones y sugerencias que considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos y examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos.

Por su parte la Sala Constitucional congruente con esta visión se ha referido en relación con las competencias constitucionales de dicho ente de la siguiente manera:

"[...]La Contraloría General de República, como su Ley Orgánica remarca (Ley No. 7428 de siete de septiembre de 1994) es un órgano de relevancia constitucional, auxiliar de la Asamblea Legislativa, cuya **función general es el control superior de la Hacienda Pública y la dirección del sistema de fiscalización** regulado en la cita ley" Voto 5119-95 [...]. (el destacado no es del original)

De acuerdo con las normas constitucionales de rito, la importancia de esa calidad especial de la competencia atribuida al ente Contralor se direcciona hacia el principio de eficiencia administrativa, con miras a la eficacia como resultado. El control de la hacienda pública tiene como fin esencial asegurar que los recursos del Estado sean direccionados a la satisfacción de las necesidades generales que constitucional o legalmente debe proveer.

Ese principio fundamental de eficiencia, bien consolidado en el texto constitucional, es la motivación jurídica que nutre el ejercicio de la actividad de fiscalización y control de la hacienda pública, que podría dar como resultado en virtud del ejercicio de sus facultades de raigambre constitucional, la presentación de: denuncias penales, demandas administrativas con reclamación civil, entre otras.

Por lo que resulta de vital importancia que este honorable tribunal tome nota sobre la evidente y mal disimulada reducción de la función constitucionalmente atribuida al ente contralor por la norma acusada.

A2. El artículo 3 del proyecto de marras el cual reforma el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría, se consulta la lesión de los artículos constitucionales: 7, 11, 45, 183 en relación con el 184, así como del artículo 5 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, los artículos 8 y 21 de la Ley de Control Interno, los principios de transparencia administrativa, responsabilidad de los funcionarios

públicos, rendición de cuentas, progresividad en la normativa de fiscalización de los fondos públicos, del buen servicio de la administración pública.

Esta reforma pretende prohibir la competencia que actualmente tiene el órgano contralor de evaluar de manera preventiva la gestión de la administración pública activa, limitando así su capacidad de fiscalización. Esta modificación está estrechamente relacionada con la reforma a la Ley de Control Interno, pues está claramente establece que las actuaciones de la Contraloría General de la República solo podrán ser “a posteriori”. Además, con la modificación se elimina la rectoría de la CGR sobre el ordenamiento de control y fiscalización. Es decir, en la práctica limita la relación estructural entre auditorías internas y la Contraloría. Además de prohibir a órgano Contralor el desarrollo de las actividades constitucional como lo es la emita opiniones y sugerencias que considere necesarias para el mejor manejo de los fondos públicos.

Recordemos que las competencias que están llamadas a desarrollar las auditorías internas tienen una marcada relación con las acciones de control y vigilancia de la Hacienda Pública, entendido éste último concepto bajo la inteligencia del artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, debiendo considerarse además las demás competencias a las que alude la Ley General de Control Interno (por ejemplo, en el artículo 8 en cuanto define el conjunto de objetivos que persigue el sistema de control interno, incluyendo:

“[...]a) Proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal. b) Exigir confiabilidad y oportunidad de la información. c) Garantizar eficiencia y eficacia de las operaciones y d) Cumplir con el ordenamiento jurídico y técnico.”); todo bajo el concepto “funcional” de auditoría interna: “La auditoría interna es la actividad independiente, objetiva y asesora, que proporciona seguridad al ente u órgano, puesto que se crea para validar y mejorar sus operaciones. Contribuye a que se alcancen los objetivos institucionales, mediante la práctica de un enfoque sistémico y profesional para evaluar y mejorar la efectividad de la administración del riesgo, del control y de los procesos de dirección en las entidades y los órganos sujetos a esta Ley. Dentro de una organización, la auditoría interna proporciona a la ciudadanía una garantía razonable de que la actuación del jerarca y la del resto, de la administración se ejecuta conforme al marco legal y técnico y a las prácticas sanas. [...]”²⁷

²⁷ Artículo 21 de la Ley de Control Interno del 31 de julio de 2002.

En consideración de la disminución competencial propuesta se considera y por ello se consulta al Tribunal Constitucional, si la reforma propuesta del artículo 12 del expediente de marras contradice el derecho de la Constitución en el artículo 183 el cual dispone claramente que:

“[...]La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública; pero tiene absoluta independencia y administración en el desempeño de sus labores. [...]”

