

AVASALLAMIENTO DE DERECHOS DE PARTICULARES EN LA ZONA MARÍTIMO TERRESTRE

Lic. Miguel Ruiz Herrera

Tema de actualidad, ante las “órdenes de derribo” que emiten las Municipalidades acatando erróneos pedidos de la Contraloría o de la Procuraduría, entes que se han negado, hasta hoy, a analizar con detenimiento la situación legal y han preferido seguir adelante sin contestar cuestionamientos específicos que se les ha presentado. Dichas entidades deberían estar concientes de las graves responsabilidades que asumen tanto los cuerpos municipales y los mismos funcionarios a título personal. Y de poco les servirá excusarse en los pedidos de la Contraloría y la Procuraduría.

Se violentan normas legales contundentes, así como los derechos subjetivos que el ciudadano tiene constitucionalmente protegidos. Más aún, en razón de artículos de ley que muchas veces son olvidados, los funcionarios públicos son responsables, aún con su propio patrimonio, por dichas acciones indebidas.

Y hay otro tema igualmente importante: el efecto devastador de naturaleza social de la aplicación de esos criterios erróneos, pues deben aplicarse por igual a todos, y en su mayoría los afectados son gente muy humilde, que depende de su presencia en esas zonas para su sustento diario.

La solución definitiva posiblemente estará en manos de los legisladores. Mientras tanto, no se deben dañar los derechos de estas familias con acciones de derribo, etc.

Esperamos lograr que -poco a poco- tanto las Municipalidades como la Contraloría y la misma Procuraduría comprendan que sus decisiones deben ceder ante la mucho más alta jerarquía de normas expresas, jerarquía que se inicia en la Constitución, que se complementa con artículos de leyes específicas sobre este tema (como lo es la misma Ley de la Zona Marítimo Terrestre que comentaremos en adelante). Y se deberían haber percatado que –a pesar de la preferencia de los jueces contenciosos de asumir posiciones en defensa del Estado¹ han existido hasta decisiones de jueces de la República, sentencias firmes que han condenado al Estado por esas pretensiones. En adelante también comentaremos algunas de ellas.

Normas Constitucionales y Decisiones de la Sala Constitucional: No debemos limitarnos a fijar la atención únicamente en el Artículo 45 de nuestra Constitución (que ya es bastante claro), sino también recordar el 39, el 27, el 41, y votos de la Sala Constitucional,

1 Don Eduardo describía el favoritismo hacia la Administración y en contra del administrado que don Eduardo detectaba en el Juez, así:
“...la solidaridad del Juez contencioso con el Estado, como empleado público que es. Es un problema de solidaridad gremial con el gobernante y el administrador... El Juez contencioso está siempre mucho más cerca del Estado, y le gusta. Cuando le da la razón, se satisface; cuando se la quita, se siente solo y culpable”. (“Expropiación y Responsabilidad Pública”, pág. 113).

incluyendo votos como los números 1215-97, 113-98, 1484-02, 4857-96, 1217-96, 4205-96, y 5097-93, todos indicando que los límites que el Estado puede imponer a la propiedad privada, de acuerdo a su naturaleza, además de razonables, no deben “vaciar” su contenido pues serían inconstitucionales, al dejar de ser una limitación razonable para convertirse en una privación del derecho mismo.

Existen ya resoluciones como la 160-97, donde se condena al Estado indicándole que el derecho a la propiedad se encuentra constitucionalmente garantizado por lo que cualquier amenaza a éste o a su ejercicio no puede ser el fruto de un acto **arbitrario**, sino que para ser limitado el Estado debe iniciar proceso mediante acto administrativo razonado, en apego de los derechos de legalidad y defensa constitucionales.

El Derecho de Propiedad: Ha existido una tendencia a pretender que el derecho de propiedad es únicamente aquél inscrito en un Registro Público (afirmando que únicamente en estos casos –derechos inscritos- es cuando el Estado debe expropiar). Ya ha sido el Estado sancionado por dicha pretensión ilegal e inconstitucional. Desde sentencias de la Sala Constitucional como el voto 9281-99, el 4205-96 o el 3117-94, hasta artículos de ley como el Artículo 8 de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre analizado en adelante, o el 42 de esa misma Ley. En esos textos legales, propiedad no inscrita, sino poseída en propiedad, ha sido considerada como meritoria de ser expropiada cuando el Estado quiera recuperarla para su patrimonio.

Y esta categoría de propiedad es reconocida consistentemente por la legislación hasta el día de hoy (tal vez el más reciente ejemplo es la citada Ley contra el Enriquecimiento Ilícito, que

ordena a determinados funcionarios declararla como parte del capítulo de Inmuebles en las declaraciones que deben efectuar). Por lo tanto, los conceptos trasnochados de los “*derechos absolutos del Estado en bienes demaniales*” ya no son admisibles (“*Dormitum aliquanto leges, nunquam moriuntur*” – “Las leyes duermen alguna vez, pero nunca mueren” – anónimo).

