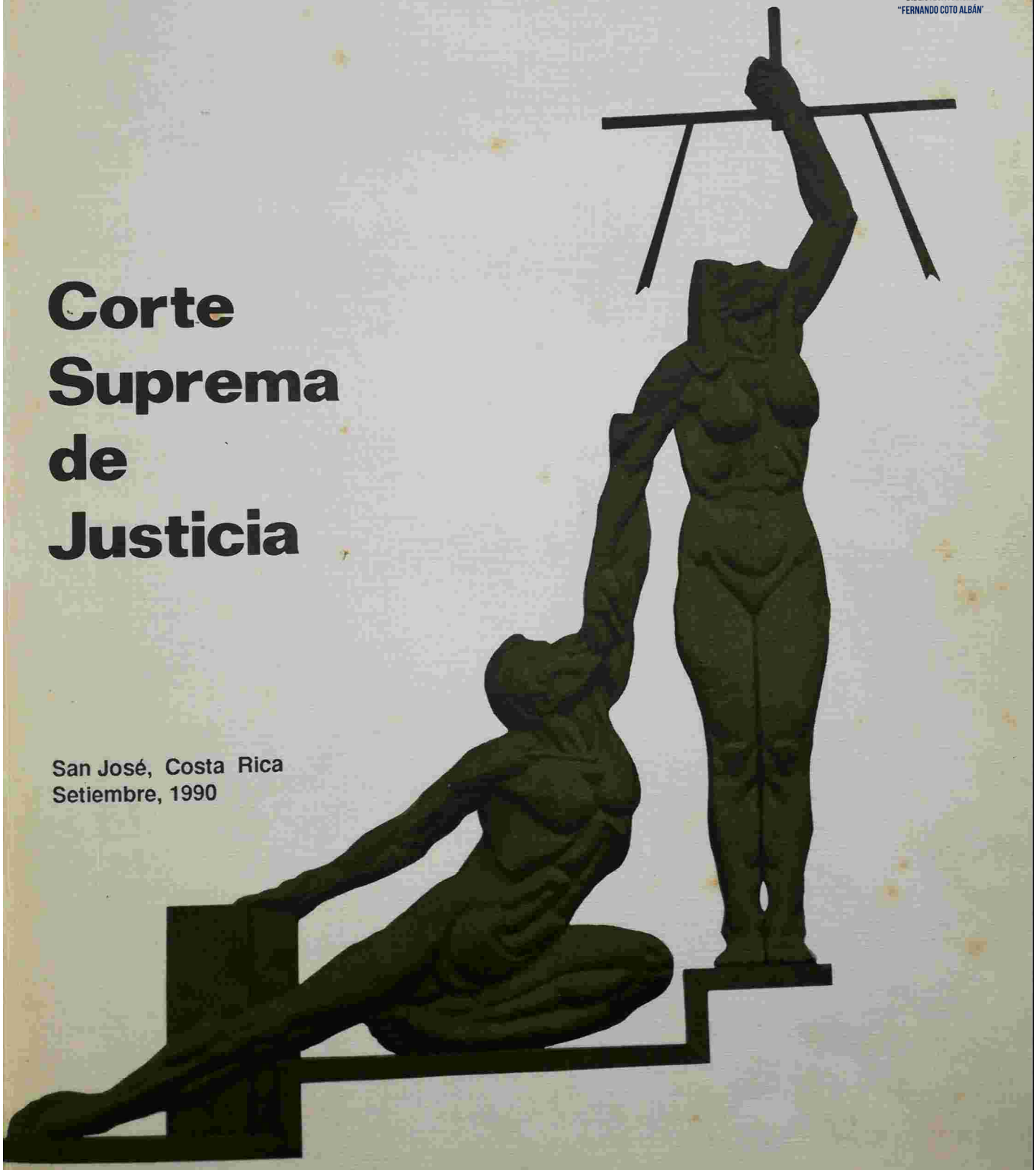
AÑO XV

Nº 51

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica
Setiembre, 1990

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año XV — Núm. 51 — Setiembre, 1990

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN. 5
Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN I: ESTUDIOS

Intereses colectivos y legitimación constitucional. 13
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz

La gestión tributaria de la empresa. 33
Prof. Maurice Cozián

La detención y derivación inicial del menor. 43
M.Sc. Mario Alberto Víquez Jiménez

El preso sin delito. 53
Lic. Álvaro Burgos Mata

Estudio analítico sobre el crimen. 69
Dr. Daniel Gadea Nieto

Anulación de la sentencia penal por el propio tribunal de mérito. 81
Lic Francisco Dall'Anese Ruiz

Los derechos humanos de la mujer en el agro. 87
Licda. Carmenmaría Escoto

La suspensión de las garantías de los derechos humanos. 99
Dr. Alejandro Montiel Argüello

La inmunidad jurisdiccional de los Estados: comentario de una resolución de la Sala Segunda. 109
Licda. Anabel González Campabadal
Lic. Francisco Chacón González

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN II: LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA

Balística forense. 121
Dr. Carlos Matías González Lizano

SECCIÓN III: INFORMACIÓN NORMATIVA. 139
Jimmy Vargas Durán

SECCIÓN IV: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés. 147
Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCIÓN V: JURISPRUDENCIA. 149
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACIÓN

La Revista Judicial ofrece, en esta ocasión, en su Sección de Estudios, colaboraciones sobre Derecho Constitucional, Derecho Tributario, Derecho de Menores, Criminología, Derecho Procesal, Derecho Agrario, Derechos Humanos y Derecho Constitucional.

El **Lic. Eduardo Ortiz Ortiz** nos brinda, en primer término, su ilustrativo estudio **"Intereses colectivos y legitimación constitucional".** Trata aquí el reputado jurista nacional el tema de la acción popular, otorgada a cualquiera en defensa de un interés de la comunidad; menciona al respecto algunos casos en Costa Rica (en materia electoral y municipal, si bien la jurisprudencia es restrictiva). Seguidamente analiza magistralmente la legitimación, como posibilidad de acogimiento de la demanda y determina las condiciones para que se dé (posibilidad del perjuicio invocado, eficacia del acto impugnado, pretensión jurídicamente posible, interés personal y directo, actual y cierto). Plantea el autor el carácter incidental de la acción de constitucionalidad en Costa Rica y aclara que se refiere a la legitimación dentro de juicio o procedimiento administrativo pendiente, hablando por esto de una relación genética necesaria y una dependencia funcional, en el sentido de que "necesariamente haya de ser aplicable la norma impugnada". Afirma la inexistencia de un régimen propio de la legitimación en la jurisdicción constitucional incidental, pues ésta está absorbida por la legitimación en el proceso principal, salvedad hecha de otros intervinientes y coadyuvantes y de los casos de acción de inconstitucionalidad principal (art. 75 párrafo 2 de la Ley de Jurisdicción Constitucional). Estudia los intereses colectivos, e identifica sus notas características. Los divide en corporativos (de grupos organizados y personificados) y difusos (de grupos sin personalidad jurídica). Destaca la relevancia de los intereses difusos por sus relaciones con valores constitucionalmente protegidos, que son verdaderos derechos subjetivos. Nos informa sobre la jurisprudencia de los Estados Unidos, donde ha sido amplia la posición (en particular con la llamada "class action" establecida en 1966). De Italia cita algunos casos (particularmente en materia de salud pública), aunque critica la Ley de 1986 que acoge el criterio de la personalidad jurídica del ente que acciona. De Francia nos hace ver la jurisprudencia del Consejo de Estado, donde se admite desde hace tiempo la acción por intereses difusos y corporativos. Revisa la base constitucional de estos intereses y su conexión con los

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derechos humanos. Asevera que "la defensa de los intereses difusos es la defensa de la persona en lo que tiene de más solidaria y universal frente a sus semejantes"; se trata en fin, de lograr "libertad dentro de la solidaridad".

Del profesor **Maurice Cozián,** Catedrático de Derecho Público y de Derecho Tributario de la Universidad de París II y presidente de la Sociedad Francesa de Derecho Tributario, ofrecemos **"La gestión tributaria de la empresa",** traducida por el Dr. León Cortiñas-Peláez. En la primera parte, titulada *"El principio de la libertad de las opciones tributarias y la teoría del abuso del Derecho",* el ilustre autor comenta las relaciones entre impuestos y gestión financiera de la empresa y explica las opciones tributarias, previstas por el propio legislador, que permiten la elección de la vía menos gravada. Se refiere a las opciones fiscales, directas e indirectas. Entre las directas cita algunas en materia de "renta", donde se establece una presunción, pero se permite demostrar sumas diversas; al tratar las indirectas da cuenta de la proliferación de sociedades anónimas (frente a las sociedades de personas). Al entrar a tratar el tema de la licitud de las diversas operaciones, lo relaciona con la teoría del abuso del derecho (lo que hace también *Dobson,* en su obra *El abuso de la personalidad jurídica*); enuncia algunas formas de represión de estos abusos en Francia. Diferencia el abuso del error tributario y de la defraudación en sentido estricto. Considera que este abuso puede ubicarse adecuadamente en la simulación civil (sea mediante acto ficticio, por acto disfrazado y por interposición de persona). Sobre este tema debemos recordar los trabajos del *Lic. Jorge Solergibert* en Costa Rica en su tesis de grado *Precios de transferencia.* Con respecto a la simulación de precios, el autor afirma que el Derecho Tributario distingue la simulación relativa a la naturaleza del contrato y la simulación relativa al precio estipulado en el contrato. Afirma que también en el uso de testaferros estamos frente al derecho común de la teoría de la simulación: "A fin de cuentas, sea el acto ficticio, sea el acto simulado, sea de interposición de persona, el derecho común de la simulación brinda perfectamente las soluciones que el Derecho Tributario funda de manera más artificial". Concluye diferenciando la simulación ilícita de la lícita habilidad tributaria.

Aparece también en este número **"La detención y derivación inicial del menor",** del **Msc. Mario Alberto Víquez Jiménez,** brillante ponencia presentada en el Primer Seminario Latinoamericano sobre Derechos Humanos del Menor Frente al Sistema de la Administración de Justicia. Después de mostrar la relevancia del argumento tratado, ubica el tema en la estructura de control social e insiste en su análisis como eslabón en el proceso de criminalización.

El **Lic. Álvaro Burgos Mata** colabora con **"El preso sin delito",** importante denuncia de deficiencias del sistema. El autor revisa el problema de los extranjeros documentados a la orden

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de Migración, dentro del régimen de la Dirección General de Adaptación Social del Ministerio de Justicia y Gracia. La primera parte es un análisis del tratamiento de los extranjeros y de la vigencia de la protección de los derechos humanos en relación con estadía intracarcelaria del extranjero indocumentado. En la segunda parte se desarrolla la naturaleza jurídica y las atribuciones de la Dirección General de Migración y Extranjería y se exponen algunos problemas que acarrea la detención indeterminablemente prolongada del extranjero, como medio de asegurar su posible deportación, así como las violaciones jurídicas en que se incurre. Con este trabajo se pone en evidencia el problema de la violación de los derechos humanos, derivado de la detención prolongada injustificadamente de los extranjeros indocumentados. No se trata solamente de presos sin condena, sino de algo más grave "presos sin delito".

"Estudio analítico sobre el crimen" es el título del aporte de gran valor metodológico del **Dr. Daniel Gadea Nieto.** El autor se pregunta si el crimen se presenta como concepto jurídico y asegura que hay una serie de variables que lo caracterizan. Sugiere el empleo de algunos conceptos operacionales de orden descriptivo (relativos al "medio", "situación" y "acto"), así como otros de orden explicativo (factor, causa y condición, móvil e índice). En la Sección II establece el "método" para entender el crimen con base en las reglas de "los niveles de interpretación", de "necesidad de la descripción", de la "eliminación de los tipos definidos" y de la "aproximación diferencial". Recalca la importancia de ver la situación que rodea al sujeto y ver, además, cómo funciona la personalidad del criminal; por esto enfoca separadamente el elemento situacional (lugar, objeto, instrumentos, momento, etc.) por un lado y, por otro, la personalidad del sujeto; dentro de esta examina los factores que impulsan la motivación, los que forman los mecanismos y los ligados a situaciones no específicas o amorfas. En su conclusión asevera que el crimen no tiene una explicación unívoca, sino que en él intervienen muchas variables. Reafirma, en consecuencia, la necesidad de estudiar el fenómeno criminal en relación con cada realidad y con una explicación diversificada.