Bajo la anterior inteligencia se destaca a todas luces la función de fiscalización superior de la Contraloría General de la República y en ese sentido lo ha externado jurisprudencialmente la Sala Constitucional:

“[...] De la lectura de los artículos 183 y siguientes de la Constitución Política, es posible concluir que la Contraloría General de la República, tiene relación con los fondos públicos, una función de fiscalización superior, jurídica y financiera, que no puede verse limitada a una actuación automática de simple “aprobación”, puesto que ello implicaría una disminución sustancial de sus competencias constitucionales. [...]” ²⁸

En este contexto entendemos como el artículo 12 de la Ley N° 7428 le designa como órgano rector del Sistema de Control y Fiscalización superiores de la Hacienda Pública y por tanto le confieren facultades para emitir disposiciones, normas, políticas y directrices que coadyuven con la Administración Pública en el logro del objetivo garantizar la legalidad y eficiencia de los controles internos y del manejo de los fondos públicos que contribuyan al desarrollo de una gestión efectiva, así como una rendición de cuentas congruente con las responsabilidades que les son inherentes.

Siendo entonces que de acuerdo a la reformas de marras la CGR NO podrá: “hacer, sustituir, abarcar, interferir, ordenar, interpretar, advertir, recordar, ni recomendar asuntos que corresponden exclusivamente a las competencias propias de la administración pública activa en toda su extensión, ni sustituir las competencias de administración pública activa en sus modalidades de función decisora, ejecutiva, resolutoria, directiva u operativa, ni podrá evaluar previamente la gestión

²⁸ En Voto 2340-94

administrativa de la administración pública activa”²⁹, evidenciándose en este punto, que el legislador no puede disminuir las funciones competenciales propias del ente contralor, en ese sentido ha sido expresado por el honorable Tribunal Constitucional en el voto 00998 del 16 de febrero del 1998, en el que la Sala Constitucional resolvió una acción de constitucionalidad y, dentro de los temas analizados, dicho órgano jurisdiccional determinó sobre la posibilidad de reformar las funciones de la Contraloría General de la República que:

[...]cualquier reforma o modificación tendrá como especial fin el ampliar, aclarar o complementar las atribuciones que ya están dadas por la propia Constitución Política, según lo posibilita el inciso 5) del artículo 184 constitucional; de manera que el legislador común no puede rebajarlas, disminuirlas, suprimirlas o atribuírselas a otros órganos públicos, cuando la modificación en este sentido resultare contraria a los parámetros y principios constitucionales comentados[...].” (el resaltado no es del original)

Resulta pertinente además de necesario indicar que, con la eliminación del control preventivo dentro de las actuaciones de la administración pública, ejercido por la Contraloría General de la República, el cual permite mantener una supervisión objetiva e inmediata del manejo de los recursos y bienes públicos sufragados por los ciudadanos, con este control se optimiza la gestión, la transparencia de los actos públicos. Todo este accionar en pro de finanzas claras y lucha contra la corrupción, se ve además desmejorado con la supresión del control previo del ente contralor, hecho que no puede ser avalado por ningún Tribunal Constitucional, ya que con esto se contradicen los artículos 183 y 184 constitucionales, pero además se vulnera un instrumento convencional como la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, Ley N° 8857 ratificada por el artículo 1 del decreto ejecutivo número 33540, el cual de manera específica dispone en sus artículos 5. 1 que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas. Es

²⁹ Proyecto de ley 24365

evidente que la reforma propuesta busca debilitar la gestión íntegra, transparente de los fondos públicos, así como la rendición de cuentas de parte de los órganos y entes gubernamentales.

Debido a lo anterior, con la reforma propuesta, por medio de una ley ordinaria (jerárquicamente inferior a un Convenio Internacional) se contradice la obligación del Estado costarricense de interpretar y aplicar sus normas internas de manera compatible con los tratados internacionales en este caso el referido en líneas atrás, hecho que se traduce además en la lesión del 7 constitucional, que establece el carácter superior a las leyes de los Convenios Internacionales.

Es oportuno además indicar que, como se ha evidenciado con anterioridad en los apartados preliminares de la presente consulta, la relación estrecha existente entre el derecho de propiedad consagrado en el artículo 45 de la Constitución Política y el deber de los entes gubernamentales de hacer un buen uso de los recursos, esto mediante la prestación de un buen servicio público, hecho que se da en virtud del ejercicio de la labor fiscalizadora en toda la amplitud del Estado y en todos los momentos procesales en la gestión de los fondos públicos. Aspecto que el expediente de marras se contradice al suponer un cambio regresivo en las facultades del órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superior, como lo es la Contraloría General de la República.

Este viraje regresivo de las reformas propuestas contradice total y absolutamente el criterio jurisprudencial esgrimido por el honorable Tribunal Constitucional en el voto 2006-015958, al claramente indicar que:

” [...]...el legislador no puede legitimamente desfigurar o distorsionar el diseño constitucional del órgano al punto de que éste no se reconozca, suprimiéndole competencias constitucionales, asignándole otras propias de otros órganos, o confiriéndole competencias que, aunque no sean propias de otros órganos...**lo que el legislador si podría hacer es añadirle otras funciones compatibles o conexas con las que constitucionalmente corresponden[...]**” (el destacado no es del original),