Si el Estado quiere sustraerle un terreno a un ciudadano, tiene que expropiarlo primero, de conformidad con la ley. Y el Estado debe entonces seguir todo el trámite necesario para respetar hasta el último resabio de sus derechos, o sea, previos actos administrativos razonados para justificar el interés público, notificaciones, y el juicio expropiatorio en donde se le conceda la debida oportunidad para defender el absoluto respeto de todos sus derechos, llegando a determinar -y habiéndole sido pagado efectivamente- el valor de reposición. **Antes no.**

Lo que dice la Ley de la Zona Marítimo Terrestre:

Artículo 8º. *Se declara de utilidad pública la zona marítimo terrestre a efecto de que los lotes, parcelas o mejoras ubicados en ella, que hubieren sido vendidos, adquiridos o poseídos en propiedad, por particulares, puedan rescatarse para el patrimonio nacional por medio de expropiación.*

Parecería que, en razón de la indolencia típica del costarricense, se ha leído sólo la primera parte del artículo, que contiene la declaratoria de utilidad pública de esa zona – permitiendo pronunciamientos complacientes de la Procuraduría- sin tener la prudencia de leer hasta el final del artículo, en donde ordena –como solución para el Estado cuando lotes o parcelas hayan sido vendidos, adquiridos o

simplemente **poseídos** en propiedad (véase que admite el caso de **posesión** en propiedad, casos de arrendamientos, etc., o sea, el caso de propiedad no inscrita en el Registro), que el Estado los recupere para el patrimonio nacional (admitiendo entonces esa Ley que han dejado de ser parte del patrimonio nacional) **por medio de expropiación.**

Este **deber ineludible de expropiar** es la solución que la ley otorga para no incurrir en una violación al Artículo 45 de nuestra Constitución que habría llevado a la declaratoria de inconstitucionalidad de esa ley. No puede ser obviado. Debe ser respetado hasta las últimas consecuencias, otorgándole al particular el debido proceso y todos y cada uno de los pasos (actos administrativos previos, juicio de expropiación, y previo pago).

Artículo 24: Y si se pensase que fue un “accidente” del legislador y no una actuación conciente y deliberada (lo que de todas maneras no afectaría pues “DURA EST LEX, SED EST LEX” - Digesto, Lib XL título IX), el legislador incluyó otra norma más, esta también reflejando el ineludible deber del Estado de expropiar zonas públicas que sean detentadas por particulares: este artículo 24 pide relocalizar a personas que las ocupen pero ordena, en caso de que no sea factible esa relocalización, la expropiación:

*“...Se procurará su traslado a la zona restringida o su alineación a ella, con ayuda que se autoriza de la respectiva Procuraduría o del Instituto Costarricense de Turismo si se tratare de persona de escasos recursos económicos. De no ser posible lo anterior, **procederá su expropiación.**”*

Por lo tanto, la supuesta falta de necesidad de expropiar terrenos **en zona pública** (o sea,

en los primeros 50 metros), y la posibilidad de amedrentar con supuestas acciones legales, poco a poco irán quedando de lado ante la correcta interpretación de la ley, en concordancia con el respeto de las normas constitucionales respectivas.

Lo que Ordena el Artículo 16: Y si todavía existiese duda de esta actuación conciente y deliberada que ordena al Estado expropiar la zona marítimo terrestre, existe este otro artículo más, que dice:

*“Toda cesión de derechos o **traspaso de terrenos, mejoras o construcciones e instalaciones, a favor del Estado o sus instituciones, en la zona marítimo terrestre, ya fuere voluntariamente o por medio de expropiación...**”*

Dicho texto asiste a despejar cualquier duda que se tenga sobre el deber inobjetable del Estado de expropiar en zona marítimo terrestre –inclusive en la zona pública de la zona marítimo terrestre- pues, de lo contrario, **¿para qué entonces incluyó el legislador dichos preceptos expresos, claros y contundentes?**

Las Normas en que se apoyan quienes abogan por demoliciones: Hay, en efecto, normas que piden demolición o cancelación de arrendamientos o de concesiones otorgadas, etc. Pero el nuevo desarrollo de la Sala Constitucional de los derechos subjetivos de los particulares, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, brindan una serie de defensas efectivas, exigiendo el respeto del derecho a debido proceso, derecho de defensa, etc., de la proporcionalidad de las sanciones, de los derechos económicos derivados del derecho inviolable de propiedad, y presentan una serie efectiva de defensa con sanciones a los mismos funcionarios.

En adelante revelaremos cómo sentencias, u opiniones de la Procuraduría, se han dado en razón del engaño de parte de algún Magistrado de ingrata memoria que nos dijo que el texto de algunas leyes del Siglo XIX contenía frases que en realidad no existen ahí. Pero, dejando eso de lado por el momento, veremos la sentencia que más utiliza la Procuraduría:

Voto 441-91: *Publicado en compilaciones de legislación turística en supuesto sustento de los derechos absolutos del Estado. En este caso, la Sala rechazó un intento de declarar inconstitucional normas de la Ley de la Zona Marítimo Terrestre. Y esa determinación es la única que ha importado, sin acudir a lectura completa de lo que ordena, frases que se pretenden olvidar. Por ejemplo dice: “Además, la misma ley ha reconocido la existencia de propiedad privada en la zona marítimo terrestre”*

O sea, la Procuraduría, la Contraloría y los Municipios deben reconocer la existencia de propiedad privada aún en la Zona Marítimo Terrestre. Veamos otra frase de ésta:

“Así, la eficiencia de la Administración en la defensa de la dominicalidad de sus bienes, debe acompañarse de un respeto, aunque sin desproporción, a posibles derechos del particular”

Se confirma que se deben respetar los derechos del ciudadano, tanto los evidentes (agregamos nosotros) como los posibles que ahí se citan. Y este respeto implica, como hemos visto, que el Estado, acatando el mandato del artículo 8 de la Ley 6043 DEBE EXPROPIAR antes de intentar cualquier acto de disposición o reivindicación.

