

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

### TEMA:

### JURISPRUDENCIA SOBRE EL CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RESUMEN: En el presente informe se recopila la jurisprudencia que hasta el momento ha surgido de la aplicación del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, disponible en SINALEVI, con el fin de dar al lector lo que hasta el momento ha acontecido en los tribunales con respecto a esta ley.

### ÍNDICE DE CONTENIDO

JURISPRUDENCIA POR ARTÍCULOS.....	1
ARTÍCULO 3.....	1
Competencia contencioso administrativa: Controversia generada en relaciones del empleo público son de índole laboral.....	2
ARTÍCULO 13 .....	3
Coadyuvancia en el proceso contencioso administrativo: Concepto, distinción y procedencia en relación a la pasiva y activa.....	3
ARTICULO 20.....	5
Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Análisis sobre los presupuestos.....	6
ARTÍCULO 23.....	8
Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Presupuestos y caracter de medida provisionalísima.....	8
ARTÍCULO 189.....	9
Consejo Nacional de Capacitación Municipal: Alcances en relación con el Tribunal Contencioso Administrativo como jerarca impropio de sus acuerdos.....	9
ARTÍCULO 203.....	21
Aplicación de la norma más favorable: Análisis sobre la derogatoria del delito de resistencia, a través del Código Procesal Contenciosos Administrativo.....	21
FUENTES CITADAS:.....	23

### JURISPRUDENCIA POR ARTÍCULOS

#### ARTÍCULO 3

**Competencia contencioso administrativa: Controversia generada en relaciones del empleo público son de índole laboral**

[sala Primera]<sup>1</sup>

Texto del extracto:

" II.- La cuestión a determinar es si el proceso interpuesto debe conocerlo la jurisdicción laboral o la contencioso administrativo. La afinidad de éste con la materia laboral es indiscutible. En el fondo de la discusión hay una relación subyacente de esa naturaleza dado que las pretensiones de la parte actora son consecuencia de la relación laboral que mantuvo con la demandada . Ya esta Sala mediante resoluciones no. 607-C-2001 y 251-C-2007, de las 10 horas 09 minutos del 10 de agosto del 2001 y 09 horas 25 minutos del 13 de abril del 2007, respectivamente, resolvió que las controversias entre las jurisdicción contencioso administrativa y la laboral, que se generen en las relaciones de empleo público, son de índole netamente laboral. Por su parte , la Sala Constitucional en el voto no. 14999-2007, de las 15 horas y 6 minutos del 17 de octubre del año recién pasado, indicó que "no es contrario al artículo 49 de la Constitución Política la competencia material atribuida a la Jurisdicción Laboral para la anulación de un acto administrativo de despido de un funcionario o funcionaria públicos (v. sentencias número 3905-94 y 5686-95) y, en forma congruente, que la competencia asignada por el artículo 49 de la Constitución a la jurisdicción contencioso administrativa puede ser delegada por la ley en otros tribunales de competencia material distinta, como es el caso de la jurisdicción de Trabajo, que también es una jurisdicción creada por la Constitución. Conteste con lo expuesto, el numeral 3 del Código Procesal Contencioso Administrativo es claro al señalar , en lo que interesa , que la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda no conocerá de las pretensiones relacionadas con la conducta de la Administración Pública en materia de empleo público, las cuales serán de conocimiento de la Jurisdicción Laboral. En el caso concreto, las pretensiones del actor se enmarcan en el supuesto de exclusión de competencia mencionado, por lo que , procede declarar que tanto el presente proceso como su medida cautelar deben atribuirse a la jurisdicción laboral, específicamente al Juzgado Civil y de Trabajo de Pérez Zeledón, de conformidad con el artículo 427 inciso a) del Código de Trabajo ."

**ARTÍCULO 13**

**Coadyuvancia en el proceso contencioso administrativo: Concepto, distinción y procedencia en relación a la pasiva y activa**

[Tribunal Contencioso Adm. Sección I]<sup>2</sup>

Texto del extracto:

" III. El artículo 12 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no excluye o prohíbe la coadyuvancia activa en los procesos contencioso administrativos , pues si se lee con detenimiento el numeral indicado , lo que éste dispone es los casos en que la coadyuvancia pasiva procede y la activa en los procesos de lesividad , pero en ningún momento prohíbe expresamente la procedencia de coadyuvancia activa , en otros procesos distintos al de lesividad . Es importante transcribir en este punto la sentencia número 793 -93, dictada por la Sección Segunda de este Tribunal, a las diez horas del treinta de noviembre de 1993, que en lo que interesa expresó : "III.- Se ha definido al coadyuvante como "...la persona que interviene en el proceso en posición subordinada de las partes principales ..." y que se "... halla ligado secundariamente a la posición de otra parte principal colaborando con ella de modo instrumental simple." (González Pérez, Jesús . Derecho Procesal Administrativo Mexicano. Editorial Porrúa S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición, México, 1988, págs 140 y 141). Efectivamente, tal y como afirma la representación estatal, el artículo 12 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa contempla dos supuestos para la intervención de un tercero: coadyuvancia pasiva con la Administración, cuando se tiene interés en el mantenimiento del acto o de la disposición que motiva la acción de impugnación, y coadyuvancia activa : también con la Administración, cuando ésta demande la anulación de sus propios actos. Durante mucho tiempo, jurisprudencialmente se sostuvo que esas eran las únicas hipótesis que permitían la intervención de terceros en el proceso contencioso administrativo. Sin embargo, lo anterior no significa que actualmente esa posición sea la correcta o invariable, ya que a la luz de otros instrumentos normativos, es posible replantear el punto para llegar a una conclusión diferente, pues las normas del ordenamiento jurídico deben integrarse unas con otras, en cuanto sean compatibles, por