El estimable colega **Lic. Francisco Dall'Anese Ruiz** participa con razonables argumentaciones con su artículo **"Anulación de la sentencia penal por el propio tribunal de mérito",** producto de sus investigaciones como juzgador acerca de situaciones donde el tribunal anuló su propia sentencia, con base en casación por la forma. Estas situaciones preocupan al autor porque podrían significar una prórroga de la competencia de la Sala de Casación. Frente a la afirmada economía procesal, afirma que ésta no tiene mayor jerarquía que otros principios procesales, como el de control, el de juez natural, el de improrrogabilidad y el de indisponibilidad. Sostiene que en nombre de la economía procesal no es posible violar la Constitución y las leyes. Se ocupa separadamente de los

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

principios enunciados. Del principio de control hace notar, entre otras cosas, que la Casación no es un recurso de revocatoria y que no se debe poner en peligro la unificación de la jurisprudencia. Del principio de juez natural enfatiza las normas que establecen la competencia de los tribunales. Sobre la improrrogabilidad o indeclinabilidad considera que no es posible la prórroga de competencia entre tribunales de diverso rango y , en particular , entre tribunales penales, como lo aclara también el connotado jurista *Lic. Javier Llobet* en su obra *Código de Procedimientos Penales Anotado*. En cuanto al principio de indisponibilidad insiste en que el proceso no puede ser suprimido, abreviado, omitido o sustituido por la voluntad de las partes, como regla general, pues se trata de intereses públicos que no pueden ser materia de contratación o renuncia. En la segunda parte se refiere a la corrección del error y delimita la figura de la inexistencia por ausencia de presupuestos formales. Concluye haciendo ver que el tribunal de mérito no tiene la competencia para pronunciarse sobre los motivos del recurso y mucho menos para anular una sentencia, pues las partes no pueden definir quién tiene la competencia de casación.

"Los derechos humanos de la mujer en el agro" es el tema del preocupante artículo de la **Licda. Carmen María Escoto,** quien inicia su exposición con la regulación internacional existente en relación con las actividades de la mujer en el agro. Trata el delicado problema de la marginación de la mujer causada por las propias disposiciones vigentes. Relata la evolución en el contexto de la Organización Internacional del Trabajo e insiste en lo que llama "la doble marginación de la mujer", refiriéndose a las funciones que ella realiza, a los factores que condicionan su situación y a su estado civil, donde pone en evidencia la necesidad de equiparación de derechos y deberes en el matrimonio de hecho. Comenta las posibilidades legales de la mujer de ser beneficiaria de los programas de adjudicación de tierras. En la conclusión reitera la marginación y desigualdad política, económica y cultural.

Presentamos seguidamente **"La suspensión de las garantías de los derechos humanos"** del ilustre colaborador **Dr. Alejandro Montiel Argüello,** quien revisa, en primer lugar, la terminología y las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aclara que la suspensión se refiere "al ejercicio" y no al Derecho mismo. Después de comentar brevemente algunos antecedentes plantea el tema en las constituciones modernas, las que confronta con las respuestas jurisprudenciales, en particular en los Estados Unidos sobre la llamada Ley Marcial, sobre propiedades, sobre control de precios y de alquileres y sobre racionamientos. También analiza el tema en España. Pasa luego a los instrumentos internacionales, entre ellos la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Americana de 1969. De la jurisprudencia internacional destaca los casos de Chipre, Irlanda y Grecia, entre otros. En relación con la posición de la doctrina, transcribe algunas opiniones. Concluye aseverando que la suspensión de las garantías de los derechos humanos sólo puede decretarse cuando existan circunstancias absolutamente calificadas en las que sea evidente que peligra la vida institucional del Estado; que sólo puede comprender los llamados "derechos humanos no básicos"; que las medidas deben ser sólo las indispensables y que deben ser levantadas en cuanto cesen las causas que las motivan. Insiste en la responsabilidad de los organismos internacionales en relación con el deber de controlar que los gobiernos no abusen de la suspensión de las garantías.

Con gran satisfacción ofrecemos el valioso estudio crítico **La inmunidad jurisdiccional de los Estados: comentario a una resolución de la Sala Segunda"** elaborado por la **Licda. Anabel González Campabadal** y por **el Lic. Francisco Chacón González.** Los autores se preguntan si un Estado extranjero puede ser demandado en los tribunales de otro país. Critican con sólidas argumentaciones una resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, relativa a una demanda laboral contra la Embajada de los Estados Unidos de América, donde se aprobó en consulta una decisión en la que el Tribunal Superior de Trabajo se declaró incompetente, afirmando que la Convención de Viena establece la inmunidad de los Estados, en forma absoluta, salvo las excepciones del artículo 31 de la citada convención. Los autores realizan una incursión en el Derecho Internacional y muestran cómo el tratamiento del tema ha sido variado en la historia para llegar a la teoría restrictiva, según la cual hay inmunidad en los actos de imperio, pero no en los de gestión, tesis admitida en los mismos Estados Unidos, donde se ha abandonado la teoría absoluta de la inmunidad de conformidad con políticas del propio Departamento de Estado, hasta la Ley de 1976 que consagra la posición restrictiva, según la cual los Estados no son inmunes en sus actividades comerciales, independientemente del hecho de que los bienes y servicios vayan a ser utilizados para un fin público; el Comité de Asuntos Judiciales de la Cámara de Representantes ha interpretado que se incluye en este concepto "el empleo o la contratación de trabajadores". Esto ha sido aplicado a nuestro país, negándosele inmunidad en el célebre caso "Allied Bank Int. vs. Banco Crédito Agrícola de Cartago". Los autores hacen ver que Estados Unidos es sólo un ejemplo más, entre los países que acogen la tesis restrictiva. Citan los casos de Italia (desde 1886), Bélgica, Suiza, Francia, Austria e Inglaterra y muchos más que establecen que no procede la inmunidad cuando la acción se relaciona con un contrato de trabajo entre el Estado demandado y un individuo. Seguidamente analizan el artículo 31 de la Convención de Viena, relativo a las excepciones a la inmunidad, destacando que el texto hace referencia a los "agentes diplomáticos"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

(definidos por la propia Convención) y que en el caso estudiado la demanda era contra la Embajada y el Gobierno de los Estados Unidos, por lo que no era procedente aplicar este texto. Tampoco lo creen aplicable en cuanto a la renuncia a la inmunidad, la cual puede ser concluyente y no solo expresa. En este caso ni siquiera se concedió al Estado demandado la oportunidad de manifestar su posición. Tampoco aceptan que sea aplicable al caso el Código Bustamante, pues este se refiere (art. 2) a las partes contratantes y el Estado demandado no lo era. En sus conclusiones sostienen la necesidad de una mutación en la orientación jurisprudencial nacional.

En nuestra Sección **"La Ciencia al Servicio de la Justicia"** se publica el estudio **"Balística forense",** del **Dr. Carlos Matías González Lizano,** Jefe del Departamento de Ciencias Forenses del Organismo de Investigación Judicial.

Como siempre, ofrecemos las secciones de **"Información Normativa", "Pronunciamientos especialmente relevantes"** y **"Jurisprudencia".**

Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

INTERESES COLECTIVOS Y LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

a) Acción popular.

Es posible que la ley pueda otorgar a cualquiera la acción para que el juez se pronuncie en tutela de un interés que es de toda la comunidad nacional. Esto es lo que se llama acción popular y consiste en la posibilidad legal de pedir y obtener justicia sobre la base de la pertenencia del autor a una comunidad amplia, como la estatal. Cuando la comunidad de referencia se restringe —y es como la municipal o, todavía mejor, cualquiera otra parcial no territorial, como un grupo de presión, una clase social, etc.— se atenúa el carácter popular de la acción, para acentuarse progresivamente el de la legitimación, con el concepto que se dirá. La acción popular presenta el doble peligro de que propicia la proliferación de juicios, a menudo inútiles por empíricamente planteados; y el de que propicia la convención de los juicios en arma de extorsión o de venganza, cuando la ejercen sujetos inescrupulosos. En razón de ello existe a título excepcional y sólo ahí donde la ley expresamente la otorga.

Merecen mención dos casos de acción popular en Costa Rica. El artículo 143 del Código Electoral dispone que es pública (popular) la acción para demandar nulidades y acusar transgresiones electorales, pero son muy pocas las demandas ante el Tribunal Supremo de Elecciones con esa base legal. Por su parte, el artículo 174 de la Constitución otorga a cualquier interesado el derecho a recurrir administrativamente contra los acuerdos municipales, lo que es una forma de agotamiento de la vía administrativa y no propiamente una acción jurisdiccional. Pero la jurisprudencia del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo —última instancia que agota la vía administrativa en la materia— ha sentado la regla de que el interés de cualquiera al que alude la Constitución es, en realidad, lo mismo que el interés legítimo necesario para iniciar la acción contencioso administrativa, es decir: un interés personalizado, que no es el de cualquiera. Lo que confirma el temor del ordenamiento frente a la acción popular, por los peligros ya invocados.[1]

b) Legitimación: concepto y notas.

Cuando se trata de acciones contra actos públicos —como una ley o un acto administrativo— lo normal es que el actor impugne el acto en cuestión, afirmando que éste lesiona legalmente una situación jurídico-subjetiva suya (que puede ser derecho subjetivo o interés legítimo). La demanda solo puede triunfar si queda comprobado y reconocido que la afirmación es jurídicamente verdadera, porque el actor es dueño de la situación subjetiva invocada, porque ésta ha sido lesionada y porque la lesión

1. Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia Nº 840.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

proviene de un acto público ilegítimo. En tal hipótesis triunfa la demanda y debe ser acogida en la sentencia de fondo, culminación del juicio.

Sin embargo, por implicar todo proceso un gran dispendio de energía, tiempo y dinero, es necesario cerciorarse, para darle inicio, de que el proceso puede servir su función principal como componedor de conflictos jurídicos, en razón de ser posible, lógica y jurídicamente, acoger la demanda tal y como está planteada y como resulta confirmada en contraste con la contestación. La legitimación es la posibilidad de acogimiento de la demanda fundada en la apariencia razonable de verdad que presentan las afirmaciones de la misma en cuanto a la existencia y titularidad, por el actor, de la situación subjetiva que se invoca como lesionada, en cuanto a la lesión misma y en cuanto a la ilegalidad del acto lesivo impugnado. Para establecer esa posibilidad es preciso que la demanda y la contestación, y sus pruebas, no demuestren ciertamente la inexistencia de uno cualquiera de los extremos dichos, situación sustancial de base, lesión de ésta e ilegalidad del acto público lesivo. Caso opuesto, si lo demuestran, no habrá legitimación y la demanda no podrá ser admitida a trámite, por imposibilidad de su acogimiento. Serían una demanda y un juicio inútiles.

De este modo, las condiciones para que se dé la legitimación son las siguientes:

b-1) Que sea posible el perjuicio invocado, lo que no pasa cuando el acto impugnado es inofensivo, o es favorable al actor, o si éste quedaría peor en caso de su anulación;[2] la doctrina francesa cita como ejemplos los siguientes casos: el profesor jubilado que impugna un reglamento que regula los derechos y obligaciones de los servidores públicos activos, un trabajador que no ha participado en una huelga e impugna las medidas disciplinarias impuestas a los que sí participaron, casos éstos en los que es evidente que, según el texto mismo de la demanda, el perjuicio alegado resulta imposible; el médico que impugna una medida en virtud de la cual se aumentan los sueldos de la categoría a la que no pertenece; empresa periodística que impugna un reglamento que atenúa la prohibición preexistente y más drástica de incluir cierto tipo de publicaciones en la prensa, casos en los cuales la misma demanda demuestra, a través del texto del acto impugnado, que éste aporta más beneficios que perjuicios; y también, impugnación de un reglamento que impone una sanción policial consistente en la prohibición de entrar y salir de una provincia, cuya anulación haría revivir el reglamento anterior que contemplaba, en lugar de ello, una libertad vigilada, donde es patente que la anulación pedida traería al actor consecuencias peores que su situación actual.

b-2) Que el acto impugnado sea eficaz, porque haya sido debidamente comunicado, se hayan cumplido las condiciones para ello señaladas por el acto mismo o por la ley (como las aprobaciones tutelares, etc.) y no esté suspendido en cuanto a su ejecución o aplicación, pues sin eficacia resulta imposible que el acto pueda ser lesivo.

b-3) Que la pretensión sea jurídicamente posible y no rechazable ad portas por falta de todo posible sustento legal, como ocurriría si se pidiera al juez anular un acto por ser inconveniente, aunque legal; o si se pidiera una responsabilidad sin invocar ninguna culpa ni ley o precedente jurisprudencial que consagre una responsabilidad objetiva. Y lo mismo podría decirse del que demanda la nulidad de un acto favorable porque se dictó sin audiencia ni comparecencia previas para la defensa, o del que, a la inversa, demanda la nulidad de una sanción económica porque se dictó con audiencia y comparecencia previas.

b-4) Que el interés sea personal. Lo primero que ello significa es que debe invocarse como propio y no como ajeno. Lo segundo, que no puede hacerse consistir en el interés que todos pueden tener, de mantener la legalidad en la actuación del poder público. Hay que afirmar la incidencia del acto público combatido en una esfera propia de libertad, de patrimonio o, en general, de relaciones con las potestades públicas eventualmente favorables al actor, por su ejercicio. De este modo, con el carácter personal del interés no quiere decirse lo contrario a público o colectivo, sino lo contrario a general o indiferenciado, en relación con el resto de la comunidad nacional. Es decir: el daño invocado ha de consistir en una disminución de sustancia o valor de un bien o expectativa propios del ofendido, o de otro, pero, en este último caso, fuente de una utilidad para el actor, sea un bien o una utilidad patrimonial o moral, individual o colectivo, público o privado. No puede ser un daño de otro o contra un tercero, ni tampoco uno que sea también un daño igual en todos los demás miembros de una comunidad muy vasta, como la nacional. Pero puede ser el daño de