Votos 4869-04, 1764-02, 11932-01, 10537-01, 7975-01, 378-01, y 8015-99: Estos votos son

coincidentes y reiterativos, haciendo entonces que la jurisprudencia sea vinculante (votos reiterados de la Sala crean jurisprudencia vinculante), ordenando que los actos públicos deban tener un substrato de justicia intrínseca, o sea, lo que se ha definido como el “debido proceso sustantivo” que surge del “principio de razonabilidad” desarrollado por la Sala. Agregan que un acto limitativo de derechos sería razonable únicamente cuando cumple con una triple condición: debe demostrarse que es necesario, que es idóneo y que es proporcional.

En consecuencia, previo a cualquier acción limitativa de esos derechos, la Administración debe demostrar que ese pedido es **ineludiblemente necesario** para el Estado, o sea, que no hay otras alternativas que permitan llenar el fin público perseguido sin causar ese daño a los derechos del particular.

Una vez demostrado lo anterior, tienen además que demostrar que la alternativa de demoler es la única adecuada y apropiada para ese fin (“apropiado” significa “proporcionado para el fin a que se destina”, y además deberá ser demostrado siguiendo procedimientos que otorguen el derecho de debida defensa al afectado).

Y además, deben demostrar que es “proporcional” (afirmación reiterativa de la Sala que nos insiste en la importancia de la proporcionalidad). La Sala nos ha definido la proporcionalidad como la “valoración de intensidad”, o sea, si el medio utilizado para alcanzar un fin es además de razonable (adecuado), proporcional. El ejemplo dado por la Sala es si el imponer una sanción de confiscación del patrimonio se requiere realmente para castigar la defraudación fiscal, ejemplo en donde la Sala concluye que no es proporcional, independientemente de si es razonable o no.

¿Podrán los Municipios demostrar que órdenes de demolición —afectando los derechos consolidados por prescripción decenal (conocemos casos en donde han transcurrido más de 70 años desde que ese inmueble se construyó)- es razonable y es proporcional? Recordemos que la ley más bien define lo que es razonable y proporcional al fin de recuperar tierras para el patrimonio nacional: EXPROPIAR, lo que implica el previo pago del valor de reposición. Por lo tanto, no creemos que las Municipalidades tengan siquiera el sustento legal para intentar esa demostración.

Debido Proceso: De no haber existido un verdadero procedimiento administrativo que le otorgue los derechos de debida defensa a cada uno de los afectados, habría entonces claro desacato de lo que la Sala Constitucional ha ordenado repetidamente.

No se acataría entonces el mandato de la Sala Constitucional (Voto número 0845-95 y voto N° 617-90...” o sea, jurisprudencia reiterada y vinculante de acatamiento obligatorio para las Municipalidades, la Contraloría y la Procuraduría), pues no les habrían otorgado las audiencias, las notificaciones, ni ninguno de los otros elementos del debido proceso que ha ordenado la Sala como elementos requeridos para otorgar las garantías y posibilidades de defensa que la Constitución prescribe para todos y cada uno de los ciudadanos.

El Derecho a ser intimado debidamente: Y dentro de tales derechos, se encuentra, ineludible, irremplazable, el derecho a ser intimado de los cargos, lo que la Sala Constitucional ha definido así:

“...el principio de intimación, obliga al órgano encargado de realizar el procedimiento, a poner en conocimiento del afectado una relación oportuna,

expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales. (N° 2945-94).

Aplicación del Procedimiento Administrativo de la Ley General de Administración Pública: Aunque existe un decreto que exonera al Código Municipal de la aplicación de esta ley, la Sala Constitucional ha ordenado la aplicación del procedimiento administrativo que ésta contiene, a pesar de ese decreto, en los casos en los que no exista un procedimiento que garantice de similar manera los derechos de los administrados. Por lo tanto, este procedimiento es de aplicación obligatoria también en este caso, como ha sido ratificado en innumerables sentencias (para casos sobre actuaciones de Municipalidades en la zona marítimo terrestre véase, por ejemplo, la resolución de la Sección Tercera del Tribunal, N° 4553 de 14,00 hrs. de 10 de noviembre de 1995).

Citamos aquí algunos de los artículos que establecen obligaciones para el procedimiento que se deberá seguir antes de llegar a imponer esa decisión:

Art. 216, inciso 1: “La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquel.”

Artículo 218: “Las partes tendrán derecho a una comparecencia oral y privada con la Administración, en que se ofrecerá y recibirá en lo posible toda la prueba, siempre que la decisión final pueda causar daños graves a alguna o a todas aquellas, de conformidad con la ley”. Esta comparecencia debe ser citada formalmente, pues de lo contrario

se violentan derechos subjetivos constitucionales.

Artículo 219, inciso 2: “La omisión injustificada de dichos trámites causará indefensión y la nulidad de todo lo actuado posteriormente”.

Si se hubiesen omitido dichos trámites, todo lo actuado sería nulo. Pero tal vez lo más interesante de este artículo es que expresamente sanciona con el término de “indefensión”, lo que es un recordatorio del Constitucional Derecho de Defensa.

Artículo 220: “El derecho de defensa deberá ser ejercido por el administrado en forma razonable. La administración podrá excepcionalmente limitar su intervención a lo prudentemente necesario... **...sin llegar a la supresión de los derechos de audiencia y defensa antes consagrados...**”

El mandato es claro: No se deben suprimir los derechos de audiencia y defensa.