supuesto. IV .- Los artículos 276 y 277 de la Ley General de la Administración Pública, por su orden, expresan lo siguiente: "Será coadyuvante todo el que esté indirectamente interesado en el acto final, o en su denegación o reforma, aunque su interés sea derivado, o no actual, en relación con el que es propio de la parte a la que coadyuva" y "El coadyuvante lo podrá ser tanto del promotor del expediente como de la Administración o de la contraparte". Si bien esos numerales se ubican dentro del Libro Segundo de la mencionada ley, que regula el procedimiento para la emisión de actos finales en vía administrativa, y aquí estamos en sede jurisdiccional, téngase en cuenta que en muchos casos, el proceso judicial se puede conceptualizar como una extensión del administrativo, y si en éste se permite la intervención como coadyuvante activo o pasivo de todo aquel que tenga interés en el resultado -que no puede pedir nada para sí, ni cambiar la pretensión a la que coadyuva-, no hay razón para troncar su participación cuando el asunto se ventila en vía judicial, o denegarla cuando no se ha dado en vía administrativa, puesto que el artículo 12 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no es una enumeración taxativa, por lo que es posible la aplicación supletoria de otras normas afines de derecho administrativo, cuando existe identidad de razón - como ocurre en el presente caso -, sin que se incurra por ello en las violaciones legales que alega el representante estatal; además, debe tomarse en cuenta que la intervención de los coadyuvantes tiende, en términos generales, a conjugar el interés general de proveer al órgano jurisdiccional de mayores elementos de juicio. Por otra parte, es necesario indicar que la tesis expuesta, con anterioridad ha sido sostenida por la Sección Primera de este Tribunal -en relación a la intervención de terceros en general-, y como muestra se transcribe la resolución número 688-92 de las 9:40 horas del 27 de agosto de 1992: " I.- " Lo establecido en el artículo 12 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , número 3667 del 12 de marzo de 1966 no agota las posibilidades para la intervención de partes y terceros en un proceso , pues ahí se enumera casos en que podrán hacerlo, y por otra parte la Ley General de la Administración Pública que regula el proceso administrativo (artículos 275 a 281), y que en determinados casos el jurisdiccional, sería su prolongación , contempla otros supuestos que no se pueden desconocer..." V.- Ahora bien, aún en el supuesto de que tomemos como válida - que no lo hacemos - la objeción en el sentido de que las normas del proceso judicial no pueden integrarse con normas de procedimiento administrativo, bastaría con remitirnos a la legislación procesal civil. Como se afirmó en el considerando anterior, el artículo 12

de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no contiene una enunciación taxativa de los supuestos en que cabe la intervención de terceros en el proceso (porque expresa "podrán" y no "sólo podrán" o "únicamente podrán"), siendo así, con fundamento en el numeral 103 de la misma ley citada, tiene cabida la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, que en su artículo 112 dispone textualmente: "Intervención adhesiva". Un tercero podrá intervenir en un proceso sin alegar derecho alguno, sólo con el fin de coadyuvar a la victoria de una parte, por tener un interés jurídico en ese resultado. El interviniente tomará el proceso en el estado en que se encuentre", y que comprende la coadyuvancia con cualquiera de las partes que intervienen en el proceso." Los juzgadores debemos resolver integrando el ordenamiento jurídico, máximo en casos en que existen situaciones que dan pie a diversas interpretaciones, en donde la ley propia de la materia no establece claramente la aceptación o prohibición expresa de una figura jurídica. No es lógico ni jurídicamente aceptable, tal y como se indica en la resolución transcrita, que en sede administrativa se permita la coadyuvancia activa, y en la jurisdiccional, donde inclusive vamos a revisar lo actuado y resuelto por ésta se prohíba, por lo que al no impedirse expresamente por el ordenamiento jurídico, es posible afirmar que la parte actora puede tener coadyuvantes. A mayor abundamiento, la ley procesal civil, artículo 112 no hace distinción en cuanto a la coadyuvancia activa y pasiva y el Código Procesal Contencioso Administrativo, artículo 13, tomado como referencia de la moderna orientación procesal contencioso administrativa, permite la coadyuvancia de cualquiera de las partes en el proceso. Aunado a lo anterior tenemos que los señores Oreamuno, Cajina y Zúñiga ostentan un interés jurídico para figurar como coadyuvantes, dado que alegan ser poseedores de tierras ubicadas en el sector en conflicto, es decir, sus propiedades podrían estar en las mismas circunstancias que las disputadas en el sub lite; motivos todos que hacen que deba revocarse la resolución apelada, únicamente en cuanto acogió la articulación y en su lugar declarar sin lugar la incidencia no así su nulidad por no encontrarse motivos para ello, al estar la misma bien fundamentada, congruente y resolver todos los puntos debatidos. En lo demás debe ser confirmada. "

## **ARTICULO 20**

**Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Análisis sobre los presupuestos**

[Tribunal Contencioso Adm. Sección II]<sup>3</sup>

Texto del extracto:

"III.- DE LA JUSTICIA CAUTELAR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE .- Es precisamente como corolario del derecho de acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva ( artículos 39, 41 y 153 de la Constitución Política ), que se ha reconocido la tutela cautelar como parte de ese derecho , consistente en la necesidad de garantizar el objeto de la pretensión de la demanda , a efecto de su eventual ejecución de una sentencia estimatoria , sobre la base del principio chiovendiano , que expresa " la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe convertirse en daño para quien probablemente tiene razón" (res. número 2005-06224, de las quince horas dieciséis minutos del veinticinco de mayo del dos mil cinco de la Sala Constitucional ); puesto que por sus medios , es posible garantizar provisionalmente la efectividad de la resolución jurisdiccional definitiva que se adopte. Es en este sentido que las medidas cautelares -o asegurativas - surgen como una verdadera necesidad procesal, en tanto permiten garantizar esa efectiva tutela al acceso a la justicia. Sin embargo, como todo instituto jurídico, la suspensión cautelar de la ejecución de los actos administrativos objeto de impugnación, ha de ser tratado por parte de los tribunales dentro de los límites que imponen los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y de los presupuestos que determinan su procedencia, estos son, el fomis bonus iuris o apariencia de buen derecho - que traduce en un juicio hipotético de probabilidad o verosimilitud acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial y éxito de la pretensión principal en la sentencia definitiva, y se manifiesta en la seriedad fundamento y consistencia de las pretensiones invocadas por el actor-; el periculum en mora o el peligro en la demora - consistente en el temor razonable y objetivamente fundado de la parte actora de que la situación sustancial aducida resulta seriamente dañada o perjudicada de forma grave e irreparable durante el transcurso del tiempo necesario para dictar la sentencia principal-; en la acreditación de daños o perjuicios de imposible o difícil reparación; y los intereses en juego para su adopción. Tradicionalmente, se ha pensado como medida cautelar, la suspensión del acto administrativo, y así fue pensada en nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en