2. *Répertoire de Contentieux administratif,* Dalloz, Paris, 1986, Voz Interet pour Agir, VENEZIA, Jean Claude, págs. 6 y 7.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

muchos, igual para todos los integrantes de un grupo, a condición de que éste no sea muy amplio y de que el actor participe en el daño al igual que todos los demás. Este, como se verá, es el interés llamado colectivo, que, según lo dicho, es también personal. A este respecto es importante tomar nota de los llamados efectos reflejos o efectos de los efectos de un acto público. Un acto administrativo negativo (que priva de derechos o impone obligaciones) para su destinatario, puede dañar también a terceros, como la expropiación que también perjudica al inquilino y no sólo al propietario; o una desaprobación en sede de control, que impide la eficacia del acto desaprobado, y lesiona no sólo al ente público autor sino también al tercero, sujeto privado, que hubiese derivado derechos del acto desaprobado. Y puede decirse lo mismo de los actos favorables o positivos, que crean derechos o extinguen obligaciones, pues de o por los mismos pueden resultar lesionados quienes no son sus destinatarios, como el vecino frontista por la licencia de construcción de un inmueble para actividades insalubres o molestas, como el participante vencido en un concurso administrativo, etc.[3]

Los autores suelen tratar, cuando hablan del carácter personal del interés que legitima, de la distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo. Pero para tal efecto es únicamente necesario entender que hay dos tipos de ellos, uno sustancial y otro procesal. La esencia de las situaciones sustanciales y anteriores al proceso que llevan tal nombre, se supone conocida. Baste con decir que el derecho subjetivo es la autorización normativa de conducta propia que permite exigir de otro u obtener de un bien una utilidad sustancial para la satisfacción de necesidades propias. El interés legítimo es la posibilidad o expectativa de obtener una utilidad sustancial del ejercicio de una potestad pública, no exigible en razón del carácter discrecional de la potestad. O, más sintéticamente, es la expectativa de un bien, a partir del ejercicio legítimo y favorable de una potestad pública discrecional.[4] Como se dijo, la existencia del derecho o del interés es necesaria para fallar el fondo del asunto, pues sin ella no puede haber lesión reclamable, por ausencia de bien lesionable, y sin lesión subjetiva no hay base para la anulación del acto, dado que nuestra justicia pública-constitucional y administrativa está concebida, como se verá, en función y como tutela de situaciones subjetivas del actor. Pero, para iniciar el juicio y a todo lo largo de éste,[5] lo que se requiere es del interés legítimo procesal o *ad processum,* consistente, como ya se explicó, en la apariencia del interés sustancial a partir de las afirmaciones y pruebas de la demanda y contestación, en virtud de las cuales luzca como posible —lógica y jurídicamente— que, por los hechos de la demanda, se haya establecido una relación entre el poder público y el actor, constitutiva de un derecho o de un interés, y que esa situación favorable del actor haya resultado ilegalmente lesionada por aquel poder. El interés legítimo procesal no requiere de consagración expresa por ley, que se limita a regular la potestad pública en relación con la cual se da aquel interés. Y desde este punto de vista puede decirse que el principio de legalidad y la reserva de ley,[6] permiten entender que toda incidencia ilegal del poder público en un individuo o grupo puede reputarse como una lesión sobre la libertad de los mismos, entendida ésta como el derecho constitucional a hacer todo lo que no está legalmente prohibido. Si se afirma que la incidencia lesiva es ilegal y personal, ha de aceptarse ipso facto que hay un interés legítimo lesionado, cuando no un verdadero derecho subjetivo de libertad, y que, consecuentemente, hay legitimación, salvo afirmaciones o pruebas contradictorias de la contestación de la demanda que logren demostrar lo contrario. No hay derecho a la legalidad en abstracto, pero sí lo hay a la legalidad de todo aquello que afecte la propiedad, la libertad o las relaciones del actor favorables a él.[7]

---

3. CASSARINO, Sebastiano, *Il Processo Amministrativo,* vol. II, Giuffrè, Milano, págs. 611 y 612.

4. GAETANO SCOCA, Franco, *Il Silenzio della Pubblica Amministrazione,* Giuffrè, Milano, 1971, págs. 146,149,152, 157,160 y 164.

5. SANDULLI, Aldo, *Il Giudizio davanti al Consiglio di Stato,* Morano, Nàpoli, 1963, págs. 254 y 255. El autor define claramente lo que llama el interés de accionar, necesario para demandar. Pero, siguiendo una línea de decisión de la jurisprudencia italiana, acogida por la doctrina, distingue ese interés inicial del interés sustancial necesario para llevar el juicio hasta sentencia, sea cual sea el contenido de ésta. La distinción parece inútil, pues el interés inicial, nacido de las afirmaciones y pruebas de la demanda, confrontadas con las de la contestación, debe bastar no sólo para admitir sino también para fallar la demanda.

6. Es difícil individualizar los intereses privados que conviven con el público consagrado por las leyes que regulan la organización y acción de la Administración, pero llega a ser fácil una vez cumplidos los hechos que relacionan la potestad legal con un sujeto determinado, para lo cual véase NIGRO, Mario, *Giustizia Amministrativa,* Il Mulino, Bologna, 1976, págs. 105 a 109.

7. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo,* Civitas, Madrid, 1977, Vol. 2, págs. 46 a 52.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b-5) Que el interés sea directo, lo que significa que sea estrecha o próxima la relación entre el efecto del acto impugnado y el daño invocado. No significa que debe haber una relación directa de casualidad entre el acto y el daño, pues a ello alude más bien el otro requisito exigible del interés y consistente en que el interés que legitima debe ser, además, cierto y no eventual. Puntualizamos el carácter directo del interés como nota aparte de su carácter personal sin estar convencidos de la diferencia entre una y otra nota. Si el daño es personal, es directo, por darse en la esfera de intereses del actor. Sin embargo, puede decirse que este requisito alude más bien a la naturaleza del bien afectado directamente por el acto, por un lado, y, por otro, a la del bien dañado e invocado por el actor, unido a la importancia o valor social de este último. Si hay similitud entre ambos bienes y se trata de unos que son sociales y jurídicamente importantes, el daño es directo, y lo contrario en el caso opuesto. La doctrina francesa da los siguientes ejemplos: los miembros de un grupo de lucha contra el alcoholismo pueden impugnar una disposición general que facilita la apertura de expendios de licor; un padre de familia impugna un reglamento que limita la libertad de enseñanza religiosa en los colegios secundarios que atiende o puede llegar a entender su hijo. En ambos casos se acepta que hay un ligamen directo entre efecto del acto e interés o posición del actor, dado por la íntima igualdad o similitud que existe, por razón de esencia o naturaleza, entre el efecto del acto impugnado —que estimula el consumo de alcohol o reduce la libertad de enseñanza, respectivamente— y la posición del actor, que tiene un interés en evitar ese consumo o en educar a su hijo. De donde se concluye en que la exigencia, más que del carácter directo de la lesión, es la de que el interés que se invoque como lesionado no sea excesivamente indirecto, o sea: excesivamente distinto o banal, en razón de su naturaleza y rango, que el directa e inmediatamente tocado por el acto o la norma impugnados, como un destacado autor lo reconoce.[8] Donde el requisito en examen alcanza su máxima flexión es precisamente en la hipótesis de los intereses difusos, como se verá. Y, por lo dicho, pareciera que el requisito en examen es, más bien, el de que el interés invocado sea homogéneo con el legalmente propio del auto o norma impugnados. Interés directo significa, entonces, interés homogéneo.

b-6) Que el interés sea actual y cierto, no eventual. Significa ello, en primer término, que debe derivar exclusivamente del acto impugnado o de su aplicación, no de actos de terceros determinantes del daño invocado como causa próxima del mismo.[9] El daño, por otra parte, no debe ser muy eventual, para ser cierto y actual. Si se convierte en claramente improbable o hipotético, deja de ser cierto. En un barrio se otorgan primas o subvenciones a una sociedad urbanizadora para que construya un edificio de importantes proporciones, que los actores —miembros de una asociación de defensa del barrio en sus aspectos históricos y arquitectónicos— alegan que comprometerá la armonía y el equilibrio del desarrollo urbano local. Es indudable que la subvención facilita la construcción del caso. Sin embargo, se niega la legitimación sosteniendo que la subvención no tiene por objeto ni por efecto el permitir la construcción y que, por ello, tendrá sobre los intereses del grupo una "repercusión indirecta e incierta".[10] Pero, ello no obstante, se acepta como bien legitimado al actor empleado público que impugna un nombramiento en un departamento al cual él no pertenece, pero al cual él podrá acceder en el futuro,[11] no obstante ser evidente en el caso, como el mismo autor lo comenta, que los daños invocados son inciertos, actualmente y en el futuro. Se trata de daños posibles, pero no probables ni inminentes. Llaman la atención otros casos que más bien parecieran ameritar solución negativa de la legitimación y en los que, sin embargo, el *Conseil d'Etat* ha reconocido también el carácter cierto y actual del interés: un campista impugna una disposición que prohíbe el *camping* en una zona en la que el actor nunca ha acampado, pero en la cual puede acampar en el futuro; un obrero emigrado, dueño regular de permisos de trabajo y de residencia, impugna una disposición que agrava para el futuro las condiciones de obtención de tales documentos, invocando que posiblemente tenga que renovar los suyos en el futuro próximo. En los dos casos se admite la legitimación. Esto hace ver, como antes con el carácter directo del interés, que el requisito que ahora comentamos es más bien

8. CHAPUS, Rene, *Droit du Contentieux Administratif*, Monchrestien, Paris, 1982, pág. 180.

9. CASSARINO. *Op. cit.*, págs. 623 y 624.

10. CHAPUS. *Op. cit.*, pág. 183.

11. CHAPUS. *Op. cit.*, pág. 192.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el de que el interés no sea excesivamente incierto o futuro.

c) El carácter incidental y subjetivo de la acción de constitucionalidad en Costa Rica.

En Costa Rica tienen la acción de constitucionalidad determinados órganos públicos, todos estatales, y las partes en un procedimiento administrativo para agotar la vía correspondiente o en un juicio cualquiera pendiente ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus y de amparo. Nos interesa comentar únicamente la legitimación en esta última hipótesis, dentro de juicio o procedimiento administrativo pendientes, también llamada legitimación incidental. Dispone al efecto el artículo 75 LJC,." párrafo primero:

> "Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado"...

La necesaria relación genética entre un procedimiento administrativo o un proceso jurisdiccional pendiente significa que la acción de constitucionalidad se da en función de la resolución de un conflicto previo, en el cual el actor ha deducido una pretensión distinta, para cuya aceptación o rechazo es necesario aplicar ese mismo acto impugnado (ley, reglamento o acto concreto). La acción de inconstitucionalidad, con su pretensión de anulación, sirve para resolver la otra acción, por lo que resulta correcto llamar a una la principal (el proceso de origen) y a la otra la instrumental (el proceso constitucional). Esto ha conducido a la doctrina a tener por existente en el proceso constitucional incidental (el que nace de otro juicio y para resolverlo) una cuestión propiamente prejudicial, entendida como aquella derivada de un juicio pendiente, cuya resolución es necesaria para dictar el fallo en éste y relativa a una materia perteneciente a otra jurisdicción, lo que obliga a recurrir a ésta y a suspender el juicio de origen mientras la cuestión no sea resuelta.[12] La cuestión prejudicial conduce a una resolución o fallo que se pone como premisa mayor del fallo dictado en el juicio del que nació, pero que es decidida por otro juez, de diversa jurisdicción por razón de la materia. El paralelismo con la cuestión de constitucionalidad incidental o nacida de otro juicio y para resolverlo, es evidente. Desde este ángulo puede concluirse en que la acción de constitucionalidad solo es admisible cuando sea estrictamente necesaria para resolver el juicio principal, por referirse a una materia que necesariamente deba tocar la sentencia que se dicte en éste, o por referirse, para decirlo más claramente, a una ley o acto que necesariamente deba aplicarse para dictar sentencia en el juicio principal. Es posible pensar, sin embargo, en la hipótesis de que la norma pueda ser aplicable, sin que necesariamente lo sea. Y evidentemente, además, es posible que puedan tacharse e impugnarse como inconstitucionales normas necesarias no para resolver el fondo del proceso principal sino cuestiones de trámite relativas a éste, incidentales o previas (pero no prejudiciales), por no pertenecer a otra jurisdicción. Tales cuestiones, sin ser prejudiciales en el estricto sentido del término, pueden ser relevantes y suficientes para justificar la acción de inconstitucionalidad, pues resultan instrumentales para decidir el asunto principal: las cuestiones procesales, porque son necesarias para la continuación del juicio hasta fallo; y las relativas a normas aplicables eventualmente —pero no necesariamente— por la sentencia de fondo, porque sirven a ésta en la hipótesis de que lleguen a ser necesarias, siempre y cuando resulte clara y bien justificada la mera posibilidad de que así ocurra.[13] Dada la dependencia no solo genética sino funcional de la acción de inconstitucionalidad respecto del juicio principal, cabría pensar en una total subordinación de su existencia a la de este último, de modo que sólo podría mantenerse y fallarse hasta que se mantenga el juicio principal; la acción de inconstitucionalidad nacería dentro de éste y moriría con éste, como lo tiene previsto el artículo 77 ibídem, que dispone la caducidad (de la acción de inconstitucionalidad) desde que el proceso principal quede resuelto por sentencia firme. Y lo mismo debe tenerse por procedente en relación con toda posible terminación anormal del proceso principal (por evento extintivo

12. PIZZETTI, Franco y ZAGREBELSKY, Gustavo *"Non Manifesta Infondatezza" e "Rilevanza" nella Istaurazione Incidentale del Giudizio sulle Leggi*, Giuffrè, Milano, págs. 39, 41, 103 y 107; véase también ZAGREBELSKY, *La Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, págs. 194 y 195.