Artículo 221: “En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible para lo cual el órgano que lo dirige deberá adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes y aún en contra de la voluntad de éstas últimas.”

Artículo 224: “Las normas de este libro deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados...”

O sea, cualquier ámbito de discrecionalidad debe ser utilizado en favor del ciudadano administrado y en contra de la Administración.

No en vano nuestros Tribunales han sancionado a Municipalidades por no haber otorgado el debido derecho de defensa mediante pro-

cedimiento administrativo que garantice plenamente los derechos subjetivos del afectado. Véase la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo N° 4554 del 10 de Noviembre de 1995.

Exceso de Poder: Debe siempre recordarse lo que la Sala ha definido como lo mínimo que debe contener el debido Derecho Defensa:

“Al respecto, la Sala ha dicho que: el derecho de defensa garantizado por el artículo 39 de la Constitución Política, y por consiguiente el principio de debido proceso, contenido en el artículo 41 de nuestra Carta Fundamental (.) y que para una mayor comprensión se ha sintetizado así: a) Notificación al interesado del carácter y fines del procedimiento; b) derecho a ser oído, y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión que se trate; ch) derecho del administrado de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos y otras personas calificadas; d) notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) derecho del interesado de recurrir la decisión dictada”.

Se produce violación a los derechos subjetivos del propietario, cuando la Municipalidad ni siquiera haya seguido los pasos que la ley le exige para otorgar un mínimo de defensa. Véase únicamente como ejemplo, la resolución 2911 de 18 de junio de 1993, en especial párrafos como el siguiente :

*“Al respecto la Sala considera que con dicha actuación se viola el debido proceso cuyos postulados se aplican o extienden a todos los procedimientos que eventualmente desemboquen en la imposición de algún tipo de sanción al administrado, y dentro de los cuales se incluye la correcta integración del órgano del procedimiento **que debe favorecer el desarrollo imparcial de todos los actos del proceso**”.*

Y si acaso a algún funcionario de la Administración le preocupase la supuesta “pérdida” para la respectiva Municipalidad de esos terrenos –pérdida que en verdad no se da sino que la ley fija el camino para recuperar esas tierras- le citamos la frase de Fernando I de Alemania: **“Hágase justicia aunque se hunda el mundo”**.

El Valor de Reposición: Será devastador el efecto en las finanzas públicas si se insiste en afectar a ciudadanos. Los Artículos 21 a 27 de la Ley de Expropiaciones definen cómo se determinará el “justo precio” que el Estado deberá al afectado para recuperar para el Patrimonio Nacional estos terrenos por medio de expropiación.

Incluye “...la valoración independiente del terreno, los cultivos, las construcciones, los inquilinatos, los arrendamientos, los derechos comerciales, el derecho por explotación de yacimientos...”. El valor debe ser dado a la fecha del dictamen y debe actualizarse cuando existan atrasos en el proceso. La ley fija las potestades de apelar el avalúo administrativo que haga el Estado, la facultad de atender a un arbitraje, y luego el proceso judicial en donde existe la posibilidad de nuevos avalúos, “tercer perito en discordia”, apelaciones, prueba para mejor proveer, recursos, etc.

También, en concordancia con otras leyes comentadas, establece la posibilidad de “reubicar al expropiado”, acordándolo con el expropiado, pero esta reubicación deberá ser “...en condiciones similares a las disfrutadas antes de la expropiación”.

Pero este “precio justo” también ha sido objeto de resoluciones de nuestros más altos tribunales en donde se ha establecido el concepto de “valor de reposición”. Este tema, por ejemplo, se ha tratado en la sentencia N° 463 del 22 de Agosto del 91, en donde se establece que “...quien debe soportar la pérdida en su patrimonio, tiene derecho al pago de una indemnización previa y acorde con la ley. Jurisprudencialmente, se ha dado ese calificativo, a aquella que permita la reposición del bien, en el momento actual, lo que se puede establecer con la ayuda de expertos”, y asimismo se ha establecido en la sentencia N° 351 de las 10:30 horas del 18 de Julio de ese año.

¿Habrán investigado el costo de un terreno en condiciones similares, en donde puedan construir esas casas, con las mismas condiciones, ventajas, etc.? ¿Cómo lo lograrán en el caso de pescadores artesanales (la mayoría de los afectados)?

¿Será justo y correcto que importantes fondos sean desviados por la Municipalidad para pagar a unos pocos, cuando el Cantón tiene necesidades muy apremiantes en materia de salud comunal, de infraestructura vial, etc.? ¿No es que uno de los requisitos de validez del acto administrativo -y agregamos nosotros, de corrección moral- es que represente el beneficio del interés común de los administrados?

¿Será del interés de los vecinos que su Municipio desvíe fondos a pagar a pocos en

detrimento del interés vital de los demás? ¿No es que la Municipalidad, más bien, les estaría quitando la fuente de trabajo y bienestar a esos los vecinos afectados?

¿Con qué autoridad moral los miembros de Municipalidad, la Contraloría o la Procuraduría enfrentarán las congojas económicas y el costo de las expropiaciones?