sus artículos 91 a 93, en tanto la impugnación estaba concentrada en la actuación formal de la Administración ( artículo 1º de la misma Ley ); pero ello no es óbice para no admitir otras medidas, denominadas innominadas, sin que resulte posible hacer una lista taxativa, en atención a que debe responder a la naturaleza del daño que se pretende evitar, por aplicación supletoria del artículo 242 del Código Procesal Civil en relación con la remisión del artículo 103 de la Ley Reguladora citada; doctrina que recoge en el artículo 20 del Código Procesal Contencioso Administrativo , en tanto dispone literalmente , en lo que interesa: " Las medidas cautelares podrán contener la conservación del estado de cosas, o bien, efectos anticipativos o innovativos, mediante la regulación o satisfacción provisional de una situación fáctica o jurídica sustancial. Por su medio, el tribunal o el juez respectivo podrá imponerle, provisionalmente, a cualquiera de las partes del proceso, obligaciones de hacer, de no hacer o de dar." Ahora bien, en todos los supuestos en que se solicite la adopción de una medida cautelar, debe atenderse al cumplimiento de varios supuestos, en tanto no basta la existencia de un daño producido por la demora en la resolución definitiva del asunto (de difícil o imposible reparación, tal y como lo califica el artículo 91 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), pues aunque este presupuesto es el eje central e imprescindible de la tutela cautelar, debe ir acompañado además de la seriedad en la demanda, dado que, por mayoría de razón, no puede accederse a la aplicación de una medida de esta naturaleza en un proceso que eventualmente esté dispuesto al fracaso. Pero además de ello, deben ponderarse como elementos de contrapeso, los eventuales intereses de terceros; así como los que pertenezcan a la propia Administración Pública y esencialmente, los relativos al interés público, con la dimensión y alcance que a este último confiere el Ordenamiento Jurídico (artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública). De manera que le corresponde al juez valorar comparativamente el interés del sujeto activo de la suspensión -solicitante- con el interés público y el de terceros, por lo que, únicamente, otorgará la medida cuando el perjuicio que pueda sufrir el solicitante sea cualitativa y cuantitativamente superior al daño sufrido por la contraparte -Administración Pública- o un tercero; sin que en esta valoración pueda potenciarse el interés público, puesto que , el artículo 41 de la Constitución Política, no permite que los derechos fundamentales a una tutela judicial efectiva y a la tutela cautelar estén condicionados o excepcionados por la relevancia o no de un interés público o supuesta "razón de Estado" cuya titularidad ostenta la Administración Pública. Es decir, ningún interés público puede

llegar al extremo de sacrificar la tutela judicial efectiva que comprende la cautelar. Bajo esta inteligencia, el perjuicio a los intereses de la Administración Pública o de un tercero, únicamente puede enervarle al administrado la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución cuando aquél sea cuantitativa y cualitativamente superior al daño que puede sufrir el último con la ejecución del acto. Con fundamento en lo indicado, procede analizarse la medida cautelar solicitada."

### **ARTÍCULO 23**

#### **Suspensión de la ejecución del acto administrativo: Presupuestos y caracter de medida provisionalísima**

[Tribunal Contencioso Adm. Sección II]<sup>4</sup>

Texto del extracto:

"II.- La suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada, como toda medida de éste género, tiene raigambre constitucional y es, sin duda alguna, una de las formas en que se manifiesta la tutela judicial efectiva -artículo 41 de la Constitución Política-. El instituto presenta una serie de presupuestos indispensables para que pueda operar, dentro de ellos destacan las siguientes: a- instrumentalidad: determina su accesoriedad respecto del proceso principal; b.- provisionalidad: su eficacia se agota al momento de dictarse la sentencia de mérito; c.- urgencia: para evitar el peligro en la mora en la resolución del proceso principal; d.- tramitación sumaria y superficial : el órgano jurisdiccional resuelve la medida sin entrar a prejuzgar el mérito de los autos y, determinando sumariamente si existe para otorgarla, peligro de mora y apariencia de buen derecho. El primero se traduce en el razonable temor de que la situación jurídica sustancial aducida resulte seriamente dañada por la demora del juicio ordinario de cognición plena. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa recoge este presupuesto en el numeral 91.2 al señalar que, procederá la suspensión cuando "... la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil" . El Juzgador ha de valorar comparativamente el beneficio del incidentista, confrontado con el interés público y el de



terceros y, otorgará la medida cuando el perjuicio que pueda sufrir el solicitante sea cualitativamente superior al daño que la suspensión pueda provocar a los intereses públicos o de terceros, según se trate, sin que sea admisible que se le otorgue una potenciación extrema, puesto que ello puede vaciar de contenido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El órgano jurisdiccional también debe examinar, al resolver la solicitud de suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada, la "aparición de buen derecho" que se traduce en un juicio hipotético sobre la existencia de la situación jurídica sustancial invocada, para determinar la seriedad de la demanda. III.- En el presente caso, estamos frente a las llamadas suspensiones "provisionalísimas", que son una creación jurisprudencial basada en el principio de justicia efectiva y ahora recogida en nuestro derecho positivo por el artículo 23 del Código Procesal Contencioso Administrativo, que entrará en vigencia en el primero de enero del 2008. La idea esencial, es que la tardanza en la tramitación de la propia medida cautelar, no cause un perjuicio al administrado. Con fundamento en el artículo 91.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puede ser adoptada in audita altera parte, es decir sin audiencia previa, cuando la premura de la situación lo exija (desde la interposición de la articulación o durante su tramitación, como ocurrió en el presente caso), y tienen vigencia mientras se decide la solicitud de suspensión principal, de modo que la ausencia de contradictorio se subsana con la audiencia que se da a ésta. Bajo estas condiciones, la medida provisionalísima puede ser confirmada, levantada o modificada cuando se adopte la principal."

#### **ARTÍCULO 189**

**Consejo Nacional de Capacitación Municipal: Alcances en relación con el Tribunal Contencioso Administrativo como jerarca impropio de sus acuerdos**

[Tribunal Contencioso Adm. Sección II]<sup>5</sup>

Texto del extracto:

"V- DE LA COMPETENCIA DE ESTE TRIBUNAL, ACTUANDO COMO JERCARCA IMPROPIO.- Previo a analizar la apelación formulada contra el acto impugnado -Artículo III de la sesión ordinaria número 8, celebrada el 20 de junio del 2006 del Concejo de ese gobierno local-, es necesario aclarar que en este asunto el Tribunal Contencioso Administrativo actúa en su condición de jerarca impropio (bifásico) de las Municipalidades, al tenor de la expresa voluntad del constituyente originario, consignada en el artículo 173 de la Constitución Política, y que desarrollan los artículos 156 del Código Municipal, 84 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 189 del Código Procesal Contencioso Administrativo. Con lo cual, ejerce una función eminentemente administrativa, no obstante tratarse de un Tribunal de justicia, inserto en la organización del Poder Judicial, en tanto le ha sido delegado el control último de legalidad de decisiones administrativas concretas de las decisiones municipales, previo al control jurisdiccional. Por tal motivo, en tanto se constituye en una función eminentemente administrativa, actúa como un mecanismo de tutela administrativa, el cual debe insertarse dentro de la esfera organizacional de la Administración -en este caso, de las municipalidades; que al tenor de lo establecido en el artículo 181 de la Ley General de la Administración Pública, puede revisar, únicamente, la legalidad del acto en virtud de recurso administrativo y debe decidir dentro del límite de las pretensiones y cuestiones de hecho planteadas por el recurrente pudiendo aplicar una norma no invocada en el recurso; sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico al encontrarse plenamente recogidos en la ley positiva los límites de la discrecionalidad (artículos 15, 16, 17, 158, párrafo cuarto y 160 de la Ley General de la Administración Pública) eventualmente, el contralor no jerárquico puede revisar, también, la oportunidad, conveniencia o mérito del acto impugnado. Al tenor de lo anterior, y también con sustento en el artículo 10 de la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional, resulta imposible para este Tribunal hacer cualquier pronunciamiento respecto de los cuestionamientos que hacen los recurrentes en torno al posible quebranto constitucional, por infracción de los artículos 46 y 50 de la Carta Fundamental, y del principio de razonabilidad, ya que el control de constitucionalidad de las normas está residenciado en la Sala Constitucional. Asimismo, no resulta ni posible ni pertinente la formulación de una consulta judicial de constitucionalidad, por dos motivos, en primer lugar, por cuanto se trata de un mecanismo previsto en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional para que los jueces promuevan sus consultas ante el Contralor de Constitucionalidad,

pero en ejercicio de la función jurisdiccional, no siendo este el caso; y en segundo lugar, en razón de que ese Tribunal, en reiterada jurisprudencia se ha manifestado respecto de la constitucionalidad de las patentes de licor, punto que se verá de seguido. Adicionalmente, en lo relativo a la obsolescencia de la Ley sobre Venta de Licores, y concretamente sobre el régimen establecido para autorizar su comercialización, en tanto no son argumentos de orden jurídico, sino más bien histórico y práctico, aún cuando pueden estar sustentados en la realidad fáctica del negocio; no pueden ser tenidos en consideración por este órgano, en tanto, se repite, ejerce un control estricto de legalidad, lo cual supone la aplicación del ordenamiento jurídico; teniéndose en cuenta que como jerarca impropio no puede derogar normativa, competencia residenciada en la Asamblea Legislativa; y en ese orden, más bien se estiman como propios para ser discutidos en esa sede, para una eventual reforma o derogatoria de las normas. Se analizan a continuación los otros motivos de objeción del acuerdo municipal impugnado, por ser de legalidad, ámbito que sí es de competencia de este Despacho. VI- DE LA LEGALIDAD DEL ACUERDO MUNICIPAL IMPUGNADO.- Los reparos que hacen los recurrentes a la decisión del Concejo Municipal de Santa Ana contenido en el Artículo III de la sesión ordinaria número 8, del veinte de junio del dos mil seis, se pueden resumir en la viabilidad de otorgar la patente para la venta de licores nacionales y extranjeros, en virtud de haberse operado una derogatoria tácita de los artículos 3, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de la Ley sobre Venta de Licores, número 10, del siete de octubre de mil novecientos treinta y seis, en virtud de lo cual, los únicos requisitos que debe verificar el gobierno local son los establecidos en los numerales 78 y 81 del Código Municipal, es decir, los previstos para el otorgamiento de patentes municipales. No concuerda este Tribunal con el criterio expuesto sobre la base de los siguientes argumentos. En primer lugar, en tanto el Ordenamiento Jurídico lo hace, debe diferenciarse el régimen de las patentes municipales de las patentes de licor. En efecto, lo primero que debemos hacer es distinguir ambas figuras, en tanto la primera, las patentes municipales, se traducen en la autorización para el ejercicio legítimo de una actividad comercial, dentro de una circunscripción territorial determinada, en este caso, el cantón, cuya manifestación se traduce en el pago de un tributo (impuesto),

"[...] comprendido en la clasificación establecida en el artículo 4 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que define al impuesto, la tasa y las contribuciones especiales; de suerte que constituye una figura tributaria, cuya naturaleza, objetivos y

fines provienen de la potestad tributaria propia de las municipalidades; y en la que el hecho generador no lo constituye una prestación efectiva o potencial de un servicio público individualizable, ni la renta o utilidades de los negocios o empresas que se desarrollan en una jurisdicción determinada, esto es, en un cantón, sino la expedición de la licencia para la realización de una actividad lucrativa, precisamente, en esa jurisdicción." (Sentencia de la Sala Constitucional número 2001-10153, de las catorce horas con cuarenta y cuatro minutos del diez de octubre del dos mil uno.) Y fue también la propia Sala Constitucional -en sentencia número 2197-92, de las catorce horas treinta minutos del once de agosto de mil novecientos noventa y dos-, la que definió los elementos distintivos que derivan de su especial naturaleza jurídica, a saber: 1.- la justificación de este impuesto, que deriva de la necesidad de sufragar los costos de los servicios públicos que el particular recibe de la municipalidad, y que implican un beneficio para los negocios y comercios, tales como la seguridad, aseo, servicios de agua potable y luz, etc.; y 2.- la variedad en los sistemas de este tributo, que tiene su origen en la potestad tributaria de los gobiernos locales, de donde las bases imponibles serán las más variadas dependiendo de cada cantón, en unos serán las utilidades brutas, en otros las ventas brutas, en otros se establecerá una patente mínima, y en otros habrá una máxima, etc., por cuanto depende de la decisión de las autoridades locales. En esa ocasión se consideró: "Como en la acción se cuestiona la aplicación del llamado impuesto de patente -con el que se grava a toda actividad lucrativa que se ejerza en el cantón de Buenos Aires (artículos 96 y 98 del Código Municipal)-, concretamente al que se cobra a la producción de piña, resulta imprescindible señalar algunas notas de importancia acerca de esa materia. Distingue nuestra legislación entre la licencia propiamente dicha, que es el acto administrativo que habilita al particular para ejercer la respectiva actividad y el pago del impuesto, propiamente dicho que se denomina con el nombre de patente. La principal justificación teórica para imponer este tipo de tributo, es la ya tradicionalmente en el ámbito del Derecho Municipal, que lo define como la imperiosa necesidad de sufragar el costo de los servicios públicos que el particular recibe de la Municipalidad; es decir, que los negocios comerciales o las actividades lucrativas, según la nomenclatura que utiliza nuestro Código Municipal, se ven altamente beneficiados con la seguridad, el orden, el aseo y la actividad municipal en general, por lo que deben contribuir con el Gobierno local. En doctrina se llama patente al impuesto o a la actividad lucrativa, a los que gravan a los negocios sobre la base

de caracteres externos más o menos fáciles de determinar, sin que exista un sistema único al respecto. Por el contrario, los sistemas de imposición de este tributo, son los más variados, pero si tienen ciertas características que les son comunes. Por esto es que difieren de las leyes del impuesto de patentes a otro y las bases impositivas, pueden ser igualmente variadas, como por ejemplo sobre las utilidades brutas, las ventas brutas, a base de categorías o clases, o bien, de una patente mínima y otra máxima.