13. PIZZETTI-ZAGREBELSKY. *Op. cit.*, pág. 107; ZAGREBELSKY. *Op. cit.*, pág. 196.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del proceso y distinto del fallo), que le ponga fin anticipadamente. Pero la tesis no es de unánime aceptación y hay jurisprudencia extranjera que sostiene la completa independencia de ambos procesos, de modo que la acción de inconstitucionalidad pueda fallarse con prescindencia de los vicios y avatares del proceso principal,[14] sobre la base de la función de aquélla, en cuanto dirigida a mantener la supremacía constitucional y no meramente los derechos e intereses constitucionales del actor de ambas acciones.[15] Desde este ángulo, la existencia del juicio principal sería necesaria para la interposición, pero no para la decisión de la acción de inconstitucionalidad. Pero ya vimos que lo contrario es lo que dispone el artículo 77 ibídem, lo que permite concluir en el rechazo de tal tesis extrema. Nuestra ley se inclina por una subordinación funcional permanente del proceso constitucional al proceso principal del que nace, dándole existencia a aquél en la estricta medida en la que pueda servir para la resolución de este último. Esta tesis viene confortada por el artículo 89 ibídem, que dispone:

> "La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma de ley o disposición general, declarará también la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra ley o disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia, así como la de los actos de aplicación cuestionados."

Según tal norma fundamental, la materia del proceso constitucional y del respectivo fallo es, además de la planteada por el actor o sus intervinientes y coadyuvantes (arts.83 y 84 ibídem), la que contenga todas las normas no impugnadas, a condición de que sean en tal forma conexas o consecuentes respecto de las impugnadas que su anulación sea necesaria una vez decretada la de estas últimas. Es decir: la materia del proceso de inconstitucionalidad abarca todas las leyes y disposiciones necesarias para resolver el asunto principal, tanto si son impugnadas como si no lo son. La conformidad del Ordenamiento con la Constitución, se guarda y garantiza no por sí misma, sino en la estricta medida en la que la norma impugnada resulte necesaria para dictar el fallo en el juicio principal o esté íntimamente ligada a la que es necesaria, por conexidad de materia o por estar fundada en ella. El juez de constitucionalidad no puede conocer de leyes o disposiciones extrañas a la materia del proceso principal, en cuanto no son necesarias para su resolución ni tampoco conexas con éstas, ni dependientes de éstas. Sólo pueden entrar en el proceso de inconstitucionalidad aquellas normas o disposiciones cuya suerte afecte el procedimiento o el fallo de fondo del proceso principal, por lo que quedan excluidas aquellas cuya anulación sea indiferente para dicho proceso, por permitir iguales resultados que su aplicación. Es esta la forma de armonizar la doble función —objetiva, de tutela de la supremacía constitucional, y subjetiva, de tutela de los derechos e intereses constitucionales de los individuos— que atribuye el artículo 1 ibídem a la jurisdicción de constitucionalidad. Dispone al respecto el artículo 1 ibídem:

> "La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica."

d) La inexistencia de un régimen propio de la legitimación en la jurisdicción constitucional incidental.

Puede concluirse, por ello, que la jurisdicción incidental o instrumental de constitucionalidad en Costa Rica es una tutela de la supremacía constitucional dentro de la administración de justicia, más que dentro del ordenamiento objetivo, y es, por ello, el instrumento para garantizar la constitucionalidad de los fallos en los que están envueltos derechos e intereses constitucionales.

Desde este ángulo es claro que la legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad incidental carece de autonomía y queda absorbida por la que es exigible para interponer al proceso principal. Tendrán legitimación en el proceso cons-

---

14. ZAGREBELSKY. *Op. cit.*, pág. 195 y 122 a 124.

15. PIZZETTI-ZAGREBELSKY. *Op. cit.*, págs. 78 y 79, donde los autores hacen ver las tres concepciones posibles (en Italia) del proceso de constitucionalidad: i) la que lo concibe para garantizar los derechos e intereses constitucionales que surgen el juicio del previo; ii) la que lo concibe como instrumento para garantizar la constitucionalidad de las sentencias jurisdiccionales o judiciales; iii) la que la concibe como instrumento para garantizar la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

titucional incidental, todas las partes que estén legitimadas en el proceso principal.[16] La legitimación de éstas determinará su participación en el proceso de constitucionalidad, que desaparecerá desde que resulten carentes de legitimación en el proceso principal. Es posible, sin embargo, que haya en el proceso constitucional incidental partes y protagonistas distintos de los que figuran en el proceso principal y, concretamente, todos los intervinientes y coadyuvantes previstos por los artículos 83 y 84 ibídem. Con esta salvedad queda firme la regla así enunciada, porque tales hipótesis de intervención y coadyuvancia se refieren todas a juicios conexos por la materia con ambos procesos, el principal y el constitucional, en cuanto todo se discute la aplicación o la aplicabilidad de la misma norma, como necesaria para resolverlos o como ligada a la que es necesaria, por conexidad o dependencia. La mejor verificación de lo dicho está en otra regla evidente, aunque no expresamente enunciada por la ley: todos los juicios y procedimientos administrativos que legitimen la intervención o la coadyuvancia en el proceso constitucional, deberán suspenderse al quedar listos para fallo, exactamente como el juicio principal, y ello por la evidente razón de que en todos tiene necesaria aplicación la misma norma aplicable en éste e impugnada en el proceso constitucional. Los que están legitimados en éste son, en síntesis, las partes legitimadas en el proceso principal o los terceros respecto de éste que pueden ser parte en otros procesos iguales, en cuanto todos están sujetos a la misma norma aplicable en el proceso principal, por la naturaleza de la cuestión de fondo o del problema de trámite planteado, que exige igualmente su aplicación. De este modo, puede concluirse en que normalmente no hay reglas especiales de legitimación en el proceso constitucional incidental, y en que serán partes en el mismo —como efectivamente lo son en Costa Rica— las partes legitimadas en el proceso principal, salvo norma expresa que establezca formas de legitimación y partes distintas. Lo dicho puede entenderse más bien así: en el proceso constitucional incidental, tal y como está regulado en Costa Rica, la legitimación es compleja y presenta dos vertientes: hay una legitimación principal y antecedente, que es la del proceso generador de la cuestión de constitucionalidad o proceso principal, y consiste en que su materia y su fallo envuelvan necesariamente derechos e intereses constitucionales de las partes, cuya satisfacción sólo puede lograrse mediante la anulación por inconstitucionalidad de la norma necesaria, o que luzca como tal en un momento determinado del proceso, para fallarlo o para hacer posible el fallo. Pero como por legitimación se entiende normalmente una situación jurídico-subjetiva de índole procesal, obviamente atribuida a un sujeto parte, podría llamarse esta característica del proceso principal más bien como una nota del mismo o una situación objetiva propia del mismo, de la que desciende, como consecuencia jurídica, la legitimación en el proceso de constitucionalidad.[17] Esta nota la llamaríamos, como lo hace la doctrina italiana, la "relevancia constitucional" del juicio principal.[18] Y hay una legitimación secundaria o consecuente, que es la de las partes en el proceso constitucional, que estarán legitimadas para interponer el de constitucionalidad sólo si también son partes en el proceso generador de la cuestión de constitucionalidad, previamente legitimado como tal para ello por razón de su materia constitucional. Es decir: en el proceso constitucional incidental se dan dos tipos de legitimación: una original y objetiva, que es del juicio principal y no de ningún sujeto, que hemos llamado "relevancia constitucional" de ese juicio; y otra común y subjetiva, que es la de las partes del proceso principal, regida por las reglas de legitimación propias de éste.

El problema de los intereses difusos —como causa de legitimación para el proceso de constitucionalidad incidental— quedaría reducido al mismo problema en relación con los diferentes tipos de juicios principales posibles (civiles, penales, laborales, etc.). En tal sentido, la suerte de la legitimación en el proceso de constitucionalidad incidental estará ligada a la de la legitimación en el proceso principal y entrarían a aquél los que puedan entrar a éste, según las reglas normales propias de éste, y a la inversa. Es evidente, desde este ángulo, que la materia más afín es, entonces, la de la justicia pública, contra o de entes públicos, y, en Costa Rica, la tocante a las jurisdicciones de amparo, hábeas corpus o, principalmente, la contencioso-administrativa, donde hay acumuladas una experiencia y una jurisprudencia extranjeras ya sesquicentenarias.

16. ABBAMONTE, Giuseppe, *Il Processo Costituzionale Italiano*, Vol. 18, Jovene, Nàpoli, pág. 125.

17. ZAGREBELSKY. *Op. cit.*, págs. 192, 194 y 197.

18. ZAGREBELSKY. *Op. cit.*, pág. 192.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

e) El artículo 75 párrafo segundo LJC y la acción directa de constitucionalidad.

En Costa Rica, hay norma que introduce una importante modalidad a la legitimación en el proceso de constitucionalidad, tal y como viene descrita, consistente en que, según el artículo 75 ibídem, tienen legitimación directa y principal para entablar la acción de inconstitucionalidad, sin necesidad de un juicio previo constitucionalmente relevante, los que ostentan intereses no individuales, dentro de los que caben los que no supongan lesión individual, los que invoquen intereses difusos y los que invoquen intereses de la colectividad en su conjunto.

a) El artículo 75 LJC y la legitimación por aplicación directa de la norma. Dispone el artículo 75 párrafo segundo ibídem:

"No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa..."

La regla puede interpretarse literalmente y entenderse como si prescribiera la acción popular de constitucionalidad, en cuanto permitiría su interposición y admisión no sólo cuando no hay lesión individual y directa, o lesión personal, sino que la impondría siempre que no la haya, como ocurre cuando la acción corresponde a todos los costarricenses. Pero esta es la hipótesis prevista claramente por la misma norma, cuando el artículo 75 ibídem párrafo segundo legitima la acción directa de constitucionalidad cuando los intereses atañen "a la colectividad en su conjunto", como mejor se verá. Esta interpretación es plausible, pero conduciría a concluir en que hay una redundancia en el párrafo segundo del artículo 75 ibídem y que, en lugar de contemplar tres, contempla, en realidad, sólo dos hipótesis distintas: la legitimación por intereses difusos y la legitimación por intereses de toda la colectividad, que sería lo mismo que aquélla tocante a quienes no hayan sufrido lesión individual ni directa. Otra interpretación es posible, para una hipótesis en la que la lesión no es sólo individual, por ser también colectiva, ni sólo directa, por ser refleja o producto de la lesión colectiva. Esta versión consistiría en leer la norma en comentario como si aludiese específicamente a aquellos casos en los cuales hay una lesión colectiva, a todo un grupo o clase, por obra de una norma de aplicación directa, sin acto interpuesto que la refiera al caso concreto. Ocurre ello cuando la norma contempla un supuesto que se realiza o debe tenerse por realizado simultáneamente con la entrada en vigencia de la ley o disposición general, y que, por ello mismo, crea o configura una categoría o grupo. Se trataría de leyes autoaplicables, como las que prescriben alturas o distancias urbanísticas, fijan precios máximos, establecen normas de calidad, crean imperativamente clausulados generales de contratos (incluso vigentes), etc. En tales hipótesis puede haber lesión individual del actor, pero en cuanto éste es parte de un grupo o categoría, cada uno de cuyos miembros sufre el mismo tipo de daño. Se trataría de un interés "colectivo", que, como es lo normal, resultaría también individual, de rechazo y por ser su titular parte de un grupo o categoría. La lesión no sería directa, sino refleja, como resultado de la inferida al grupo. Su diferencia con la hipótesis del interés difuso estaría en que parte del párrafo segundo del artículo 75 ibídem se tendría por específicamente enfocada hacia los casos en los que el daño es colectivo y, por ello, indirecto (respecto del individuo), por ser daño a un grupo y a cada uno de sus miembros por igual, y proveniente de una norma aplicable sin acto interpuesto alguno.

f) El artículo 75 LJC y la acción popular de inconstitucionalidad.