Denótese que de forma contundente la Sala expresa el carácter de amplitud funcional de las funciones contraloras nunca en sentido contrario o de disminución de esta, siendo medular insistir en que la progresividad debe ser el principio que

rija las aprobación de normas de fiscalización de los fondos públicos y no en carácter contrario, disminuyendo estas facultades, esto además es respaldado por los principios de legalidad, responsabilidad de los funcionarios públicos, rendición de cuentas y transparencia administrativa (artículo 11 constitucional), siendo la aplicación de estos principios esenciales para fortalecer el Estado de derecho y mejorar la calidad del servicio público. Estos principios garantizan que los recursos públicos se utilicen de manera eficiente, efectiva y responsable, promoviendo la confianza pública y la legitimidad del gobierno, es por ello que la aprobación de normas como la acusada van en contra del principio de progresividad en la fiscalización de los fondos públicos, con esto se asegura que los avances en la administración pública sean sostenibles y se mantengan en el tiempo, contribuyendo al desarrollo integral de la sociedad al promover la transparencia y la rendición de cuentas.

A3. En los artículos 4, 5 y 6 del proyecto en discusión mediante modificación a los artículos 17, 22 y 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se consulta la lesión de los artículos 183, 184, así como de los principios de eficiencia y eficacia

La reforma al artículo 17 de la Ley Orgánica de la Contraloría establecida en el artículo 4 del proyecto consultado, crea una disminución de las funciones del órgano contralor, siendo que elimina la posibilidad de efectuar prevenciones, dictar instrucciones y órdenes cuando esté ejerciendo su control de eficiencia sobre la eficiencia de la administración.

La reforma: con la modificación al artículo 22, le prohíbe a la CGR en su potestad de investigación y suspender la ejecución de actos o contratos.

Resulta pertinente además de necesario el indicar que, con la eliminación del control preventivo dentro de las actuaciones de la administración pública, ejercido por la Contraloría General de la República, el cual permite mantener una supervisión objetiva e inmediata del manejo de los recursos y bienes públicos sufragados por los ciudadanos, con este control se optimiza la gestión, la transparencia de los actos públicos. Todo este accionar en pro además de finanzas claras y lucha contra la corrupción se ve desmejorado con la supresión del control previo del ente contralor,

hecho que no puede ser avalado por ningún Tribunal Constitucional, ya que con esto se contradicen los artículos 183 y 184 constitucionales, pero además se vulnera un instrumento convencional como la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, Ley N° 8857 ratificada por el artículo 1 del decreto ejecutivo número 33540, el cual de manera específica dispone en sus artículos 5. 1 que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

Debido a lo anterior, con la reforma propuesta, por medio de una ley ordinaria (jerárquicamente inferior a un Convenio Internacional) se contradice la obligación del Estado costarricense de interpretar y aplicar sus normas internas de manera compatible con los tratados internacionales en este caso el referido en líneas atrás, hecho que se traduce además en la lesión del 7 constitucional, que establece el carácter superior a las leyes de los Convenios Internacionales.

Como se advierte hay una disminución de las funciones del órgano contralor y una neutralización de su capacidad protectora del patrimonio público, siendo que elimina la posibilidad de efectuar prevenciones, dictar instrucciones y órdenes cuando esté ejerciendo su control de eficiencia sobre la eficiencia de la administración. Afectando su funcionamiento operativo, autonomía y capacidad de gestión.

En ese sentido, entonces lo que pretende el Poder Ejecutivo resulta contrario a la interpretación que ha resuelto el máximo órgano Constitucional. Siendo que, de acuerdo con la Ley de la Jurisdicción Constitucional la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional erga omnes, desconocer esta interpretación no es posible.

B. De la reforma a la Ley General de Contratación Pública, Ley N° 9986 de 27 de mayo de 2021.

B1. En el artículo 8 del proyecto de marras el cual reforma el artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública, Ley N.º 9986 de 27 de mayo de 2021, se consulta la lesión de los artículos: 9, 11, 46, 182, 121 15), 140 inciso 8), así como de los principios constitucionales de libre concurrencia, libertad de empresa

La reforma propuesta al artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública, en el artículo 8 del proyecto # 24365 dicha norma actualmente comprende un procedimiento de contratación pública especial, siendo que con la reforma propuesta se pretende ampliar dicho régimen de contratación para realizar un uso en sentido amplio del mismo. Los bienes y aspectos que pretende regular, según norma constitucional (art.182 de la Constitución Política de la República de Costa Rica) se deben encontrar bajo un procedimiento de contratación ordinaria.

Los principios constitucionales que orientan la contratación administrativa en Costa Rica, a saber: la libre concurrencia, la igualdad de trato entre todos los potenciales oferentes, la publicidad, la legalidad, la transparencia de los procedimientos, la seguridad jurídica, el formalismo de los procedimientos licitatorios, el equilibrio de intereses, el principio de buena fe, la mutualidad del contrato, y el control de los procedimientos realizado directamente por la Contraloría General de la República.