III. Desde el punto de vista de la doctrina del Derecho Tributario, sus principios más importantes son: a.) el de legalidad de la tributación, conocido también como reserva de ley; o lo que es lo mismo, la exclusiva regulación de la actividad tributaria por la ley formal; b.) el principio de igualdad ante el impuesto y las cargas públicas, que alude a la necesidad de asegurar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en análogas situaciones (concepto relacionado más con la materialidad, que con la formalidad), este principio permite la formación de distintas categorías, en la medida que éstas sean razonables, lo que a su vez exige que sea con total exclusión de discriminaciones; c.) el de generalidad, que implica que no deben resultar afectadas con el tributo, personas o bienes determinados singularmente, pues en tal supuesto los tributos adquieren carácter persecutorio o de discriminación odiosa o ilegítimamente. Dicho de otra forma, el tributo debe estar concebido de tal forma, que cualquier persona cuya situación coincida con la señalada como hecho generador, será sujeto del impuesto. Para el caso concreto, no hay duda que el tributo fue autorizado por una ley y lo que procede es analizar si la diferencia alegada por la accionante y que proviene de la ley de patentes referida, es razonable o si por el contrario, crea una discriminación arbitraria con ella .

IV. Del examen de la ley número 7164 del trece de junio de mil novecientos noventa, se desprende que la causa del impuesto de patentes del cantón de Buenos Aires, es clara y no ofrece ninguna dificultad en su análisis, como cualquiera otra ley municipal similar. Cuando se alude a la causa, hablamos de la necesaria explicación, del motivo económico- político o político-social, es decir, el interés general que mueve a la administración de los intereses y servicios locales (artículo 168 de la Constitución Política ), a dictar la norma tributaria y que en este caso, es promover el pago de todo particular que ejerza actividades lucrativas, como contribución a los gastos del Gobierno local. Concebido como impuesto que grava el ejercicio de una actividad lucrativa, la base de este tributo, debe ser, en principio, general, como ha quedado afirmado en el considerando anterior;

[...] V. [...] las leyes que regulan este tipo de impuesto pueden contener distintos hechos generadores e incluso, gravar la actividad productiva, entre otros presupuestos. Esta conclusión se deriva de la correcta interpretación de las normas que regulan la institución de este tributo en el Código Municipal que en su artículo 98, dispone que " nadie podrá abrir establecimientos dedicados a actividades lucrativas o realizar comercio en forma ambulante, sin contar con la respectiva licencia municipal ", y en el artículo 96 idem, que señala que todas las actividades lucrativas, sujetas a licencia, deben pagar el impuesto de patente. De estos textos se desprende que las actividades lucrativas son legalmente susceptibles de ser gravadas con un tributo o impuesto de patente, quedando a criterio de la administración municipal, la estructuración de los elementos de la obligación tributaria [...]" (El resaltado no es del original.) Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en reiteradas ocasiones la Sala Constitucional ha señalado que el ejercicio de una actividad lícita puede ser objeto de regulaciones por parte de la Administración, como -por ejemplo- lo sería la imposición de determinados requisitos o de tributos, caso del impuesto de ventas y la obligación de la factura timbrada, por cuanto, la libertad de empresa no es ni irrestricta ni absoluta (en este sentido, entre otras, pueden consultarse las sentencias número 0143-94, del once de enero de mil novecientos noventa y cuatro, 04205-96, de las catorce horas treinta y tres minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y seis; 06066-98, de las dieciséis horas treinta minutos del veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y ocho; 6565-99 y 2003-2864-03); con el siguiente basamento: "[...] como lo ha expresado esta Sala en reiteradas ocasiones, la libertad empresarial no es absoluta ni ilimitada, y tal garantía debe someterse a las regulaciones legales que necesariamente deben cumplirse previamente, máxime cuando, como en el presente caso, existe normativa al respecto -precisamente la que está siendo impugnada en esta acción de inconstitucionalidad- que impone una carga tributaria para colaborar con los gastos públicos tal como lo disponen los artículos 20 de la Ley número 6826, 29 y 30 del Reglamento de dicha ley, aquí impugnados; por ello, el cierre de los negocios comerciales dispuesto en ellas no resulta inconstitucional, ya que cualquier persona puede desarrollar su comercio libremente, siempre y cuando reúna los requisitos previamente establecidos por ley, y lo haga cumpliendo con las exigencias establecidas para el comercio de que se trate (ver entre otras en este sentido, la resolución número 01042-90, de las quince horas veinticinco minutos, del treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y resolución número 00611-91, de

las catorce horas cinco minutos del veintidós de marzo de mil novecientos noventa y uno.) Este criterio fue sustentado de antemano por la Corte Plena , que en sesión ordinaria de nueve de julio de mil novecientos setenta y nueve al conocer del veto del proyecto legislativo número 5098 consideró: «La libertad de comercio que existe como garantía constitucional, es el derecho que cualquier persona tiene de escoger, sin más restricciones, la actividad comercial legalmente permitida que más convenga a sus interés. Pero ya en ejercicio de esa actividad, la persona debe someterse a las regulaciones que la ley establece, como sería la fijación de precios al consumidor, la de pagar determinados salarios a los trabajadores y eventualmente la limitación de ganancias que se estime conveniente. De modo que el ejercicio del comercio no conlleva el derecho a una libertad irrestricta, máxime cuando, como en el caso, se está en presencia de una regulación que se considera de interés general . » (Sentencia número 0143-94, de las dieciséis horas del once de enero de mil novecientos noventa y cuatro). "