La Irretroactividad de la Ley: Pero, además, hay muchos otros elementos que constituyen dicho acto en ilegal, inválido y nulo. Por ejemplo, el Artículo 34 de la Constitución claramente ordena:

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.*

Los funcionarios de la Procuraduría, las Municipalidades, la Contraloría, etc. generalmente centran su atención en solo una de las situaciones que contempla ese artículo: *“situaciones jurídicas consolidadas”* y así argumentan que, tratándose de bienes demaniales, esa situación jurídica a favor del administrado (en este caso, a favor de los propietarios de esos terrenos) no debe ser amparada.

No obstante, no se han percatado que ese principio contiene otras dos alternativas: *“persona alguna”* o *“sus derechos patrimoniales adquiridos”*. Y las preposiciones que contiene el texto entre uno y otro caso –en lugar de ser una “y” (que podría abrir el debate si dicho término es copulativo o disyuntivo), lo que contiene es una “o” en cada caso. Por lo tanto, la ley no puede aplicarse retroactivamente en este caso. Los derechos consolidados durante decenas de años no se ven afectados negativamente.

Por ello resulta aplicable, por ejemplo, lo que la Sala ha dispuesto en el voto 694-99, donde se ordenó que dicho principio se debe respetar no solo en razón de legislación nueva que los afecte sino también en el caso de mera interpretación, pues, *“...al igual que los demás relativos a los derechos o libertades fundamentales, no es tan solo formal, sino también y sobre todo material”*. Y este principio de irretroactividad ha sido también consagrado en el caso de propiedades en zona marítimo terrestre -contrario a lo que la Procuraduría ha sostenido- como en el caso de la sentencia de la Sala de Casación (Sala Tercera pues se trató de un caso penal), N° 52 del 29 de enero de 1992.

O sea, los aspectos negativos de la Ley de Zona Marítimo Terrestre no deben ser aplicados retroactivamente (en contra de anteriores derechos que ustedes tienen).

El Fraude que se exhibe en interpretaciones por parte de algunos magistrados: La Procuraduría para justificar la aplicación retroactiva de la Ley de Zona Marítimo Terrestre, se ampara en la “demanialidad” que encuentran en un decreto del siglo antepasado que supuestamente creó la *“milla marítima”* a favor del Estado. Pero lo que ahí real y expresamente se creó fue una “prioridad de ocupación” por parte de pescadores, navegantes y salineros.

O sea, no reservó esa zona para el Estado, sino que dio prioridad a ciertos habitantes. La Procuraduría se ha amparado en interpretaciones dadas en sentencias de algunos pasados magistrados cuya salida del Poder Judicial fue escándalo público. En esas sentencias se cita como origen del *“derecho demanial imprescriptible”* del Estado sobre la zona marítimo terrestre, el Decreto 162 de

1828. Y la Procuraduría, renegando su deber (su Ley Orgánica le ordena además proteger al administrado) no ha querido verificar si lo que dichos magistrados citaron (la falsa cita de ese decreto), se ajustaba a la realidad. Se habrían percatado que:

Ese Decreto 162 no creó una zona de patrimonio exclusivo y absoluto para el Estado. El Decreto 162 lo que creó fue una reserva o asignación de uso a favor de particulares. E, igualmente importante, dicha zona debería ser baldío nacional:

“La Asamblea Constitucional del Estado libre de Costa-Rica, deseosa de proteger a los que se dedican con utilidad común, a la marina, pesquería, y elaboración de sales, removiendo los obstáculos que puedan embarazar tan benéficas é indispensables ocupaciones ha venido en decretar y decreta: Se reserva en los terrenos baldíos una milla de latitud sobre las costas del mar exclusive á (sic) favor de la marina, pesquería y salinas”.

Se trata de una simple reserva o prioridad de uso en favor de **particulares** dedicados a ciertas artes y oficios, y que se aplicaba **sólo sobre los terrenos que fuesen baldíos nacionales**, no a los terrenos reducidos a dominio particular. ¿Y la tantas veces cacareada *“declaratoria de Patrimonio Nacional, imprescriptible, inalienable, etc.”*. Pues.... ahí no está!!.

Esas sentencias y la misma Procuraduría, han citado también -como fuente confirmatoria de ese patrimonio exclusivo -supuestamente del Estado- de estos terrenos, el Decreto 128 de 1853. Pero una lectura de ese decreto nos indica que ahí simplemente se decreta un medio para facultar compensar a poseedores

de tierras que ya existiesen en esas tierras pero que no fuesen navegantes, pescadores o salineros, y que serían desalojados por los navegantes, pescadores y salineros, facultando que se les reponga en otro sitio.

O sea, si en virtud de otro Reglamento (éste otro de 1839 y que reglamenta la manera de asistir a los que tuviesen derecho de prioridad sobre esas tierras), un pescador, navegante o salinero pedía que desalojaran a determinado poseedor de alguna tierra que ese pescador, salinero o navegante requería para pescar, navegar o dedicarse a producir sal -interviniendo entonces el interés público para solicitar ese desalojo- el Estado, facultado por este decreto 128, debía entonces compensar al desalojado con tierras en otro lado.

Y dicho Reglamento busca además evitar abusos en la concesión de compensación de tierras en otros sitios en esos casos, y establece reglas de control en cuanto a tamaño de áreas que se darían en compensación, y el deber de pagar al Estado si se les diese más área. Dice así:

“Art. 1º Los que pretendieren la separación y reposición de la milla que posean en las costas del mar, golfos o ríos navegables, tendrán derecho á ella, siempre que de la medida previa del terreno que la comprende, no resulten excesos suficientes para compensarla en todo ó en la parte que falte”

O sea, el que fuese removido tendría derecho a pedir indemnización en tierras. Esto es muy diferente a cercenarle la propiedad al particular y darla al Estado.