Nuestra Constitución establece:

"[...] Artículo 182: Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los poderes del estado, las municipalidades, y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, **se harán mediante licitación**, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo. [...] (El destacado no es del original)³⁰

³⁰ En acta 162 se identifica la versión original de la moción discutida en la Asamblea Constituyente, la cual dispuso:

"[...] Artículo 7º. – La ejecución o reparación de obras públicas, las compras que se ejecuten con fondos del Estado, de las Municipalidades o de las instituciones autónomas, y la venta o arrendamiento de los bienes pertenecientes a los mismos, se harán, tratándose de obras u operaciones cuyo valor y naturaleza señale la

Esta misma Sala ha consignado en reiteradas sentencias una pluralidad de principios de la contratación administrativa que se derivan del artículo 182 de nuestra constitución, en la sentencia N° 00998 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del 16 de febrero del año 1998, donde se dice al respecto:

"[...]En virtud de lo anterior, debe entenderse que del artículo 182 de la Constitución Política de la República de Costa Rica se derivan todos los principios y parámetros constitucionales que rigen la actividad contractual del Estado. Algunos de estos principios que orientan y regulan la licitación son: 1.- de la libre concurrencia, que tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Costa Rica (...) 2.- de igualdad de trato entre todos los posibles oferentes (...) 3.- de publicidad, que constituye el presupuesto y garantía de los principios comentados, ya que busca asegurar a los administrados la más amplia certeza de la libre concurrencia en condiciones de absoluta igualdad en los procedimientos de la contratación administrativa (...) 4.- de legalidad o transparencia de los procedimientos, en tanto los procedimientos de selección del contratista deben estar definidos a priori en forma precisa, cierta y concreta, de modo que la administración no pueda obviar las reglas predefinidas en la norma jurídica que determina el marco de acción, como desarrollo de lo dispuesto al efecto en la Constitución Política de la República de Costa Rica; 5.- de seguridad jurídica, que es derivado del anterior, puesto que al sujetarse los procedimientos de la contratación administrativa a las reglas contenidas en las disposiciones normativas,

ley, mediante licitación pública. La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación [...]"

Por su parte en acta 164 los Constituyentes deliberaron por el fondo dicha moción. Se destaca del debate lo siguiente:

"[...] El Licenciado ORTIZ observó que el artículo no era lo suficientemente claro. Por ejemplo, la reparación de un edificio de la Administración, que podría llevarse a cabo por el Taller de Obras Públicas, ¿deberá sacarse a licitación pública? ¿A cuáles reparaciones se refiere el artículo... El Diputado CHACÓN JINESTA expresó que por experiencia reconoce que no siempre el sistema de licitaciones públicas produce los mejores beneficios. Si bien se trata de un sano principio, en la práctica las licitaciones no dan los buenos resultados que se espera. Lo más conveniente sería no decir nada al respecto en la Constitución. El señor CASTRO SIBAJA manifestó que aún el mismo compañero Chacón reconoce la bondad del principio. ¿Por qué, entonces, oponerse a consignarlo en la Constitución? **Es necesario llevar ese principio al texto constitucional para que no vuelvan a ocurrir los llamados "contratos sin licitación" del régimen pasado, que tanto criticara la Oposición.** El señor ARIAS manifestó que el **sistema de licitaciones era conveniente.** El Diputado CHACÓN JINESTA de nuevo intervino en el debate, para indicar que **en muchos casos las licitaciones privadas daban mejores resultados que las públicas. La fórmula en debate cierra la puerta a esa posibilidad.** El Diputado CASTRO SIBAJA manifestó que el compañero Chacón tenía razón. Sugirió luego la siguiente fórmula para que el artículo en debate se redacte así: "Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebran el Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamiento de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo. Sometida a votación la moción anterior, que fue acogida por los proponentes, fue aprobada.

se da seguridad y garantía a los oferentes de su participación[...]; ((el destacado no es del original))”.

En dicha sentencia se enumeran otra serie de principios constitucionales derivados del artículo 182 de la Constitución Política de nuestro país, pero sin duda, con los cinco mencionados en la cita a priori, podemos evidenciar una serie de posibles inconstitucionalidades en relación con la reforma de cita pues de según el procedimiento especial comprendido en el artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública, es posible la contratación directa en casos determinados, si este procedimiento especial se amplía en su aplicación nos encontraríamos ante un posible sistema contratación pública que permitiría el incumplimiento de principios como la libre concurrencia, la publicidad, la igualdad de trato entre oferentes, entre otros.

Es decir, nos encontramos de ser aprobada la le reforma de ley ante la posible ordinarización de un procedimiento de contratación especial para situaciones de urgencia, lo que dejaría de ser la excepción para convertirse en la regla, lo que evidentemente podría llevar a un uso indiscriminado del mismo, con especial capacidad de eludir el cumplimiento de los principios constitucionales referentes a la contratación pública, poco transparente y menos competitiva.