Por su parte, la patente de licor se constituye en una manifestación del ejercicio del poder de policía , entendiéndose por tal "[...] la potestad reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes constitucionales; o mejor aún, como el «derecho incontrovertible de toda sociedad jurídicamente organizada, esencial a su propia conservación y defensa, y pertenece a todo gobierno constituido para asegurar el logro de sus fines sociales mediante el uso de los medios que a ese efecto sean adecuados», como lo define la doctrina del Derecho Administrativo. En su sentido más amplio, el Poder de Policía comprende las medidas tendientes a proteger la seguridad, moralidad y salubridad públicas, así como la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad y al bienestar general de la misma. Se manifiesta, en principio, como una potestad atribuida al Poder Legislativo y por ello es indelegable. Sin embargo, sí se puede crear en la ley ordinaria, una imputación de funciones, asignándole al Poder Ejecutivo, por ejemplo, la atribución de estatuir sobre determinadas materias, dentro de ciertos límites preestablecidos en la ley. " (Sentencia de la Sala Constitucional , número 1441-92, de las quince horas cuarenta y cinco minutos del dos de junio de mil novecientos noventa y dos);

en tanto se ha estimado que en las regulaciones atinentes a la comercialización del licor está inmersa la potestad del Estado de mantener el orden público que debe imperar en la parte organizativa, moral, social, política y económica de la sociedad -

conforme lo facultan los incisos 6) y 12) del artículo 140 de la Constitución Política - , como lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia constitucional (entre otras, consultar las sentencias número 6579-94, 0552-95, 1273- 95; 4905-95; 1029-96; 6469-97; 2000-4450 y 2001-11938). Esta potestad de control ha sido delegado en los gobiernos locales, por mandato constitucional ("administración de los servicios e intereses locales ", según reza el artículo 169) y que desarrolla la ley, así, en el artículo 83 del Código Municipal, que expresamente remite a la ley especial, en este caso, la citada Ley sobre Ventas de Licor, número 10, de mil novecientos treinta y seis; a través de mecanismos definidos por el legislador, se permite a las municipalidades la definición del número de establecimientos autorizados para su comercialización, en atención a la población de la circunscripción territorial, y mediante el sistema de remates públicos, en períodos de dos años, con un pago trimestral del impuesto -disposiciones que precisamente se constituyen en el objeto de este reclamo-. Adicionalmente, hay regulaciones sobre distancias que deben guardarse respecto de centros de educación, de salud o iglesias (artículo 9 de la Ley sobre Venta de Licores), así como de los horarios de estos establecimientos comerciales y prohibición a venta a menores de edad, establecidas en la Ley de Regulación de horarios de funcionamiento en expendios de bebidas alcohólicas, número 7633). Debe tenerse en cuenta que la normativa que regula la comercialización de licores, incluida la de Ventas, número 10, es de orden público , entendiéndose por tales "aquéllas mediante las que interviene el Estado a fin de asegurar en la sociedad, su organización moral, política, social y económica " (sentencia número 1441-92, de la Sala Constitucional , supra citada), y en consecuencia, no son susceptibles de negociación o pacto en contrario, así como tampoco de renuncia, y son disposiciones respecto de las cuales el Estado puede ejercer el citado poder de policía . VII.- En segundo lugar , la normativa que se alega derogada está vigente, sin que pueda alegarse una antinomia normativa respecto del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) , adoptado por nuestro país mediante Ley número 7475, de 20 de diciembre de 1994 (Aprobación del Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, en el que se establece la Organización Mundial del Comercio), y los artículos 3 y 6 de la Ley de Promoción de la Defensa Efectiva del Consumidor , número 7472, como alegan los recurrentes. Respecto del tratado internacional, estiman que a partir de los artículos XVI y XVII de ese tratado internacional, Costa Rica asumió un compromiso relacionado con los servicios de suministro de comidas, en virtud



de lo cual no podría limitarse el número de proveedores del servicio, y ello choca frontalmente con la restricción cuantitativa en el otorgamiento de patentes de licores. Estos mismos cuestionamientos fueron analizados en detalle por la Procuraduría General de la República, en su dictamen C-274-2005, del primero de agosto del dos mil cinco, en el que llegó a la conclusión de que no existe esa confrontación jurídica, criterio que hace suyo este Tribunal, motivo por el cual se consigna a continuación:

" Luego de sopesar los argumentos en torno al alcance de esta disposición, brindados por el Ministerio que gestiona la consulta, se llega a la conclusión que no lleva razón en la pretendida derogatoria tácita, en virtud de los razonamientos que de seguido pasamos a puntualizar :

No debe perderse de vista, en primer término, que el alcance del compromiso asumido por nuestro país en el tema de «Servicios de suministro de comida» se refiere a un delimitado sector [calificada como empresa turística], tal y como se consignó en las páginas precedentes. En ese sentido, se trata de negocios en el que se deben cumplir una serie de requisitos en cuanto a la forma en que se atienden a los clientes (meseros) y en el que la actividad principal sea precisamente el servicio de comida, siendo las bebidas que se brinden un servicio complementario. A esta afirmación es dable arribar teniendo en cuenta que, como expresamente lo enuncia la clasificación del servicio 642, «... los servicios de suministro de bebidas sin comida preparada...», se clasifican bajo otro grupo, incluyendo la siguiente descripción: «Esta subclase incluye: - servicios de suministro de bebidas, principalmente bebidas alcohólicas, prestados por bares, cervecerías, clubes nocturnos, discotecas e instalaciones análogas, con o sin espectáculo. Se incluyen esos servicios prestados por bares situados en hoteles u otros lugares de alojamiento o en medios de transporte, por ejemplo en trenes o a bordo de buques.

Esta subclase no incluye: - servicios de comidas y comidas rápidas que no se han preparado en el local, vendidas en máquinas automáticas, véase 6242.

- servicios para el suministro de comidas y bebidas conexas, véase 632»

Si tenemos en cuenta que en nuestro país la patente de licores puede ser utilizada en atención a distintos tipos de actividad (ver artículo 2 de la Ley de Regulación de Horarios de

Funcionamiento en Expendios de Bebidas Alcohólicas), cabría pensar que, de llevar razón la tesis del consultante, sólo podría hablarse de una derogatoria tácita parcial del sistema de adjudicación de patentes de licores. Esto por cuanto sólo en aquellos casos en que la patente sería utilizada en los locales que se ajusten a la actividad contemplada en la descripción del «Servicio de suministro de comidas» (CCP 642) es que cabría afirmar la eliminación de una restricción cuantitativa como la que supone el cumplimiento del inciso a) del Artículo XVI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Sin embargo, la posibilidad de que opere la derogación tácita parcial a que se alude en el punto anterior presenta una serie de dificultades de interpretación jurídica que terminan por confirmar la improcedencia de la tesis esbozada por el consultante. Tómese en cuenta, para empezar, que de acuerdo al mismo Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, existen excepciones que devienen de aplicación aún cuando los países asuman compromisos específicos en ciertos servicios. A tal efecto, hicimos la transcripción pertinente del inciso a) del Artículo XIV, mismo que como se aprecia de su lectura, contempla la posibilidad de que los miembros mantengan medidas que tiendan a la tutela del orden público. También, reseñamos los fundamentos jurisprudenciales en los que descansa la afirmación de que la regulación legal del sistema de otorgamiento de patentes de licores, en nuestro medio, ha sido considerada como «normativa de orden público». De suerte tal que no es viable desconocer la trascendencia de esa calificación, que encaja en la normativa de excepción que el propio Acuerdo contempla, y que preservaría el sistema de asignación de las licencias que aquí interesan. En otras palabras, si bien estamos en presencia de una limitación al número de proveedores de un servicio (por requerirse la patente, bajo el sistema de asignación que contempla la Ley sobre la Venta de Licores), tal restricción se asume en aras de la tutela de un bien jurídico superior, como lo es el orden público, y por ende, conservaría su vigencia tal y como lo faculta el mismo Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. En segundo término, tampoco aprecia esta Procuraduría que se configuren los requisitos que se apuntaban oportunamente en torno a la antinomia jurídica que está a la base de una derogación tácita. Recuérdese, al efecto, que la labor del intérprete jurídico estaría condicionada por varios factores propios de la ciencia jurídica. Salvado el tema de la jerarquía normativa superior del Acuerdo sobre la Ley sobre la Venta de Licores, no se aprecia con la claridad requerida que la disposición que se viene comentando presente una confrontación objetiva de indubitable carácter antinómico. Si bien