El artículo 75 párrafo segundo ibídem contempla otra hipótesis de legitimación directa, sin juicio previo, cuando se refiere a la que basa en intereses que "atañen a la colectividad en su conjunto". A decir verdad, no encontramos diferencia entre la acción popular y una que legitime por la invocación de intereses propios de la nación como población total del Estado o del país, a lo que puede equipararse la colectividad en su conjunto. Sin embargo, no encontramos inconveniente que ello sea posible, pues puede haber lesiones a toda la nación, como puede ocurrir en asuntos relacionados con la seguridad nacional o las relaciones exteriores. El artículo 75 confiere una acción popular en tales casos, para impugnar la inconstitucionalidad de la norma o acto causante de tan vasta lesión. Pero es claro que, en tales hipótesis, la lesión deja de ser personal, por excesivamente remota o distante de la calidad de habitantes del país, dado que ni siquiera se requería ser costarricense para ejercer la acción correspondiente. Y parece acertado eximir de la legitimación derivada del juicio previo, puesto que es muy posible que frente a daños o peligros tan generales nadie tenga intereses individuales, de modo que la lesión no será personal, atinente a bienes o relaciones legales del actor, que permitan un juicio a nombre propio, sino por daño ajeno o a bienes de la misma nación. Se trataría más bien de casos en los que la acción individual o de grupo supliría la del Estado o ente público, quienes serían los titulares —por propiedad o misión pública— del bien o de su protección y gestión (acción popular supletoria o sustitutiva). Y hasta podría pensarse en acciones populares

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

llamadas correctivas, que son más bien contra el ente público competente por razón del bien o del interés propio que se trata de beneficiar, cuando dicho ente los lesione, por acción u omisión (normalmente por ésta). Lo cual nos lleva a comentar la materia específica de esta ponencia, que es la legitimación por intereses "difusos" en los procesos de constitucionalidad.

g) La legitimación por intereses difusos en el proceso de constitucionalidad.

Se ha visto ya que el artículo 75 párrafo segundo ibídem establece la legitimación directa de los intereses difusos para la acción de inconstitucionalidad, permitiéndoles acceder al respectivo proceso sin necesidad de un juicio previo de base y sin otra pretensión principal que la relativa a la anulación de la norma o del acto inconstitucional. Se trata, entonces, igualmente que en el resto de las hipótesis de excepción previstas por el artículo 75, párrafo segundo ibídem, de acción de inconstitucionalidad que es principal por la pretensión y directa por la legitimación. Creemos que ha habido aquí un error en el enfoque de la materia. La acción por intereses difusos esconde —bajo su nombre y su apariencia de impersonalidad— una lesión personal de todos y cada uno de los miembros del grupo titular del respectivo interés, perfectamente conducible al proceso de constitucionalidad a través de la técnica de la legitimación individual y derivada de otro juicio preexistente con "relevancia constitucional". Esto se comprende bien una vez lograda la definición de tales intereses, que pasamos a dar.

1) La convergencia de los intereses públicos y privados en un *tertium genus:* los intereses colectivos.

En el planteo clásico del Estado liberal decimonónico y de principios de siglo, los intereses cuya satisfacción intenta lograr el orden jurídico se clasificaron en dos muy conocidos rubros, los públicos, atribuidos al Estado y demás entes públicos, y los privados, propios de los individuos y de los suyos. Esta visión correspondía a una concepción del orden político, también muy conocida, según la cual el Estado mantenía las condiciones necesarias para que la libertad individual y la de los entes creados por su empleo —como las sociedades y asociaciones privadas— pudiera manifestarse, sobre todo en el campo económico, reputado como propio del individuo y extraño al Estado. Este era la autoridad encargada de ejercer el imperio y la fuerza públicos, por encima de la colaboración voluntaria y de la libertad del individuo y de sus entes, para hacer posible que cada uno pudiera desplegar al máximo esa misma libertad. La misión del Estado era evitar los abusos del individuo contra otros en el ejercicio de su libertad, principalmente económica. Sus intereses eran llamados públicos, necesariamente únicos en cada materia social, por ser los más altos, los de toda la colectividad, en beneficio de todos, sin distinciones de clase, y no poder ser intereses contradichos ni contradictorios. Por la supremacía de estos intereses públicos y, sobre todo, por los medios para satisfacerlos, el Estado liberal parecía llamado a un enfrentamiento con el individuo, la posibilidad de cuyos abusos justificaba su misma existencia. Se trataba de una teoría, porque en la realidad los del Estado eran los intereses de una clase dominante y uniforme, la de los empresarios en uso de su libertad de competir y de eliminar los intereses opuestos a los suyos. Los intereses del empresario —disfrazados como los intereses de todo individuo y no de una clase— fueron llamados privados y tenían la característica opuesta, de ser, por su propia naturaleza, múltiples, contradictorios y expresión de la libertad individual, de cada uno en uso de ella, en tensión frente a un Estado, cuya misión, aun en bien de esa libertad, era vigilarla y comprimirla.[19]

Paralelamente, el derecho público y la justicia pública, contra, o de entes públicos, se formó, sobre todo, para proteger los intereses y derechos del individuo frente al Estado autoridad.[20] No sólo los derechos constitucionales fueron individuales y contra, o ante la autoridad —como son todavía— sino que los otros derechos, los legales, fueron protegidos mediante un derecho administrativo que sólo contempló inicialmente al Estado como máquina imperativa. Todavía hoy se discute ardientemente si el principio cardinal del Derecho Administrativo, el de

19. GIANNINI, Massimo Severo, *L'Amministrazione Publica dello Stato Contemporàneo,* CEDAN, Padova, en **Trattato di Diritto Admministrativo,** dirigido por Giuseppe Santaniello, págs. 41 y 50; George Burdeau, Traitè de Science Politique, Vol. VI-1, págs. 366 y sigs.

20. ROMANO, Alberto, *Il Giudice Amministrativo di Fronte al Problema della Tutela degli Interessi Diffusi,* págs., 41 a 43, en las actas del seminario sobre el mismo tema publicado bajo el nombre de Rilevanza e Tutela degli Interessi Diffusi, Giuffrè, Milano, 1978.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

legalidad, rige únicamente su actividad imperativa y coactiva o también su actividad servicial, de prestaciones en favor de los particulares.[21] Y dentro de ese derecho público, que podemos bien llamar el derecho de la autoridad, se mantuvieron las mismas dos categorías de intereses jurídicos: los públicos del Estado y de sus pocos entes y los privados del individuo y de los suyos.

Todo este panorama cambia cuando irrumpen, primero en la vida social organizada, en la política después, las clases no empresariales, que advierten el poder de su número y de sus frustraciones. Esas clases se organizan para satisfacer los intereses de sus miembros y darles lo que nunca les darán voluntariamente la clase empresarial y el Estado, dedicado a protegerla. Los grupos son múltiples, como los intereses que persiguen, pero son, sobre todo, los trabajadores los que se organizan en sindicatos y, en busca del poder supremo según la propia doctrina liberal, en partidos políticos, para elegir sus propios gobernantes. A partir de estos dos tipos de organizaciones —partidos y sindicatos, que proliferan ya desde el último cuarto del siglo pasado— se agrietan y dispersan los intereses de clase, en múltiples grupos de presión, que finalmente terminan integrados en todos los partidos. El Estado es obligado a intervenir en la vida económica ya no para evitar abusos sino para lograr objetivos planeados y buscados por la clase obrera y por los otros intereses sociales y, cada vez más, éstos se convierten en estatales, con lo que se trasladan al Estado muchos de los conflictos propios de la sociedad. Se abren servicios públicos llamados a satisfacer —según un plan de gobierno dirigido a cambiar y a conformar la sociedad— ese abanico de intereses y necesidades, muchas veces contradictorios ente sí y en eventual competencia para conseguir recursos públicos; y finalmente el Estado mismo delega funciones de autoridad en grupos y sectores sociales, para que autogestionen sus intereses, como el medio más eficiente y económico para lograrlo. Paradójicamente, lo que el Estado delega en entes privados, sobre todo en organizaciones de grupo, son funciones de imperio o servicios no empresariales, que antes monopolizaba, y que son los que en el sector público darían lugar a entes propiamente administrativos, al mismo tiempo que crea y explota las empresas públicas, que ahora desempeñan servicios industriales y mercantiles, los que antes eran exclusivos de la empresa privada. Se trata claramente de un proceso de inversión de las categorías jurídico-políticas del Estado liberal, en virtud del cual lo social logra su ascenso a lo estatal, potenciado por un régimen de derecho público, que, sin embargo, no lo priva de su carácter privado, al tiempo que lo estatal desciende a lo social y se sujeta a un régimen de derecho privado, que, en ocasiones, representa una verdadera degradación (como cuando se ponen en quiebra servicios públicos gestionados por empresas públicas). El ejemplo mejor de autogestión, por delegación de autoridad en grupos sociales, está en las convenciones colectivas, si hablamos de actos; y en las corporaciones públicas de base privada, si hablamos de entes (sectoriales, como la Liga de la Caña, o profesionales, como los colegios de cada ramo). Es ardua la discusión sobre su naturaleza y régimen, pues unos opinamos que son entes públicos y otros lo contrario.[22] Pero es evidente, sea cual sea la conclusión al respecto, que se trata de tipos de organización con potestades públicas, que tienen, al mismo tiempo, fines confinados a un grupo y privados de éste, y en los que alcanza su máxima intensidad, por la misma razón, la mezcla con intereses públicos.

Todo ello pone de relieve un hecho decisivo: es el protagonismo, desde la última postguerra, de los grupos y de las categorías sociales, en colaboración con el Estado o en conflicto con él, para la gestión de intereses materialmente iguales, por importancia y número de afectados, que los que representa y gestiona el Estado. Es decir: entre los intereses públicos del Estado y de sus entes, y los privados del individuo y de los suyos, aparecen hoy unos que podrían llamarse intereses colectivos, que son titulados y expuestos o representados por grupos sociales, con entidad jurídica o sin ella, y que bien pueden catalogarse como intereses públicos *in fieri*, en tránsito hacia su conversión en intereses del Estado, bien por un fenómeno de autogestión por delegación,[23] bien por uno de absorción en una institución estatal a través de un proceso de descentralización.

---

21. JESCH, Dietrich, *Ley y Administración, Instituto de Estudios Administrativos*, Madrid, 1978, págs. 219 y sigs., donde se da cuenta de la cruda discusión sobre el tema en Alemania; véase también SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, págs. 202 y 203.

22. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Op. cit.*, Vol. 1, págs. 377 a 382, donde los autores opinan que las corporaciones sectoriales y los colegios profesionales son entes privados con delegaciones limitadas de potestades y fines públicos; véase, con tesis opuesta, ORTIZ, Eduardo, *La Municipalidad en CR*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987, págs. 81 y 82, nota (21).

23. Rilevanza e Tutela...*Op. cit.*, CORASANITI, Aldo, *La Tutela degli Interessi Diffusi davanti al Giudice Ordinario*, págs. 76 y 77.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"
BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

La autogestión, por otra parte, es frecuente —aunque no necesariamente— descentralización legal o constitucional en entes privados, más que una forma de delegación (intersubjetiva) en ellos. Todo lo cual nos lleva directamente a intentar una caracterización más precisa de los intereses de grupo o, como puede anticiparse, colectivos.

2) Los intereses colectivos y su división en corporativos y difusos.

De lo dicho se desprende claramente que hemos encontrado tres tipos de intereses: los públicos, atribuidos por el ordenamiento al Estado y demás entes públicos; los privados, propios del individuo en uso de su libertad, dentro del campo de lo no prohibido; y los colectivos, propios de un grupo o categoría, organizados o no, personificados o no. De estos últimos queremos hablar seguidamente.

i) El interés colectivo y su concepto.

Llámase colectivo el interés que corresponde a un grupo, necesariamente distinto de la colectividad nacional y, por ello mismo, menor o parcial, dentro de otro más grande, que puede reputarse como total o general. Es posible que el grupo se distinga por un rasgo común cualquiera, de importancia social, como una ocupación común, una misma ideología, una misma afición (por ejemplo: a la caza, al montañismo, etc). Pero el grupo, para efectos de la acción, se constituye verdaderamente después del acto o norma lesivos, por que éstos hieren simultáneamente y con lesión de la misma naturaleza, aun si en distinto grado a cada uno, a toda una serie de individuos, que se encuentran en la misma situación de hecho frente a la autoridad pública, y, por ello, en la misma posición ante el acto o norma lesivos. Esa situación de hecho —que también puede ser un antecedente de índole jurídica— puede estar contemplada por la norma que regula la potestad pública cuyo ejercicio es la causa del agravio, en cuyo caso se trata normalmente de un verdadero interés legítimo, según su definición ya dada. Pero ello no es necesario, pues la norma o el acto impugnados pueden herir también verdaderos derechos subjetivos. En ambos casos, sin embargo, el grupo alcanza su verdadera configuración por el tipo de agravio causado, que puede herir las situaciones jurídicas preexistentes en aspectos que no tenían connotación jurídica separada antes del agravio,[24] pero que la adquieren por éste, eventualmente dirigido a afectar esos aspectos y no otros de la situación a todos común. Decisivo es hacer notar que el interés colectivo es, según lo dicho, la suma de los intereses individuales lesionados por el mismo acto o la misma norma, pues cada miembro del grupo participa individualmente en la posición favorable, de derecho subjetivo o de interés legítimo, frente a la potestad pública, y cada uno, correlativamente, sufre como individuo el daño simultáneamente causado a los demás, que es de igual naturaleza para todos. Esencia del interés colectivo es, entonces, tener doble faz: es, por una cara, el daño inferido simultáneamente a todos los miembros de un grupo, en una situación de disfrute común y concurrente; y es, por otro lado, el daño individual inferido a cada uno como partícipe en tal situación colectiva y favorable de disfrute. De lo que puede desprenderse ya una conclusión capital, a saber: el interés colectivo es un interés también individual, por la participación personal de cada miembro del respectivo grupo en la utilidad a que se refiere, lo que permite clasificarlo como interés legítimo, aunque especial por su doble naturaleza. En cuanto interés legítimo, es causa de legitimación en toda acción accesible para el interés legítimo común, del cual es meramente una especie.