Lesión del artículo 182 de la Constitución Política

La reforma elimina el requisito de concurso público para seleccionar socios estratégicos, así permitiéndole al Estado establecer relaciones comerciales sin un proceso de licitación previa. Esta actividad contradice de forma directa lo estipulado en el artículo 182 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, en donde se establece que la licitación pública es el mecanismo establecido para garantizar la transparencia, la igualdad de oportunidades y mejores condiciones para el Estado. La Sala Constitucional se ha referido a la importancia de este principio, derivando del mismo otros principios constitucionales en materia de contratación administrativa, como el de mercado competitivo, estipulado en el artículo 46 *Ibidem*. Esto con la finalidad de que la Administración cuente con varias ofertas y elegir la que ofrezca mejores condiciones.

Lesión del Artículo 121 Inciso 15 de la Constitución Política de la República de Costa Rica

La inconstitucionalidad radica en que la reforma propuesta al artículo 67 de la LGCP permite que se lleven a cabo contratos de arrendamiento operativo sin la aprobación previa de la Asamblea Legislativa, a pesar de que estos contratos, en la práctica, pueden funcionar como un mecanismo de financiamiento extranjero para el Estado.

El artículo 121, inciso 15 de la Constitución Política de la República de Costa Rica establece claramente que todo contrato de empréstito o cualquier operación que implique compromiso financiero para el Estado debe ser aprobado por la Asamblea Legislativa.

Esto se debe a que este tipo de operaciones tienen un impacto significativo en las finanzas públicas y, por lo tanto, requieren del escrutinio y aprobación del órgano legislativo, que representa la voluntad popular.

Al permitir que los contratos de arrendamiento operativo, que en esencia pueden ser un tipo de financiamiento, se realicen sin la aprobación legislativa, la reforma propuesta estaría eludiendo este mandato constitucional y con ello contradice el principio democrático desarrollado por la Sala Constitucional de la siguiente manera:

“[...]La utilización del término “democrático” en nuestra Carta Fundamental establece una exigencia en el origen de la ley ordinaria y es que ésta debe ser producto de la voluntad popular representada en la Asamblea Legislativa”. [...] Voto 2430-94 (El resaltado no es parte del original)

Lo anterior en adición a la lesión del principio de separación de poderes, pues con la reforma se eluden funciones propias, indelegables e intransferibles de la Asamblea Legislativa tendientes a la elusión del control democrático sobre las finanzas públicas, lo cual al “legislar” a puerta cerrada podría generar un endeudamiento encubierto del Estado, sin la debida transparencia y supervisión, lo cual vulnera además el artículo 11 constitucional referente al principio de transparencia y rendición de cuentas.

En efecto, si tales contratos de arrendamiento operativo son financiados con fondos extranjeros y deben ser pagados a través de un canon de arrendamiento con fondos públicos, estaríamos ante una forma de deuda pública. Para efectos contables, esa suma debería registrarse en la Tesorería Nacional como un pasivo del Estado. Al no requerir la aprobación legislativa para estos contratos, se estaría ocultando el verdadero impacto financiero de estas operaciones y se estaría generando una deuda pública de manera opaca y sin el debido control.

C. DE LA REFORMA A LA LEY GENERAL DE CONTROL INTERNO

C1. En el artículo 7 del proyecto referido que reforma el artículo 7 de la Ley General de Control Interno, Ley N° 8292 de 4 de septiembre de 2002 y sus reformas, se consulta la lesión de los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, así como de los principios de eficacia y eficiencia.

El articulado en cuestión crea una disminución de las funciones del órgano contralor, siendo que elimina los controles preventivos, incluyendo los previos, esto pese a que desde la Constitución Política se disponen actuaciones que son entendidas como controles previos, como lo relacionado con la materia de aprobación presupuestaria, el refrendo y la fase recursiva en materia de contratación pública, u otras en normativa legal como el sistema de garantía de la función de auditoría interna; además elimina la posibilidad de evaluar las etapas previas de la gestión. Esta pretensión resulta violatoria de los artículos de los artículos 183 y 184 de la Constitución Política, así como de los principios de eficiencia y eficacia. Lo anterior limita la actuación de la Contraloría a posteriori reduce su capacidad de control y supervisión preventiva, afectando la eficiencia administrativa.

La Sala Constitucional ha señalado, en la resolución N° 2004-03281 que la tutela administrativa o dirección intersubjetiva se traduce en potestades de control:

“[...]El control puede ser preventivo o "ex ante" como sucede con las autorizaciones o "ex post" como sucede con la aprobación (sic), refrendo o visto bueno que debe impartir el ente público que ejerce la función de control. Un ejemplo de este segundo supuesto lo constituye, precisamente, el refrendo de la Contraloría General de la República a toda orden de pago que emitan las administraciones públicas contra los

fondos del Estado (artículo 184, párrafo 2° Constitucional). En tanto que la autorización se constituye en un requisito de validez del acto administrativo, la aprobación es un requisito de eficacia del acto administrativo. [...]"