expresamos nuestra posición en cuanto a la forma en que se interpreta el compromiso del país en torno a las «limitaciones al acceso a los mercados» que se acordó para la prestación del servicio de «suministro de comidas», es lo cierto que tal particularidad no es óbice para apreciar que el sólo compromiso de no imponer medidas cuantitativas no es suficiente como para afirmar que su alcance implica la derogación de todo el conjunto de requisitos legales vigentes en nuestro país para la asignación de patentes de licores. En otras palabras, a lo más que cabría llegar, por esta vía de razonamiento, es que se introduce una excepción en cuanto a los servicios de «suministro de comidas» para que, los empresarios que se dediquen a esta actividad, no se vean obligados a sujetarse al sistema de asignación que prescribe la Ley sobre la Venta de Licores. Excepción que, por no reunir las características de implicar un sistema completamente nuevo e incompatible objetivamente con el imperante en la Ley N° 10 del año 1936, no puede ser tenida como una norma que acarree la derogación tácita que se afirma ha operado en relación con los artículos 3, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 de dicho cuerpo normativo. En todo caso, insistimos que, en nuestro criterio, el tema central sobre el que versa nuestra posición se relaciona con la naturaleza de orden público que ostenta la normativa que se viene comentando, misma que autoriza a los miembros de la Organización Mundial del Comercio a mantener restricciones como las que se refieren a la asignación de patentes de licores sin que ello implique una contradicción o confrontación con los compromisos que específicamente se asumen en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios. Por último, y como también se ha manifestado por parte de este Órgano Técnico-Jurídico, dada la trascendencia que pueda tener una interpretación favorable en el sentido de que ha operado una antinomia que vacía el contenido de disposiciones de rango legal, no está de más recabar información atinente al trámite legislativo que tuvo este específico tema a la hora de ser conocido en el Congreso. Al efecto, téngase en cuenta que revisado el expediente legislativo N° 12034 no se aprecia que haya existido la más mínima intención o conciencia de que, con la adhesión de nuestro país al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, se estaba entrando a regular, de una manera totalmente nueva y diversa, el régimen de asignación de patentes de licores en nuestro país. Incluso, la ausencia de una consulta generalizada a todas las Municipalidades del país, ante la trascendencia que hubiera tenido la certeza en el legislador del cambio normativo que el Acuerdo implicaba, nos da pie para afirmar que no se tuvo en mente el efecto sustitutivo que cabe suponer en una materia tan sensible como la que nos ocupa. Por demás está decir que este

criterio adicional no es antojadizo, pues como se ha reseñado en nuestra jurisprudencia administrativa, el mismo deviene válido en atención a la existencia de otros elementos de convicción que apuntan a la inexistencia de la derogación tácita. VII .- La antinomia normativa que se alega en relación con las normas legales indicadas, la explican los apelantes al estimar que el primero primero (artículo 3 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor) se traduce en una distorsión que limita el comercio; y el segundo (artículo 6 de la misma Ley ) elimina las licencias para el ejercicio del comercio en razón de la nacionalidad del producto, es decir, de los productos importados. Debe advertirse que no resulta posible hacer una interpretación literal de las citadas disposiciones en relación con el régimen municipal, ya que expresamente el artículo 72, párrafo final de esa misma Ley excepciona de esa normativa en lo que respecta a las municipalidades: " La presente Ley no será aplicable a las municipalidades, tanto en su régimen interno, como en sus relaciones con terceros "; de manera que, al ser la materia de patentes de exclusivo resorte y competencia de los gobiernos locales, no resulta posible hacer extensiva la normativa indicada, como lo pretenden los recurrentes . Además, como bien lo señaló la asesora legal de la municipalidad recurrida, debe entenderse que las autorizaciones y permisos que se deorgan en el numeral 6 indicado, son las que la doctrina califica como " programáticas " y " operativas ", esto es, las que pretenden encauzar y orientar de manera positiva la actividad de su titular en la dirección previamente definida por planes o programas sectoriales; que se diferencian de las autorizaciones referidas al control sobre el orden público, en las que se incluyen a las patentes de licor, según se ha indicado. VIII.- CONCLUSIONES.- De lo dicho, queda claro que el tema de patentes de licores es materia de resorte o competencia exclusivamente municipal , por lo que, basta con que un local abra sus puertas y se dedique a esa actividad, para que requiera, para su legítimo funcionamiento, de la respectiva patente para la comercialización y/o expendio de licor, la cual, a su vez está condicionada, previamente al otorgamiento de la patente de funcionamiento del local comercial (lo que se conoce como patente municipal) -la que, según se desprende de los autos, los recurrentes no cuentan-, y al cumplimiento de los requisitos formales que establezca la ley, entre los que están los permisos de salud. Corolario de lo anterior, el acuerdo impugnado resulta conforme a derecho, en atención al respeto y aplicación del principio de legalidad , que rige la actuación de la Administración, al tenor de los artículos 11 de la Carta Fundamental y 11 de la Ley General de la

Administración Pública , que obliga a las municipalidades a seguir el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para el otorgamiento de las patentes de licor; sin que pueda excepcionarse en ningún supuesto su acatamiento. No obstante lo anterior, en aras de cumplir con los principios -también de orden constitucional- de tutela administrativa pronta y cumplida, que derivan del artículo 41 de la Constitución Política , es lo cierto que debe la municipalidad recurrida promover la celeridad en el procedimiento administrativo seguido para la investigación de posibles vicios de nulidad absoluta de los remates efectuados por esa autoridad en el año dos mil cuatro, teniéndose en cuenta además, que el procedimiento dispuesto en la propia Ley General de la Administración Pública para tales efectos, está previsto para una duración de dos meses."