Ahora bien: ¿Cuándo es posible y cómo que un individuo pueda gozar de un bien o de una utilidad conjunta y concurrentemente con otros varios que se encuentran en la misma posición —de hecho o de derecho— ante las potestades públicas, sin que padezcan ni la existencia ni el ejercicio del goce correspondiente? Esto alude naturalmente al uso y disfrute sin título de exclusividad, lo que conlleva un objeto del disfrute de uso colectivo y sin título, pues no lo hay en favor de grupos, fuera de una hipótesis contractual.[25] La conclusión es que el interés difuso se refiere, en primer término, a bienes de disfrute colectivo o a bienes privados que condicionan el disfrute de éstos, con el fin de extraer de ellos una utilidad individual, que exige la conservación o la transformación

24. El fenómeno de incisiones públicas sobre situaciones jurídicas en aspectos de éstas sin connotación previa al acto administrativo, ha sido puesto de relieve por GIANNINI, Massimo Severo, en *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, vol. II, págs. 1095 y 1097, exclusivamente en relación con las autorizaciones, pero el fenómeno se puede dar en todos los tipos de procedimientos y actos.

25. CODINI, Ennio, *Beni a Fruizione Diffusa e Giudice Amministrativo*, en la obra colectiva **Strumenti per la Tutela degli Interessi Diffusi della Collettività**, Maggioli, Rimini, págs. 143 y 144.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del bien en la medida necesaria para que rinda tal utilidad a todo el grupo. Pero la comunidad del interés capaz de hacerlo revestir la naturaleza de colectivo, en cuanto a bienes se refiere, puede prevenir más bien del carácter fungible de éstos, en el sentido técnico de ser bienes sustituibles por otros que se pesan o miden, o que se fabrican y venden en serie, sin identificación individual, porque entonces la situación de un comprador o consumidor es igual a la de todos los otros y lo que ocurra a uno, por defecto del bien, puede ocurrir a los demás.[26] En tal caso se crea un interés colectivo, ahora más bien entendido como la necesidad del consumidor de un artículo de mercado de naturaleza fungible, de que se corrijan sus defectos o se supriman sus peligros, iguales para todos sus consumidores. Sin embargo, es muy claro que la comunidad de intereses puede darse no sólo en relación con bienes consistentes en cosas muebles o inmuebles, sino en relación con actividades: hay intereses de los usuarios de un servicio público en que éste funcione bien; en los consumidores de cualquier bien o servicio respecto de los precios, oficiales o no, de los mismos; de los televidentes o de los lectores de la prensa en cuanto al contenido de esos medios de información colectiva y en cuanto al acceso a ellos; de competidores en un mercado en cuanto a los movimientos de la oferta y de la demanda, o en cuanto a la participación de las empresas públicas dentro del mismo, etc.[27]

En estas hipótesis algo sale a relucir claramente: que los intereses colectivos se refieren a actividades que son frecuentemente ejercicio de derechos humanos o, al menos, de derechos constitucionales. Y ello ocurre también cuando se refieren a bienes: estos son generalmente fundamentales en la vida de la colectividad y de ellos depende la satisfacción de necesidades compartidas de la máxima importancia.[28] Pensamos no solo en los bienes públicos que condicionan la salud —como la calidad del aire, la abundancia y pureza de las aguas, la normalidad de las lluvias por la integridad de los bosques, etc.— sino también en la televisión o la prensa como medio de expresión del pensamiento, en el ordenado desarrollo urbano como fuente de plenitud en el goce del hogar y de la privacidad, en la competencia igualitaria como ejercicio de la libertad de empresa, en el pluralismo partidista como garantía del libre voto, en la defensa de la lengua materna y del patrimonio histórico y arqueológico como expresión de la cultura y de la identidad nacional, en la fluidez y regularidad de servicios públicos como los hospitalarios, el transporte, los energéticos, las cañerías, etc., como garantía no sólo de la salud sino también del desarrollo económico y de la plenitud de la vida, sin la cual vale de poco la libertad. Ésta y los bienes de interés colectivo son los únicos bienes de los pobres.

Todo lo cual conduce a la siguiente definición: es interés colectivo el del individuo que participa en un grupo parcial o menor —respecto de otro o de la nación como un todo— que se distingue por el disfrute, en condiciones de igualdad para todos sus miembros, de un bien o de un servicio necesario para el ejercicio de los derechos humanos o para la preservación y desarrollo de valores constitucionales.

Puede agregarse que nunca supone exclusividad, sino concurrencia, en su satisfacción por el disfrute del bien común sobre el que recae la actividad del grupo, por lo que tampoco encuentra título en una acto, contrato o derecho subjetivo. Es muy sostenible el punto de vista de que, como situación jurídico-subjetiva de tipo sustancial —y ya no meramente procesal— su carácter no exclusivo prive al interés colectivo de valor patrimonial y que, en consecuencia, no sea indemnizable.[29] Pero ello es irre-

---

26. CORASANITI, Aldo, *La tutela degli interessi diffusi davanti al Giudice Ordinario*, en la obra colectiva **Rilevanza e Tutela degli Interessi Diffusi,** Giuffrè, Milano, 1978, págs. 86 y sigs.

27. En cuanto los intereses colectivos se han referido usualmente a la conservación del ambiente, el mismo autor citado en la nota anterior, en el mismo artículo, define así el ambiente en un sentido amplio: "a) un modo de ser de la realidad en cuanto presenta un equilibrio de sus elementos naturales —equilibrio ecológico— que se retiene propicio o indispensable para la salud del hombre; b) un modo de ser de la realidad en cuanto presenta un cierto aspecto o una cierta conformación que se reputa útil para fines de disfrute estético, de investigación científica, o de relevancia histórica; c) un modo de ser de la realidad en cuanto constituye la dimensión especial en la que resulta inevitable colocar, dándole a tal fin un cierto orden, la sede de las actividades del hombre y las obras destinadas a una utilidad del hombre. Resulta evidente la referencia a bienes ambientales, culturales y urbanísticos." (*Op. cit.*, pág., 80).

28. DENTI, Vittorio, *Profili Civilistici della Tutela degli Interessi Diffusi,* en la obra colectiva ya citada **Strumenti per la Tutela...**, págs. 45 y 46.

29. Predomina la tesis de que los intereses legítimos no son indemnizables, pero su resarcibilidad empieza a aceptarse en relación con los intereses que tienen raíz en derechos subjetivos preexistentes, como los que un autor ha llamado "derechos en espera de expansión" (diritti in atessa di spanzione) y, en general, los que en Italia se denominan "derechos debilitados", en cuanto legalmente sacrificables

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

levante para efectos procesales, pues, como se dijo, el interés colectivo es simultáneamente individual y partícipe en la naturaleza del interés legítimo común, como situación jurídico-subjetiva. En todo caso, aunque del interés legítimo sustancial se ha acostumbrado negar la indemnizabilidad, es cada vez más aceptada la tesis contraria, sobre todo cuando se trata de intereses íntimamente conectados a derechos subjetivos, como ya se vio que son los colectivos. Pero el problema de la indemnizabilidad de los intereses legítimos se refiere a los sustanciales —como ya se advirtió— y nada tiene que ver con el interés legítimo procesal, necesario únicamente para obtener legitimación también procesal y admisión al juicio. Lo dicho hace necesario recalcar la diferencia entre el interés colectivo como causa de legitimación procesal y la situación jurídico sustancial que ha de existir y declararse como interés legítimo —colectivo o de otro tipo— al momento del fallo final, para que éste sea favorable a la demanda. Pues si bien el interés colectivo —como cualquier otro interés meramente procesal para efectos de legitimación— no puede dar lugar a indemnizaciones como tal, ello no significa que no pueda servir de sustento a la pretensión de anulación e, incluso, de indemnización, contando con que se dé por existente su correlato sustancial en el momento del fallo, según la moderna orientación de doctrina y jurisprudencia del derecho comparado actual, ya apuntada. Sin embargo, aunque así no fuera, aunque fuese dominante la tesis de la no indemnizabilidad de los intereses legítimos sustanciales, y aunque ello se tuviese por mayormente claro con los colectivos, la autonomía de la legitimación procesal respecto de los requisitos de fondo de acogimiento de la demanda exigiría tener aquélla por existente si, al momento de presentarse la demanda, se diera aquella apariencia de posibilidad de una lesión sustancial por acto ilegítimo del poder público, que ya se dijo es la esencia de la legitimación procesal.

Puede la tesis negativa de los intereses colectivos como fuente de legitimación partir del supuesto de que, dada su misma estructura, ese tipo de intereses nunca viene garantizado por el derecho, que los reputa o trata como intereses de hecho, lo que les impide ser legítimos. La jurisdicción que los protegiera sería contradictoria, si la legitimación se fundara sólo en éstos, siendo así que —por definición— son intereses de hecho, protegidos sólo por normas o reglas de conveniencia, sin valor jurídico. Habría que concluir en que la contradicción estaría en la objeción, pues la legitimación es una regla de derecho que ampara toda petición de justicia que presenta, por los hechos y pruebas de demanda y contestación, los visos razonables de que es posible —aunque no sea cierta— la ilegal lesión de un interés del actor, que éste invoca. Es obvio que para que triunfe la demanda habrá de hallarse y comprobarse tal ilegalidad en perjuicio del interés invocado, ya para entonces también verificado y declarado, pero para llegar a tal conclusión es necesario primero creerle al actor cuando demanda, diciendo algo creíble y pretendiendo algo aparentemente justo. La jurisdicción que permite la legitimación por intereses colectivos, no es de oportunidad sino de legalidad o de constitucionalidad, y sólo pretende hacer justicia cuando se demuestre que el acto o norma impugnados violan la Constitución o la ley. Tal violación debe ser afirmada en la demanda y salir victoriosa la afirmación, como posible, de la contestación y de sus documentos, para que haya legitimación. Y es sobre la base de esa posibilidad que se puede abrir y tramitar el proceso, aunque se pierda la demanda después porque se encuentre que, en definitiva, o no existía el interés, o no hubo lesión, o no hubo ilegalidad. Sólo si las hubo o los hay, puede triunfar el actor.

De conformidad con todo lo anterior, puede decirse que las notas características de los intereses colectivos son las siguientes:

---

por el uso de potestades administrativas opuestas; para una referencia al apasionante tema véanse por todos los Atti del Convegno Nazionale sull'Ammissibilità del Risarcimento del Danno Patrimoniale Derivante da Lesione di Interessi Legittimi, Giuffrè, Milano, 1965, sobre todo la relación de Giovanni Miele y la ponencia de Aldo Sandulli, Note Problematiche in tema de Risarcibilita dei Danni Recati dalla Pubblica Amministrazione ad Interessi Protetti e Titolo di Interessi Legittimi, págs. 281 y sigs. Sin embargo, tratándose de intereses difusos y colectivos en general, cabe resaltar nuevamente no solo el carácter individual del disfrute, que no obsta a su carácter colectivo, sino su íntima conexión con derechos humanos y bienes y valores constitucionales, como condición de existencia o medio de ejercicio, lo que hace muy posiblemente indemnizable su lesión, dadas las repercusiones individuales que ésta tiene. Pero es obvio que, por ejemplo, cuando se trate de intereses corporativos, más que difusos, y el reclamo lo deduzca el sujeto titular del interés personificado por el daño ocasionado a sus asociados, el mismo deberá ser para la anulación del acto lesivo o la cesación de la actividad igualmente dañosa, no para el reclamo de los daños y perjuicios, para el cual sólo los ofendidos estarán legitimados.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a-1) tienen por objeto un bien o un servicio de disfrute colectivo, o privado, condición para el disfrute de otro bien público de uso colectivo;

a-2) el disfrute del bien o servicio en igualdad de condiciones, determina la posición homogénea de todos los miembros del grupo y la existencia de este mismo, que se distingue por ese disfrute;

a-3) el grupo siempre es parcial o menor, y nunca puede ser la colectividad nacional en su conjunto;

a-4) cada miembro del grupo disfruta individualmente del bien o servicio colectivo, por lo que tiene un interés personal en ese disfrute, no obstante el carácter colectivo del mismo;

a-5) el bien o el servicio objeto del interés colectivo son normalmente necesarios para el ejercicio de derechos humanos o constitucionales, o para la preservación de valores y bienes consagrados y protegidos por la Constitución.

ii) Los intereses corporativos.

Sencillo resulta ahora definir los intereses corporativos, mera especie de los colectivos. El interés corporativo es el interés colectivo de un grupo no sólo organizado sino personificado, con personalidad jurídica propia. Su relación con el interés colectivo ha de resultar normalmente de su estatuto o ley constitutivos, que conviertan la tutela de tal interés en el objeto social o colectivo. Pero es obvio que resulta mucho más eficaz y conducente fincar la vinculación y la legitimación del ente respecto del interés colectivo en condiciones objetivas de existencia y funcionamiento de aquél, como la efectiva militancia del ente, los juicios establecidos en tutela de sus socios y del interés colectivo en cuestión, sus posibilidades financieras de mantener la lucha, las actividades de extensión o docencia que desarrolle para aquel interés, etc. [30] Es evidente que el ente vinculado al interés colectivo está legitimado, por ello mismo, para entablar acciones no sólo en hipótesis de lesiones personales, a su patrimonio o su nombre, etc. sino también en hipótesis de lesiones colectivas, que recaigan en sus miembros, en sectores (sobre todo débiles) de la sociedad con motivo de su vinculación con ese interés colectivo o, en fin, en cualesquiera medios de satisfacción del mismo como entidad objetiva, correspondiente al objeto del interés, bien o servicio.