Por lo tanto, todo el sustento para intentar aplicar retroactivamente la Ley de Zona Marítimo Terrestre -aplicarla a quienes ya estaban

en esa zona antes de su creación- **está falseado**, y dicha aplicación tiene entonces un claro efecto: **incrementa los daños y perjuicios que el particular afectado tiene derecho a reclamar de quien intente aplicársela.**

Debemos evitar que funcionarios públicos, bien intencionados, sufran por desconocimiento de la ley. Debe insistírseles que revisen, **por lo menos**, los Artículos 170, 172, 173 inciso 5, 191, 192, 199, 200, 201, 203, 204, 205, y 210 de la Ley General de Administración Pública. Sus textos generalmente se olvidan, y –en razón que en Costa Rica cada día se reclama a gritos la impunidad que ha existido hasta ahora- empezarán a ser recordados y aplicados con vigor cada día más (y muy posiblemente también las referencias a la jurisdicción penal que dichos artículos ordenan).

Por lo tanto, parecería elemental regla de prudencia que los funcionarios de la Municipalidad le pidan a la Contraloría leer los artículos aquí antes citados.

El Deber de Probidad: Nuevo concepto que nos asistirá (como acaba de asistir a la señora Presidente en un conocido diferendo con la Asamblea Legislativa). Es de muy reciente creación: fue incorporado por el Art. 3 de la Ley N 8422 (Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito). Unicamente mencionamos que aquí se pide incluir en las declaraciones de bienes no solo la propiedad inscrita, sino propiedad en posesión, o sea, los casos de poseedores en propiedad, lo que parece ser ratificación de otros preceptos legales que reconocen en el simple derecho de posesión, a un derecho expropiable y compensable. Pero sugerimos que los funcionarios la Contraloría y la Procuraduría noten también las sanciones del Artículo 4, entre otros.

Las Leyes que afectan en especial el Proyecto Papagayo: La legislación especial para Papagayo, lejos de reforzar la posición mantenida por el Estado, más bien confirma los derechos de los particulares. Nótese que aún en este caso, **donde existía una desaforada voluntad de lograr el Estado ese ambicioso proyecto**, el legislador cuidó los derechos de los particulares que se verían afectados.

El ICT –siendo entidad pública- necesitó de una ley que lo autorizara a realizar ciertas actuaciones (principio de reserva de ley), y, por supuesto, la necesitó para adquirir las tierras. Por mandato expreso -de la Ley 6370- el ICT debía adquirir, vía negociación o expropiación, las tierras para ese desarrollo.

Algunos pretenden que dicho mandato deba interpretarse como circunscrito a las tierras que estuviesen inscritas en el Registro Público a favor de particulares. No existe esa posible interpretación en el texto de esa ley. El mandato es claro y se refiere a **todas** las tierras que contemplaría ese proyecto. Pero, además, la interpretación contraria habría causado una clara violación al Artículo 45 de la Constitución por parte de esa ley, la que muy posiblemente habría sido declarada inconstitucional.

Igualmente importante, dicha ley le impuso en su artículo 9 un plazo para completar esos procesos de adquisición o expropiación con el fin de no afectar desproporcionadamente los derechos de los particulares, diciendo, taxativamente:

“Al cumplirse ocho años de la publicación de la presente ley deberán quedar concluidos los tramites administrativos relativos a la adquisición por mutuo consentimiento de los inmuebles y derechos o en su caso publicado el correspondiente decreto de expropiación”

La misma ley estableció una interesante sanción para el incumplimiento de ese plazo: *“En defecto de esos actos jurídicos las propiedades y los derechos de posesión quedarán automáticamente liberados de la declaratoria de utilidad pública y sus respectivos dueños recuperarán el ejercicio absoluto de los atributos del dominio sobre esos bienes y derechos”.*

Ese texto lleva la discusión a otro campo: CUALQUIER ACCION QUE INTENTE LA ADMINISTRACIÓN ESTARÍA PRESCRITA: **¿ACCIONES PRESCRITAS?** *¿Prescripción en supuestos bienes demaniales a pesar de lo que establece el Artículo 1 de la Ley de Zona Marítimo Terrestre?*

Hasta este momento, abogados, procuradores y jueces han aceptado que los derechos sobre bienes demaniales son imprescriptibles. Como veremos, no se han percatado que la ley dice **algo muy diferente**: Lo que la ley establece es que **los bienes** son imprescriptibles, lo que es diferente a que **los derechos sobre ellos** sean imprescriptibles. Explicaremos en detalle esta sutil pero dramática diferencia.

Esta es la realidad. La prescripción hizo fenecer el derecho a dichas supuestas acciones. Esta afirmación, aunque sorprenda, **refleja la absoluta realidad legal:**

No hay un solo artículo de ley que ordene dicha imprescriptibilidad. Ciertamente el Artículo 1 de la Ley 6043 nos dice que los bienes localizados en esa faja de terreno de 200 metros son imprescriptibles. Y ello ha llevado a la Procuraduría a tratar de sustentarse en esta afirmación para sostener otro concepto que es diferente. Nadie discute que los bienes inmuebles localizados en esa faja sean imprescriptibles.