### **ARTÍCULO 203**

#### **Aplicación de la norma más favorable: Análisis sobre la derogatoria del delito de resistencia, a través del Código Procesal Contenciosos Administrativo**

[Tribunal Casación Penal, Santa Cruz]<sup>6</sup>

Texto del extracto:

"I.- [...] Tal y como lo alega el sentenciado Rodríguez Cantillo en el Procedimiento de Revisión que interpone contra la sentencia que lo condena por el delito de Resistencia Agravada y le impuso la pena de ocho meses de prisión en concurso ideal con el delito de Agresión con Arma, se da un error en la identificación de la norma reformada, ya que queriendo modificar el artículo 307 del Código Penal que actualmente corresponde a la Desobediencia , se modificó el artículo 305 que hasta ese momento tipificó la Resistencia Simple , lo que implica una derogatoria de la Resistencia simple y también de sus agravantes, dejando vigentes dos delitos de Desobediencia, la establecida en el artículo 307 del Código Penal y la del artículo 203 del Código Procesal Contencioso Administrativo. El Legislador al establecer la reforma en el artículo 203 del Código Procesal Contencioso Administrativo lo reguló de la siguiente manera: "Se impondrá prisión de seis meses a tres años a quien no cumpla o no haga cumplir en todos los extremos, la orden impartida por un órgano jurisdiccional o por un

funcionario público en el ejercicio de sus funciones, siempre que se le haya comunicado personalmente, salvo si se trata de la propia detención". De esta manera está tipificando la desobediencia y se pretendía reformar ésta, pero al confundir la norma que iba a modificar, es que se da la reforma del artículo relativo a la Resistencia Simple y por ende de sus agravantes, previstos y sancionados en los artículos 305 y 306 del Código Penal, sin que se pueda interpretar que lo que se quiso fue modificar la Desobediencia y no derogar la Resistencia Simple y sus agravantes, como resultó. La función de crear, modificar, derogar etc, la ley está confiada por nuestra Constitución Política al Legislador, -artículo 121 inc 1)-, estando vedado al Juez, sustituir a éste en dicha labor, por lo cual el Juez debe aplicar literalmente la reforma, en los términos que fue aprobada. Es por ello que habiéndose derogado por la modificación referida los artículos 305 y 306 del Código Penal, es que la Resistencia Simple y sus agravantes, dejan de estar tipificados como delitos en el Código Penal. La Sala Tercera ya se ha pronunciado sobre el punto de la siguiente manera: "Sin embargo, con posterioridad al dictado del fallo cuestionado, mediante Ley 8630, publicada en La Gaceta 33 de 15 de febrero de 2008, que corresponde al Código Procesal Contencioso Administrativo, en su artículo 203, se reformó el numeral 305 del Código Penal, con el siguiente texto: "Se impondrá prisión de seis meses a tres años a quien no cumpla o no haga cumplir en todos los extremos, la orden impartida por un órgano jurisdiccional o por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, siempre que se le haya comunicado personalmente, salvo si se trata de la propia detención". Como claramente se observa, el texto anteriormente transcrito, correspondería a los presupuestos de tipicidad atinentes al delito de desobediencia a la autoridad, previsto y sancionado en el artículo 307 del Código Penal, que ahora se advierte doblemente penalizado, por lo que la normativa contenciosa administrativo, con la referida reforma legislativa, quizá por error, pero que en todo caso no puede interpretarse en detrimento de las garantías de los enjuiciados, dejó sin contenido el delito de resistencia que contemplaba el artículo 305 del Código Penal (tipo simple) y sus correlativas circunstancias de agravación contenidas en el numeral siguiente (306), lo que implica su inmediata desaplicación, en tanto la conducta delictiva atribuida a los justiciables (resistencia agravada), se tornó atípica, careciendo de soporte normativo, y por ende, de su sanción correspondiente, pues la interpretación contraria violentaría el principio de legalidad consagrado en la Constitución Política y el código sustantivo." En un Sistema social y democrático como el nuestro, nadie puede ser condenado ni

mantenerse cumpliendo una condena con fundamento en una norma que ha sido derogada por la modificación referida, ya que esto atentaría contra el Principio de Legalidad establecido en la Constitución Política y en el Código Procesal Penal, artículo 39 y 1 respectivamente. Con fundamento en lo dicho, lleva razón el sentenciado, al aducir que se encuentra actualmente condenado por un delito que con fundamento en la reforma referida a los artículos 305 y 306 del Código Penal, dejó de ser tal, siendo que con fundamento en el principio de aplicación de la Ley más favorable y del inciso f) del artículo 408, sea cuando una ley posterior declare que no es punible un hecho que antes se consideraba como tal, resulta procedente ABSOLVER AL SENTENCIADO POR EL DELITO DE RESISTENCIA AGRAVADA, QUE SE LE HABÍA CONDENADO, ya que dicho delito ya no se encuentra tipificado en nuestra normativa penal. Consecuentemente, al haber sido impuesta la pena de OCHO MESES DE PRISION por el delito de RESISTENCIA AGRAVADA EN CONCURSO IDEAL CON EL DELITO DE AGRESIÓN CON ARMA, se anula parcialmente la SENTENCIA #183-07 de las quince horas del veintiuno de setiembre del dos mil siete, únicamente en relación con la PENA IMPUESTA por el Delito de AGRESIÓN CON ARMA, cuyo quantum deberá ser establecido al quedar insubsistente el concurso ideal en que se basó el Juzgador para imponer los ocho meses de prisión referidos. En todo lo demás resuelto se mantiene incólume la sentencia de marras. Remítase el expediente al Tribunal de Juicio de Nicoya para que se resuelva este proceso conforme a derecho."

**FUENTES CITADAS:**

- 1 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 245 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del cuatro de abril de dos mil ocho. Expediente: 08-000039-0161-CA.
- 2 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA. Sentencia número 144 de las catorce horas diez minutos del veintidós de mayo de dos mil cinco. Expediente: 00-000931-0163-CA.
- 3 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia número 173 de las catorce horas veinticinco minutos del veintidós de mayo de dos mil ocho. Expediente: 07-000368-0163-CA.
- 4 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia número 59 de las dieciséis horas del siete de febrero de dos mil siete. Expediente: 05-000266-0163-CA.
- 5 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia número 18 de las quince horas treinta minutos del veinticinco de enero de dos mil ocho. Expediente: 07-000029-0161-CA.
- 6 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SANTA CRUZ. Sentencia número 83 de las ocho horas del treinta de abril de dos mil ocho. Expediente: 07-000816-0412-PE.