Pero, además, algo debe quedar bien claro: en cuanto el interés corporativo es colectivo, es también individual y formado por la suma de los intereses personales de los miembros del grupo, en este caso de los socios o asociados del ente, en el disfrute colectivo del bien o servicio, que lo caracteriza. En consecuencia: no sólo el ente sino sus socios o asociados pueden ejercer las acciones en defensa del interés colectivo a cargo del ente, no a nombre de éste, sino en el propio y en el propio interés, pues lo tienen, por la parte que les toca del disfrute del bien en cuestión, que no deja de existir por ser colectivo. Y más bien puede decirse que bastará para acreditar su legitimación, por participar realmente en el interés colectivo, el hecho puro y simple de ser tales socios o asociados de un ente colectivo dedicado a la tutela del mismo interés, si son activos.

iii) Los intereses difusos.

Son los intereses colectivos de grupos o categorías sin personificación jurídica, aun si tienen organización de hecho. Son éstas las que normalmente tienen los sectores más incipientes y pobres de la sociedad global o nacional.

La nota más digna de apuntar en ellos es el hecho de que se refieren a grupos formados por miembros en posición igual para el disfrute individual del bien o servicio de disfrute colectivo, lo que permite entender que su portador jurídico no es solo el grupo, o no lo es del todo cuando éste carece de personalidad, sino cada uno de los individuos que lo componen, cada uno de los cuales es portador de ese interés y puede representarlo y defenderlo, a nombre y por cuenta propia, dada la falta de personalidad del grupo, como si fuera exclusivo. Es por ello que es un error concederles legitimación directa, sin juicio previo, como si éste no fuese posible, porque sí lo es. Cada miembro del grupo puede hacer el juicio respectivo y reclamar algo propio, que es la parte del uso colectivo que individualmente disfruta, como si fuese su interés personal. Se trata, como se anticipó de un interés simultáneamente colectivo e individual, que, mientras sea difuso, sólo podrá ser reclamado individualmente. La admisión del interés difuso como causa de legitimación provoca, sin embargo, las siguientes cuestiones:

i-1) ¿Cómo determinar el verdadero exponente —ya que no representante legal— del interés en

30. ZANUTTIGH, Loriana, *Intervención* en el seminario al que se refiere la obra colectiva ya citada ***Strumenti per la tutela...***, pág. 178.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuestión, cuando hay varios, eventualmente en conflicto entre ellos?;

i-2) Si hay un ente, público o privado, que tenga atribuida en su acto constitutivo la protección y gestión del interés difuso, ¿será admisible como paralela la acción de otro que se proclame miembro del respectivo grupo o que, sin hacerlo, accione para protegerlo, incluso si la demanda es contradictoria con la que ha entablado aquel ente o con la manifiesta posición de éste respecto del conflicto suscitado? Uno de los peligros de la legitimación por interés difuso —se dice—[31] es poner los tribunales al servicio de una minoría, eventualmente en conflicto con el sector más voluminoso, auténtico y activo en la defensa y promoción del interés en cuestión. En EE.UU., tratándose de las llamadas acciones de "clase", que son una especie de acciones por interés difuso, interponibles por el miembro de una categoría de sujetos —como los pequeños accionistas de grandes sociedades mercantiles o los consumidores— y que desembocan en una sentencia que hace cosa juzgada aún en contra de los ausentes del juicio, siempre que pertenezcan a la categoría o grupo (ninguno de los cuales podrá entablar nuevamente una acción sobre lo mismo), la Corte Suprema de aquella nación ha exigido para admitir acciones resarcitorias que el actor debe dar aviso de la acción, a su costa, a todos los miembros de la categoría cuyo nombre y dirección conozca y, naturalmente, pagar los gastos del juicio, todo lo cual puede ser allá inmensamente cuantioso.[32] La ley ha terminado por consagrar la jurisprudencia así establecida. Cabe considerar la posibilidad de hacer lo mismo en Costa Rica: ¿será ello justo y conveniente, o lo contrario?

Creemos que es injusto e inconveniente. La ley y la jurisprudencia norteamericana solo se explican por los peligros que suelen achacarse a las acciones legitimadas por interés difuso, consistente —como se anticipó— en la posibilidad de extorsiones y venganzas y en la sobrecarga de trabajo que pueden generar en los tribunales. Se trata más bien de temores. Los costos y el tiempo que hoy consume un juicio, son el mejor disuasivo contra su empleo para fines extraños a su natural función, de resolver auténticos conflictos de intereses.[33] Pero, sobre todo, si se constata la existencia del grupo y de su participación en el interés colectivo de que se trata, no por elementos meramente formales de juicio, como el reconocimiento oficial de la existencia del grupo sin personalidad o su participación en un procedimiento administrativo a través del o de los actores, sino por los casos y causas que éstos han llevado, resulta no sólo posible sino imperativo admitirlos a juicio como bien legitimados, por el artículo 49 de la Constitución, que ordena proteger los intereses legítimos, como los colectivos, que no son otra cosa que una especie calificada de los mismos. En tal sentido el artículo 75 párrafo segundo de la LJC no hace otra cosa que obedecer el mandato constitucional, dando a los intereses legítimos colectivos la tutela jurisdiccional que constitucionalmente les es debida.

Pero hay más: la posibilidad de conflictos entre los miembros del mismo grupo y aún la de servir con la jurisdicción los de la minoría de éste, son enteramente compatibles con la función de la justicia constitucional, que no es únicamente la defensa de tales intereses. Esa función es, en primer lugar, la de resolver conflictos jurídicos, sin que haya base constitucional para abandonar a su suerte los que sean internos de una clase o grupo. Debe tomarse en cuenta la evolución histórica de los intereses públicos y privados, que quedó brevemente esbozado, para advertir que los intereses difusos, como ya se dijo, son intereses semipúblicos, a punto de incorporarse a entes administrativos eventualmente manejados por los mismos grupos sociales corporativizados o, en todo caso, dignos de tomarse en cuenta como la expresión directa de las categorías sociales más pobres e ignorantes, humana o financieramente incapaces para organizarse o alcanzar la personificación. La lucha de una minoría contra una mayoría dentro del mismo grupo e, incluso, la de los miembros del grupo contra el Estado o demás entes públicos legalmente encargados de los intereses

---

31. BIAGINI, Celestino, *L'Azione Popolare e la Tutela degli Interessi Diffusi*, en la obra colectiva **Rilevanza e Tutela...**, pág. 179; véase también, CAIANELLO, Vincenzo, *Diritto Processuale Amministrativo*, UTET, Torino, págs. 166 y 316.

32. QUADRI, Giovanni, *Protezione degli interessi della Collettività nelle Esperiene Straniere: Problemi di Giustizia Amministrativa*, págs. 100, 101 y 119, en la obra colectiva *Rilevanza e Tutela degli Interessi Diffusi.*

33. Basta decir que hoy en Costa Rica un juicio ordinario dura de 8 a 10 años y puede tener —sobre todo por honorarios de abogado y de perito— un costo sumamente alto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

difusos, sólo indica la condición incipiente y débil del interés difuso, que, caso contrario, se habría convertido en corporativo. No hay ninguna razón para proteger las mayorías contra las minorías dentro de una clase, categoría o grupo, ni cuando está organizado y personificado, ni cuando no lo está, sino más bien a la inversa. Defender y tutelar las minorías no organizadas ni personificadas, titulares de un interés difuso, es permitirles devenir en intereses públicos mayoritarios o dominantes, lo que es deseable en un sistema democrático y pluralista, por las mismas razones que apoyan el respeto a los partidos minoritarios. Y es muy claro que, tratándose de sociedades mercantiles, el Código de Comercio ofrece recursos y acciones contra los acuerdos ilegales de las asambleas generales, lo que es hacerle justicia a las exigencias del interés difuso de las minorías sociales. Si el socio minoritario tiene tal protección, ¿porqué no darle igualmente a cualquier titular de un interés difuso contra la mayoría de los portadores de éste o contra el ente, público o privado, legalmente llamado a tutelar el mismo interés, pero capaz de inferirle daños, por inercia o imprudencia?

En síntesis: los intereses difusos son los de categorías, clases o grupos, generalmente débiles en lo economico, por falta de recursos o por los desproporcionadamente mayores de sus adversarios, que, principalmente por no haber alcanzado personificación, se manifiestan y accionan a través de sus miembros, titulares de una participación individual e igual en el disfrute colectivo de un bien, de un servicio o de una utilidad apta para ese disfrute, por parte del grupo. En cuanto su objeto y contenido están íntimamente relacionados con los derechos humanos y constitucionales y con los valores y bienes constitucionalmente protegidos, como el patrimonio artístico e histórico, la integridad de la familia, el dominio público fundamental, el ambiente seguro y saludable de las ciudades, los medios de comunicación colectiva, etc., se trata no sólo de intereses legítimos sino, en muchos casos, de verdaderos derechos subjetivos (como el derecho a la salud) y, todavía más, de intereses y derechos de rango constitucional, la protección natural de los cuales es precisamente la jurisdicción constitucional en sus dos ramos, del amparo y de la acción de inconstitucionalidad. Sin embargo, dada su fragmentación en los individuos que componen el grupo o categoría de referencia, la legitimación para accionar con base en ellos ha de ser individual y no colectiva, e incidental y no principal, previo juicio que tenga por objeto recuperar la utilidad difusa disfrutada, como lo es con los demás intereses legítimos ordinarios o no difusos. Al disponer lo contrario el artículo 75 párrafo segundo ibídem, dándole legitimación autónoma y directa a los intereses difusos para entablar la acción de inconstitucionalidad, al mismo tiempo que permite la acción popular o por intereses de toda la colectividad nacional, ha borrado toda distinción entre ellas y ha creado el riesgo inminente de las avalanchas litigiosas que, en otros lugares, ha justificado siempre el rechazo de los intereses difusos como causa de legitimación. Es este un error que debe eliminarse a la brevedad posible.

Pero la historia de los intereses difusos es mucho menos trágica y frustratoria de lo que se cree. Veámosla en un breve panorama, buscando los tres sistemas donde más agudamente se ha planteado el problema para jurisprudencia y doctrina, EE.UU., Francia e Italia.

iv) La jurisprudencia de EE.UU., Italia y Francia.

La defensa de intereses colectivos —difusos o corporativos— es añeja en EE.UU. y en Francia; es reciente y vacilante en Italia. Veámoslo en grandes líneas.

iv-1) EE.UU. La Corte Suprema se mantiene fiel en principio a su jurisprudencia, fundada en el artículo iii de la Constitución Federal, de que sólo puede impartir justicia cuando se da frente a ella un "caso" o una "controversia". Ello significa que sólo lo hace cuando hay un juicio entre partes con posiciones auténticamente opuestas.[34] No hay acceso allá a la justicia constitucional en forma directa y fuera de un juicio previo con relevancia constitucional. Esto tiene que ser así, además, porque en la justicia constitucional norteamericana la jurisdicción es la ordinaria común y la Corte Suprema un tribunal de alzada de última instancia, dentro de la cual la tacha de inconstitucionalidad es simplemente un medio más de impugnación al alcance de cualquiera de las partes. La justicia constitucional, sin embargo, es aquí también incidental, porque la pretensión principal es la del conflicto que es materia del proceso, en tanto que la de inconstitucionalidad es nada más un medio para apoyarla y ganarla, al servicio del actor. La legitimación para el recurso de inconstitucionalidad —que allá no es una verdadera acción— es la del juicio principal. Pero en el enfoque de ésta la Corte Suprema y el legislador americanos han sido

34. SCHWARZ, Bernard, *The Supreme Court,* Ronald Pres Co, 1957, págs. 144 a 147.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

generosos. Pese a la jurisprudencia que exige la existencia del caso y de la controversia, se admite que éstos se dan en muchas hipótesis que no dudaríamos en llamar de interés colectivo, corporativo o difuso.

En el caso de la *Federal Communications Comission v. Sanders,* 1940, se trataba de identificar a las partes actoras o demandadas en un juicio por la denegación de una licencia de explotación de una frecuencia radial. Rompiendo con una vieja línea de decisión, la Corte Suprema sostuvo que interesados eran todos los que pudieran resultar afectados por la denegación y los enumera: estaciones vecinas, periódicos, teatros, los empresarios como anunciadores potenciales, el comercio que vende o repara radios y, en suma, todos los que vendan o compren publicidad, entretenimiento o servicios conectados por la radio.[35] Pero pese a este precedente la Corte Suprema se mantuvo firme en su jurisprudencia anterior, hasta 1958. En este año dictó otro precedente histórico, *National Association for the Advancement of Colored People v. Alabama,* donde se admitió la acción corporativa de una asociación privada para defender los derechos de sus miembros de color contra un reglamento del Estado de Alabama que permitía la segregación racial en su contra en las escuelas públicas. Sobre la misma línea se han dictado sentencias posteriores.