Por otra parte, la Sala Constitucional ha manifestado en la resolución N° 02430-1994 que las potestades públicas son un poder deber, por lo que no sólo pueden sino debe ejercer, en el caso de la Contraloría "(...) Los incisos del artículo que se consulta no transgreden la Constitución Política; en efecto, en materia de su competencia la Contraloría General de la República está obligada a actuar siempre, para fiscalizar todo lo concerniente a la Hacienda Pública (artículo 183 constitucional). El artículo 184 id. le otorga "deberes" y "atribuciones" y no una facultad discrecional para actuar en el campo de su incumbencia."

D. DE LA REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DE JAPDEVA LEY N° 3091 DE 18 DE FEBRERO DE 1963 Y SUS REFORMAS.

D1. En el artículo 9 del proyecto referido que reforma el artículo 5 bis de la Ley Orgánica de JAPDEVA (Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica), Ley N° 3091 de 18 de febrero de 1963 y sus reformas se consulta la lesión de los artículos 46, 140 inciso 8), 182 y 191 constitucionales, así como de los principios de eficiencia y eficacia.

El artículo en cuestión pretende abstraer a JAPDEVA de la necesidad de un proceso licitatorio previo en la escogencia de sus socios estratégicos. Esta pretensión resulta violatoria de los artículos 46, 140 inciso 8), 182 y 191 Constitucionales como se demostrará más adelante.

Como bien lo señala la Sala Constitucional en su fallo 998-98 el artículo 182 Constitucional nace para "ponerle fin a la práctica generalizada de "los contratos sin licitación"", indicando claramente que "es en este sentido que debe entenderse el procedimiento de contratación; es decir, como el mecanismo más apto para el control de la Hacienda Pública y de los recursos financieros del Estado, con el fin primordial de que se promueva una sana administración de los fondos públicos, constituyéndose, entonces, en principio de orden público derivado de la transcrita

norma constitucional, en tanto resulta el “medio idóneo para la selección del cocontratante de la Administración” (sentencia número 1205-96).

Esta escogencia no se dio de manera casual o fortuita, sino que el Constituyente de manera consciente la prefiere:

“[...]Es importante recalcar que la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente en relación con esta norma constitucional, se centró en la determinación del procedimiento más apto para que se realizara la contratación administrativa: en tanto, algunos constituyentes eran partidarios en eliminar toda restricción, para que la misma se verificara mediante licitación privada, por cuanto las licitaciones públicas no siempre producen los mejores beneficios, por el contrario, otros abogaban por la necesidad de instaurar el procedimiento de la licitación como principio constitucional de la contratación administrativa, discusión que concluyó en que el sistema de la licitación privada se reservaría únicamente para las contrataciones cualitativa y cuantitativamente menores, como lo son las reparaciones, y que el resto de las negociaciones administrativas se realizaría mediante la licitación pública [...]”³¹

Pretender, como pretende la reforma, separarse del mecanismo de la licitación resultaría violatorio del artículo 182 Constitucional que claramente ordena:

“[...]Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo [...]”

Resultando imposible interpretarlo de otra manera cuando el Constituyente, no solo porque la letra del artículo es clara, sino porque, como se señaló líneas atrás, el Constituyente con toda la intención escogió conscientemente apartarse de las contrataciones sin licitación, que es todo lo que pretende la reforma en este acápite analizada.

Este artículo 182 eleva a nivel constitucional también todos los principios de la contratación administrativa:

“[...] que al disponer el artículo 182 constitucional que debe celebrarse mediante licitación, implica que son constitucionales todos los principios esenciales que informan esa figura, reconocidos unánimemente por la doctrina del Derecho Constitucional y Público, como la equidad, publicidad, igualdad de oportunidades, el interés público y la buena fe, entre otros”; y que reiteró en la siguiente consideración:

³¹ En acta número 164 de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949.

“Ha dicho esta Sala que si el artículo 182 de la Constitución Política establece este principio -el de la licitación-, entonces se encuentran inmersos en el concepto todos los principios propios de la Contratación Administrativa” (ídem). [...]

Uno de esos principios es el de Libre Concurrencia, el cual ha señalado la Sala Constitucional que tiene por objeto afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa regulado en el artículo 46 de la Constitución Política, destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece. Habiendo señalado la Sala que el abstraerse de un procedimiento licitatorio violaría no solo el artículo 182 sino también el 46 Constitucional:

“[...] si el recurrido no siguió este procedimiento, se infringió no sólo el artículo 182 constitucional, que preceptúa la licitación como instrumento de contratación del Estado, sino, además, el principio de igualdad, en su connotación específica de igualdad de trato para los interesados y potenciales concursantes, limitándose, además, indebidamente, la libertad de contratar (derivada de la de comercio), dispuesta por la Carta Política en su norma 46. (...)”³².

Es claro entonces que si el proyecto lo que pretende es evitar el proceso licitatorio, pues indefectiblemente se daría también la violación del artículo 46 Constitucional como bien se advierte en la sentencia 1490-92 arriba citada.