El bien, en si mismo considerado, es imprescriptible. Pero esa es la única afirmación que consta en la ley. No existe afirmación que catalogue de imprescriptibles a las acciones de defensa, de reivindicación, etc., que se quiera ejercitar sobre dichos bienes. Reto a la Municipalidad, la Contraloría o a la Procuraduría a que la encuentren.

Mientras el bien exista, existirán derechos a su favor, y ello ocurre exactamente en la medida y bajo las condiciones que nuestra legislación ordena. Pero **los derechos** sobre un bien imprescriptible no necesariamente son imprescriptibles. **Si la ley expresamente no exime de prescripción a esos derechos, dichos derechos inexorablemente prescriben.** El mejor ejemplo lo es el Estado mismo. El Estado es imprescriptible. Pero los derechos del Estado de cobrar deudas, de despedir trabajadores, o los derechos de los trabajadores de demandar al Estado o de cobrarle deudas al Estado -quíerese o no- **PRESCRIBEN.**

Recordemos que Nuestro Código Civil (Art. 259) establece que *“Derecho real es el que se tiene en una cosa, o contra una cosa”.* En este caso, tenemos una norma que ordena la imprescriptibilidad **de la cosa**, pero no nos dice absolutamente nada **de los derechos que se tengan en ella o contra ella.**

Podríamos aceptar que el Artículo 1 de la Ley 6043 aparentemente fue mal redactado. Pero esa mala redacción **no es responsabilidad del administrado, ni permite** otorgarle derecho alguno al Estado, precisamente, en perjuicio del administrado. Lo contrario es lo que el legislador ha ordenado expresamente: La Ley General de la Administración Pública **limita a favor del administrado** la posibilidad de interpretar normas en perjuicio de los

derechos del particular. Por ejemplo, el artículo 17 ordena que *“La discrecionalidad **estará limitada por los derechos del particular frente a ella, salvo texto legal en contrario**”*. Por ello, debe existir texto legal expreso que permita una interpretación a favor del Estado u otras entidades estatales en este caso.

Al no existir dicho texto a favor de la Administración, el Artículo 17 de la Ley General de Administración Pública conmina a interpretar en salvaguarda de los derechos del particular. Y el particular, en este caso, tiene pleno derecho a seguridad jurídica, a no mantenerse en “ascuas” perennemente: **Tiene pleno derecho a que la institución de la prescripción opere en su favor.**

Si no existe norma alguna que indique **expresamente que los derechos** (derechos que facultan acciones) a favor o en contra de un bien localizado en zona marítimo terrestre no deben prescribir, **dichas acciones y derechos PRESCRIBEN**, de la misma manera que los derechos del Estado (Estado que es un ente imprescriptible) para reclamar en juicio una deuda, establecer un juicio de lesividad, despedir a un trabajador por una causal sucedida un par de años atrás, o establecer un juicio de reivindicación, SI PRESCRIBEN, pues no existe disposición legal que le otorgue esa “imprescriptibilidad” al derecho de actuar del Estado (ente que no prescribe).

Como si lo anterior no fuese ya suficiente ¿por qué entonces el legislador no incluyó el caso de los derechos sobre bienes demaniales dentro de los siete incisos que contiene el Artículo 880 del Código Civil (casos en que no corre prescripción)?

O sea, **el Legislador no legisló de conformidad con lo que la Procuraduría, la Contraloría o las Municipalidades se**

ilusionan o hubiesen querido. Si el legislador lo hizo volitivamente o por error, **ello es irrelevante.** Es un texto legal que – si no es del agrado de la Procuraduría o de la Municipalidad- debe la Procuraduría o la Municipalidad ensayar modificarlo por los caminos que la Constitución manda: Un proyectito de ley enviado a la Asamblea Legislativa, debidamente publicado para dar oportunidad para que los ciudadanos podamos opinar al respecto, debidamente consultado (y no olviden a los indígenas ya olvidados muchas veces), proyecto que entonces pueda llegar a ser aprobado como ley de la República, con los votos requeridos al efecto (mayoría especial pedida para estos casos).

Mientras tanto esa modificación de ley no se produzca, todos (ciudadanos, gobernantes, y en especial los miembros del Poder Judicial) **deben respetar los derechos de los particulares.** *“Echad los perjuicios por la Ventana y entrarán por la puerta”* (Federico el Grande en carta a Voltaire). Insistiremos en eliminar este perjuicio.

¿Mala técnica legislativa? Tal vez lo fue. El Artículo 1 de la Ley N° 6043 debió haber establecido –si esa fue la intención de los legisladores- que **los derechos** sobre los bienes situados en esa faja de 200 metros de zona marítimo terrestre serían imprescriptibles. **Así debió haber sido incluido en el proyecto de ley, así debió haber sufrido trámite, consultas, etc., y así lo debió haber dicho.** Pero no lo dijo.

Por lo tanto, las acciones para derribo de obras de más de diez años están prescritas: Al haber operado el plazo de prescripción decenal positiva, los derechos sobre esas construcciones se encuentran firmes y no podrán ser atacados. Se extinguió la posibilidad

de ejercer alguna acción en contra de esta construcción. Y con ello... *“se crea la certeza para el deudor, de que aquel acreedor no va a contar más con la tutela del Ordenamiento Jurídico, pues su derecho precluyó”* (propósito de la institución de la prescripción). La prescripción extintiva es un modo de extinguirse los derechos (y ha sido definida como tal: *“un modo de extinción de los derechos resultante del silencio de la relación jurídica de que emanan, durante el tiempo señalado por la ley”* - Resolución Número 18437 del 22 de diciembre del 2006 de la Sala Constitucional). El supuesto derecho de impugnar construcciones de más de 10 años **está prescrito.**

La alternativa que la ley le otorga a la Administración es otra: Solicitar a la Procuraduría el inicio para la debida expropiación de esos terrenos. Pero ¿será éste propósito expropiatorio el que cumpla con los requisitos constitucionales y legales comentados arriba? ¿Se estará así sirviendo a los intereses de la comunidad?. Como antes analizamos, la respuesta es no.