Este proceso licitatorio no solo tiene sustento en el artículo 182 Constitucional sino también en el principio de eficiencia de la Administración consagrado en los ordinales 140 inciso 8 y 191 de nuestra Constitución Política como bien lo ha señalado esta Sala Constitucional:

“[...] no sólo tiene asidero en el artículo 182 supra citado, y la calificada doctrina que lo informa, sino, además, en el principio de eficiencia de la Administración (ordinales 140.8 y 191 de la Constitución), así como en todas las garantías que derivan del régimen de la licitación” (sentencias número 0496-91 y número 0752-93, de las dieciséis horas dieciocho minutos del quince de febrero de mil novecientos noventa y tres) [...]

³² Sentencia número 1490-92, de las dieciséis horas nueve minutos del tres de junio de mil novecientos noventa y dos

Permitir entonces la contratación sin el proceso previo como lo pretende el proyecto violaría flagrantemente el principio de eficiencia y por lo tanto los artículos que en él se consagra

“[...] El procedimiento de licitación pública a que ese artículo se refiere -artículo 182 constitucional-, encuentra su razón de ser, no sólo en relación con el interés del Estado, sino, además, en relación con el de los administrados. En términos generales, es posible afirmar que en lo que atañe al Estado, se busca conseguir mayores posibilidades de acierto en el cumplimiento del servicio público, en la calidad de la prestación que se brinda a los usuarios, y, según la naturaleza de cada caso, de las condiciones económicas, tanto definir la economía de la operación que realiza el contratista, como también el costo que implica para los usuarios. [...] Es por lo expuesto que puede afirmarse que la licitación pública es un «procedimiento de garantía» para el interés público.” (sentencia número 2633-93 de las dieciséis horas tres minutos horas del nueve de junio de mil novecientos noventa y tres) [...].”

CONCLUSIONES

1. **El Referéndum como Mecanismo de Participación Ciudadana:** El Referéndum es un mecanismo de participación ciudadana que fortalece la democracia costarricense, por lo que como legisladores apoyamos y promovemos su aplicación. Por ello en nuestro carácter representativo debemos garantizar que el proyecto de ley que sea consultado ante los ciudadanos no tenga roces de constitucionalidad, de manera tal que los costarricenses tengan la certeza que una vez emitido su voto el resultado de este no tendrá variación posterior.
2. **Momento Procesal Oportuno para la Consulta de Constitucionalidad:** El marco jurídico vigente mantiene un vacío respecto al momento procesal de en qué los diputados deben realizar la consulta de constitucionalidad en caso de proyectos de ley propuestos por el poder ejecutivo al trámite de referéndum. Por lo que es razonable la admisión de la consulta presentada por los diputados y diputadas de la República dado que la discusión del decreto de convocatoria será únicamente para aprobarla o rechazarla, es decir, la única votación del acuerdo de convocatoria a referéndum es el acto final, y por ende el momento procesal oportuno para consultar es precisamente ahora, antes del acto definitivo. Caso contrario, sería resorte

únicamente del Tribunal Supremo de Elecciones, quien tiene una función facultativa y no potestativa en cuanto a la consulta sobre la constitucionalidad del expediente que será objeto de consulta vía referéndum. Ante esto, los diputados podrían aprobar la convocatoria a referéndum de un expediente cuyas disposiciones pudieran ser inconstitucionales, lo cual sería contrario a nuestro deber, reflejado en el juramento constitucional que prestamos al asumir este cargo.

3. **Fractura del Sistema de Control de la Hacienda Pública:** Las reformas planteadas los artículos 2, 3, 4, 5, 7, del proyecto de ley 24.364 plantean la fractura del sistema de control de la hacienda pública, y debilitan el sistema pesos y contrapesos de un órgano adscrito a la Asamblea que por mandato constitucional debe informar a esta respecto a la eficiencia de los recursos públicos y por tanto se da una grosera y abierta lesión del artículo 183 y 184 constitucionales, pues corresponde respecto de los fondos públicos a la Contraloría General de la República el fiscalizar su correcto manejo, tanto desde el punto de vista jurídico- constitucional como de conformidad con los principios económicos, financieros y contables.
4. **Eliminación de Controles Previos:** Es preciso insistir en la pretensión de eliminar controles previos resulta contraria a los principios de eficiencia y eficacia, así como a los citados artículos de la Constitución Política. La Contraloría General de la República desempeña un papel crucial en la supervisión y control de la administración pública. La Contraloría debe asegurarse de que los entes sujetos a su control cumplan con lo establecido en el ordenamiento jurídico, respetando el principio de legalidad con el que se rige toda la Administración Pública. Tanto la Constitución Política como la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha señalado que el control que ejerce la Contraloría General de la República puede ser preventivo (“ex ante”) o posterior (“ex post”). Por ejemplo, el refrendo de la Contraloría General de la República es un control posterior necesario para la eficacia de los actos administrativos.