Conclusiones:

a)- Una supuesta amenaza de demolición de obras atentaría contra el deber de no confiscar (*“Principio de no Confiscatoriedad de la Propiedad o Patrimonio”* (ver sentencia 9281-99, exp. 5616-98), actitud que de seguirse adelante, permitirá a los afectados el reclamo de los consecuentes daños y perjuicios (*“Que las armas cedan ante la toga”*, decía Cicerón) además del deber de la Municipalidad de restituir las cosas a como estaban antes de dicha ejecución.

b)- Advertidos de esta situación los funcionarios, ese conocimiento de todo lo

anterior será elemento primordial para recordarle a la Contraloría que se exponen la posible aplicación de sanciones por no cumplir el “Deber de Probidad” que contiene el Artículo 3 de la Ley de Enriquecimiento Ilícito, lo que asimismo facultaría a los vecinos afectados a demandar el pago de daños y perjuicios (artículos 190 a 194 de la Ley General de Administración Pública), recordando a la Contraloría también que deberán ser resarcidos inclusive del patrimonio de los funcionarios a cargo (pocas excusas tendrían para defender una determinación de *“ilegalidad absoluta y manifiesta”*).

c)- Se deben tener también presentes los artículos 170, 172, 173 inciso 5, 191, 192, 193, 194, 199, 200, 201, 203, 204, 205 y 210, todos de la Ley General de la Administración Pública. Rara vez se ha intentado aplicarlos, tal vez por temor reverencial, pero estamos convencidos que no se trata de letra muerta, y, de ser necesario, empeñaremos nuestro mejor esfuerzo para que se respeten.

Reconocemos que no va a ser fácil. El administrado, en años pasados, ha sufrido de la disimulada complicidad de algunos jueces contenciosos con el funcionario público, por un mal entendido “deber gremial”. No obstante, ya nuestros Tribunales comienzan a tener el valor de recordar su deber de independencia y así emitir sentencias que harán más difícil que se repitan abusos cometidos en el pasado por el Estado. Y en esto han ayudado también tribunales arbitrales internacionales.

Pero creemos que cada día más los funcionarios públicos conocen su deber hacia la comunidad, así como el papel de la Sala, y lo que está sucediendo los animará a ser más prudentes y no seguir abiertamente avasallando los derechos del particular. Y, en

caso de caer irremediablemente en un litigio (litigio que en todo caso la Administración tiene el deber de evitar), la lucha por lo correcto vale la pena intentarla. No sería el primer caso en que lo hacemos.

Y, finalmente, no debe olvidarse que la ley señala que el Interés Público **NO ES EL INTERES DEL ESTADO NI EL INTERES**

expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.

3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia

Introducción

Conforme se fortalecen más los lazos económicos y comerciales entre los países de Centroamérica, y aumenta el número de empresas con intereses simultáneos en dos o más de ellos, aumenta también la necesidad de que los abogados centroamericanos conozcan algo de los sistemas jurídicos imperantes en cada uno de esos países. En esta perspectiva, también es importante el estudio de la Historia del Derecho centroamericano, que puede ayudar a identificar áreas comunes y a explicar las semejanzas y diferencias entre los sistemas normativos nacionales.

Aunque la Historia jurídica centroamericana es rica, copiosa y variada, nunca ha sido objeto de un estudio general. El tema no ha llamado la atención ni de los historiadores ni de los juristas, y ni siquiera el desarrollo histórico del respectivo Derecho nacional parece haber despertado especial interés en ninguno de los países de la región. En aras de llamar la atención sobre este tema, y de contribuir al conocimiento de la Historia del Derecho centroamericano en general y del Derecho hondureño en particular, hemos preparado estos modestos apuntes sobre uno de los elementos más importantes de la evolución jurídica hondureña: la codificación.

Agradecemos la colaboración prestada para este trabajo por el doctor don Víctor Pérez

Vargas, profesor de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el estudiante don Jeffry Chinchilla Madrigal, asistente de la cátedra de Historia del Derecho de la misma Facultad, y la Embajadora de Costa Rica en Honduras, doña María de los Ángeles Gutiérrez.

I.- Recopilación y Codificación.

1.- La Tradición Recopiladora.

Desde la Baja Edad Media, y durante la Edad Moderna, algunos de los nacientes Estados europeos procuraron unificar sus sistemas jurídicos mediante la emisión de normas de carácter general para todo el país y la elaboración de recopilaciones, colecciones de normas de diversa fecha y origen, que se reunían, agrupadas por materias, en voluminosas colecciones, aunque sin un sistema de principios generales.

Cuando las provincias centroamericanas se independizaron de España en 1821, su sistema jurídico se basaba en el Derecho indiano, es decir, el emitido por las autoridades de la Corona de Castilla para sus dominios en América. A falta de norma indiana específica sobre alguna materia, el Derecho castellano regía en forma subsidiaria.

En ambos ordenamientos, las normas escritas eran la principal fuente del Derecho y por