5. **Uso Adecuado de los Fondos Públicos:** El uso adecuado de los fondos públicos por parte de la Administración en la ejecución de las tareas propias del Estado es inherente a la inviolabilidad que la Constitución Política le confirió al derecho de propiedad. Los principios de eficiencia y eficacia por los que debe regirse la actuación de las instituciones estatales en cualquiera de las áreas de este y sin importar la naturaleza jurídica de los entes que se financien o perciban recursos públicos son un mecanismo de garantía de este derecho consagrado en el artículo 45 de la Constitución Política.

6. **Debilitamiento de la Potestad Fiscalizadora de la Contraloría:** La Contraloría, como organismo de fiscalización superior es, en esencia, la materialización de esa estrecha relación entre el buen servicio público al que los ciudadanos tienen derecho y al que el Estado está en la obligación de prestar por mandato constitucional. A través de ella, los legisladores como representantes del pueblo pueden ejercer el control político de forma precisa e informada. También, puede concluirse que esta labor fiscalizadora es, a su vez, una forma de rendición de cuentas hacia la ciudadanía.

En conclusión, debilitar la potestad fiscalizadora de la Contraloría es una transgresión a la propiedad privada, pues debilita los mecanismos de supervisión de la gestión pública a través de los cuáles se aseguran el respeto a los principios del buen servicio público y el buen uso de los fondos públicos.

7. **Reformas a la Ley General de Contratación Pública y a la Ley Orgánica de JAPDEVA:** Las reformas propuestas al artículo 67 de la Ley General de Contratación Pública y al artículo 5 bis de la Ley Orgánica de JAPDEVA presentan claras violaciones a la Constitución Política. En primer lugar, ambas reformas debilitan el principio de licitación pública consagrado en el artículo 182 de la Constitución, pilar fundamental de la transparencia y la igualdad de oportunidades en la contratación administrativa. Al eliminar o flexibilizar este requisito, se abre la puerta a la discrecionalidad y a posibles actos de corrupción en la selección de contratistas y socios estratégicos. En segundo

lugar, las reformas vulneran el principio de libre competencia y el fomento del mercado competitivo, derivados del artículo 46 de la Carta Magna. Al limitar la participación de oferentes en los procesos de contratación, se reduce la competencia y se impide que el Estado obtenga las mejores condiciones en términos de calidad, precio y eficiencia.

En tercer lugar, la reforma al artículo 67 de la LGCP plantea una violación al artículo 121, inciso 15 de la Constitución, al permitir contratos de arrendamiento operativo sin la aprobación de la Asamblea Legislativa. Estos contratos, al funcionar como mecanismos de financiamiento extranjero, deben ser sometidos al escrutinio legislativo para evitar un potencial endeudamiento encubierto del Estado. Finalmente, la reforma propuesta del artículo 5 bis de la Ley Orgánica de JAPDEVA es una seria vulneración a lo claramente estipulado en los artículos 140, inciso 8 y 191 de la Constitución, al dificultar la vigilancia del buen funcionamiento de esta institución y debilitar los principios del servicio civil, ya que al eximir de la licitación la elección de socios estratégicos, se reduce la transparencia y se abre la puerta a posibles irregularidades en la toma de decisiones, lo que afectaría la eficiencia y eficacia de la gestión de JAPDEVA.

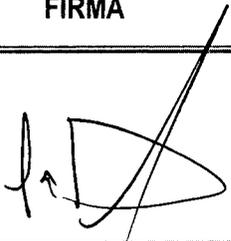
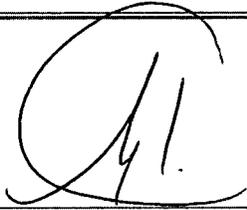
PETITORIA

En razón del fundamento constitucional, legal y jurisprudencial expuesto, solicitamos respetuosamente a este Tribunal estime la presente consulta facultativa planteada y de conformidad con los argumentos expuestos, declare la inconstitucionalidad de las normas recurridas e indique si la reforma que se pretende someter a referendo es inconstitucional, motivo por el que no podría ser objeto de consulta ciudadana. Asimismo, solicitamos que se refiera a cualquier otro asunto que considere relevante desde el punto de vista constitucional.

NOTIFICACIONES.

Se recibirán en la secretaria del directorio en el Edificio Principal de la Asamblea Legislativa.

FIRMAS DE DIPUTADOS CONSULTANTES

DIPUTADO	CEDULA	FIRMA
Diego Vargas Rodriguez	108100440	
Cynthia Córdoba Serrano	108290785	Cynthia C.S
Eliécer Feinzaig Mintz	106520768	Eliécer Feinzaig
María María Padilla	202900793	M Padilla
Kathia Cambonero Aguiluz	204610160	
Andree Alvarez Martin	11288-0968	Andree Alvarez

Kattia Rivera Soto	1-0794-0717	<i>Kattia Rivera Soto</i>
Alberto Campos Cruz	109890672	<i>Alberto Campos Cruz</i>
Paulina Tamirés P	302880372	<i>Paulina Tamirés P</i>
Katherine Morúa B	701480245	<i>Katherine Morúa B</i>
Johana Obando Bonilla	503210535	<i>Johana Obando Bonilla</i>