Mediante una reforma de la *Civil Rule* 23, una ley que regula los procedimientos judiciales federales, reforma pasada en 1966, se creó lo que ellos llaman *class action* o acción de clase. Ésta tiene por objeto que puedan accionar individuos que se encuentran en igual situación de hecho, cuando se dan las siguientes condiciones: i) es imposible que litiguen todos los miembros del grupo o clase, por numerosos; ii) hay cuestiones de hecho y derecho comunes a toda la clase; iii) las pretensiones y defensas de los actores son típicas del grupo o clase; iv) los actores actúan en forma tal que protegen los intereses del grupo o clase.[36] En tales condiciones, uno o varios de los miembros de la categoría accionan a nombre de los demás, que así se tienen como partes por obra de ley, y el fallo los afecta a todos con la cosa juzgada. La acción de clase sirve, sobre todo, para que adquiera valor una demanda que sería mínima por monto si demandara solo el actor, generalmente de pocos recursos (como en el caso de consumidores de cualquier producto o de compradores de acciones en las bolsas de valores), pero que es inmensa si el mismo proceso y el mismo fallo sirve para todos los miembros del grupo o categoría. Los casos más famosos son *Unión Carbyde and Carbon Corp v. Niseley* (1963) (donde se discutió la legalidad de una conspiración entre grandes industrias para bajar el precio de un mineral vital para la economía de un zona minera; el juez reconoció la conspiración, fijó el precio justo y condenó a los compradores a pagar daños y perjuicios); y, sobre todo, *Eissen v. Carslyle and Jacquelin* (1974) (donde se discutió el caso de un pequeño jugador de acciones en la bolsa de valores, que descubrió que en las ventas los intermediarios *(brokers)* le cobraban ilegalmente un sobreprecio, a él como a millares de otros en igual situación: Finalmente, el actor no pudo "mantener" su demanda, por el costo excesivo del aviso que tenía que dar a todos los miembros de la categoría razonablemente conocibles, pero la Corte Suprema había aceptado ya, para entonces, su legitimación por clase). El ejemplo americano es importante, pero no es el mejor ni más antiguo.

v) Italia.

En Italia se reconoce que un individuo puede, como parte de un grupo o categoría, accionar invocando el respeto a la salud pública o al buen desarrollo urbano, amenazados o contaminados por un establecimiento industrial; o se permite al usuario de un servicio público que impugne los actos de organización de éste que estime perjudiciales. Igualmente se acepta la legitimación del empleado de un ente público para impugnar los actos de organización de éste en cuanto le afecten personalmente en sus garantías, derechos o prestigio, pero no en cuanto afecten la eficiencia y buena organización de éste, porque ello se considera extraño a la esfera de interés de cualquier individuo y únicamente dentro del campo de acción del ente público en cuestión. Y se ha reconocido, en general, que el hecho de que un interés sea común a muchas personas o a una entera categoría, no perjudica la validez y aptitud del interés individual de sus miembros para accionar con base en el mismo.[37]

El caso más famoso es el de la asociación *Italia Nostra,* que accionó para impedir se construyera una pista automovilística que sirviera de puente

35. QUADRI. *Op. cit.*, pág. 96.

36. QUADRI. *Op. cit.*, pág. 117.

37. CAIANELLO, Vincenzo, *Diritto Processuale Amministrativo,* UTET, Torino, págs. 161, 162 y 166.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sobre un lago de excepcional belleza turística; el 9 de marzo de 1973, la Sección Quinta del *Consiglio di Stato* reconoció el interés en accionar a la Asociación, sobre la base formal de que ésta tenía personalidad jurídica y de que sus estatutos contenían la defensa del ambiente y de las bellezas naturales como su objeto propio. Pero el plenario de ese alto cuerpo de justicia administrativa, por sentencia del 19 de octubre de 1979, descontinuó tal criterio y lo sustituyó por otro según el cual el motivo u origen de la legitimación de *Italia Nostra* es el hecho de tener oficinas y centro de operaciones en el vecindario de la belleza natural o cultural que se persigue proteger, lo cual ha encontrado fuerte discrepancia de la doctrina. La situación actual viene regulada por la Ley Nº 349 de 8 de julio de 1986, que acoge el primer criterio de legitimación adoptado por el *Consiglio di Stato,* basado en el hecho formal del reconocimiento e inscripción de la personalidad jurídica del ente corporativo que acciona. Criterio fuertemente criticado por la doctrina, además, por permitir que pueda hacerse agente procesal de un interés quien nunca ha participado en su promoción, por el simple expediente de fundar una asociación y asignarle ese interés como cometido.

vi) Francia.

Es la jurisprudencia del *Conseil d'Etat* la que, como siempre, indica el camino en materia de justicia pública, incluyendo la constitucional, puesto que el Alto Tribunal francés también la imparte, cuando es necesario, sobre actos administrativos. En Francia se admite desde hace ya mucho tiempo la acción por intereses difusos tanto como corporativos, por individuos o por entes colectivos, públicos o privados. El caso más remoto de reconocimiento a un individuo de legitimación por interés difuso se da en el *arret Casanova* (1901), donde se aceptó la legitimación de un contribuyente municipal para anular un gasto municipal, que hacía anticipar un aumento en los impuestos y tasas municipales. En seguimiento del precedente, a partir de 1930, el C.E. empieza a reconocer a los habitantes municipales legitimación para impugnar diversos actos del respectivo Consejo, relativos a las más variadas materias, como medidas que afectan el territorio del municipio, su organización, su patrimonio, sus elecciones, etc. Pero no se hace lo mismo con el ciudadano del Estado, por reputarse su vinculación con éste como remota o vaga. Importantes resultan en esta línea de decisión el *arret Syndicat du Quartier Croix de Seguey Tivoli,* de 21 de diciembre de 1906, por el que reconoció legitimación a los usuarios de un servicio público por impugnar el acuerdo de su cuerpo directivo de suprimirlo; y el *arret Baffeleuf,* de 1943, en el que se reconoce legitimación para impugnar un reglamento, que limita la libertad de comercio, a todo comerciante. En el reconocimiento de legitimación a individuos, para accionar en defensa de intereses colectivos de los que es partícipe, el C.E. ha sido particularmente creativo y generoso. Así, reconoce legitimación a las autoridades públicas para demandar a su nombre personal contra actos que conciernen su cargo aunque no toquen su persona ni sus derechos; o bien a los miembros de un colegio administrativo para demandar contra los actos que afecten al colegio, aunque no lo afecten a él, nada de lo cual es posible, por ejemplo, en Italia.

El C.E. ha sido igualmente generoso en el reconocimiento de los intereses corporativos, de grupos personificados, como causa de legitimación. Famoso al respecto es el caso de la asociación privada analizado en el *arret Patrons Coiffeurs de Limoges,* de 28 de diciembre de 1906, en el que se reconoció legitimación a una asociación privada de peluqueros para impugnar una prohibición de trabajo dominical que afectaba el oficio. A partir de entonces es cada vez más amplia la línea de decisión del C.E. en favor de la legitimación de entidades colectivas privadas, sobre todo de asociaciones y sindicatos, para impugnar tanto reglamentos y disposiciones generales como actos concretos, pero, en este último aspecto, únicamente cuando se trata de actos positivos o favorables —como un nombramiento o una promoción, cuando va en detrimento de los intereses generales del ente privado en cuestión— pero no cuando se trata de actos negativos o desfavorables a terceros, como una sanción disciplinaria o una denegación de una petición, criterio éste de distinción que no recoge la aceptación de la mejor doctrina.[38] En todos estos casos el ente colectivo aparece con legitimación para accionar no sólo por los daños que puede recibir directamente en su persona y bienes, como la disolución de una asociación, la denegación

38. Véase exhaustivamente, sobre la legitimación colectiva, en general en Francia, AUBY, J.M. et DRAGO, R., *Traité du Contentieux Administratif,* Librairie General de Droit et Jurisprudence, Paris, 1984, vol. 2, págs, 206 y sigs. En lo que toca a la crítica de la distinción jurisprudencial entre actos concretos favorables e impugnables por la vía contencioso-administrativa y actos concretos desfavorables e inimpugnables, siempre en relación con la legitimación corporativa de un ente, véase Auby et Drago. *Op. cit.*, pág. 217; ver también Charles Debbasch, Contentieux Administratif, Dalloz, 1981, págs. 740 y 741.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de un permiso para construir, una imposición tributaria, etc. sino también por los que se causan al interés colectivo puesto a su cargo, incluso si se trata de defender a sus miembros y asociaciados.[39] Son famosos los casos del *Touring Club de France* —parecidos a los de *Italia Nostra*— cuando ha intervenido en litigios entre la Administración y algunos de sus asociados que han accionado para defender el paisaje o los monumentos históricos y artísticos de Francia, donde se le ha reconocido legitimación para hacerlo, ya desde 1945. Y lo mismo ocurre con los entes públicos, que pueden accionar en defensa de los intereses y fines a ellos legalmente encomendados.[40]

vii) Las bases constitucionales de los intereses difusos.

Hemos dicho que hay una íntima conexión entre derechos humanos e intereses difusos. Éstos tienen por objeto bienes, servicios o relaciones colectivas que afectan seriamente el ejercicio de los derechos humanos o son la condición, cuando no el medio, de su ejercicio. En el fondo, la defensa de los intereses difusos es una defensa de la persona en lo que tiene de más solidaria y universal frente a sus semejantes.[41] Es la defensa o la creación de un ambiente favorable no a lo que divide al hombre, enfrentándolo al hombre, como la propiedad y la competencia económica, sino a lo que lo une, porque es el disfrute de bienes y utilidades que son de todos y sin las cuales nadie o solo unos pocos en torre de marfil podrían sobrevivir. Frente al Estado liberal que se enfrentaba al individuo como autoridad, ha nacido un Estado nuevo cada vez menos imperativo y más cercano a la sociedad, que busca gobernar en lo posible por medio del reconocimiento de los grupos sociales y del concierto con ellos, llenando las necesidades de esos grupos y no sólo las del empresario o propietario, aislado en el esplendor de su riqueza. Ésta y la empresa misma son insuprimibles, como todos los derechos individuales herederos del Estado liberal, para la plenitud de la libertad, que sin ellos sería imposible. Pero no son suficientes en lo que hoy llamamos el Estado social de Derecho. Mientras los valores liberales eran la eficiencia y la libertad para competir, los que hoy presiden el Estado social son la libertad posible, dentro de la igualdad y la solidaridad necesarias. Tan importante como crear riqueza es distribuirla y tan importante como el desarrollo económico es la conservación de lo indispensable no sólo para la vida colectiva con calidad sino también para la vida colectiva en comunidad, porque los une a todos en el disfrute colectivo de bienes que son de todos. De este modo, lo que adquiere importancia en la vida social son los grupos, como medio de formación de la personalidad, en íntimo contacto con el prójimo y en función de él. Hay que vivir para el grupo y conservar lo que es de todos, para que cada uno pueda ser y hacer lo que quiera. Un gran jurista español ha dicho, por ello, que la satisfacción de los intereses colectivos es la vocación del derecho administrativo y constitucional de nuestro tiempo.[42] La consagración más clara e imperativa de esos intereses y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad está, a mi juicio, en dos fundamentales normas de nuestra Constitución, sin que tengamos tiempo sino para hacer su lacónica cita: son el artículo 74, que impone regular la economía en el marco de una "política permanente de solidaridad nacional"; y el artículo 50, que obliga al Estado costarricense a buscar la riqueza y a distribuirla, para procurar "el mayor bienestar a todos los habitantes del país".

Solidaridad nacional e igualdad en el bienestar son valores que imponen lo social de nuestro Estado y lo colectivo de los intereses que han de presidir nuestro próximo futuro, no sólo por vocación de nuestro tiempo, sino por vocación de nuestra Constitución, lo que es mucho más costarricense y mucho más imperativo. Defender y permitir que se defiendan los intereses difusos es defender los valores fundamentales de nuestra Constitución.

---

39. Pero la acción fundada en un interés colectivo o corporativizado no alcanza hasta permitir que el ente representativo del grupo accione en favor de uno o varios miembros determinados, como tampoco que lo haga en beneficio de uno de los entes componentes, cuando se trata de un ente complejo, como una federación sindical, para lo cual véase Auby et Drago. *Op. cit.*, pág. 215; véase también Raymond Odent, Contentieux Administratif, *Les Cours de Droit,* Paris, 1966, fascículo V, pág. 1071.

40. Auby et Drago. *Op. cit.*, vol. 2, págs. 221 y sigs.

41. En esta apreciación coinciden varias de las ponencias de los dos seminarios italianos a los que antes nos hemos referido; véase, sobre todo, *Rilevanza e Tutela degli Interessi,*...Corasaniti. *Op. cit.*, pág. 76; véase también la ponencia de Giorgio Berti, *L'Interesse Diffuso nel Diritto Amministrativo,* en **Strumenti per la Tutela**..., págs. 24 y 25.

42. NIETO, Alejandro, *La vocación del Derecho Administrativo en nuestro tiempo,* **Revista de Administración Pública,** Nº 76, Madrid, 1975, págs. 21 y 25 a 28.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA GESTIÓN TRIBUTARIA DE LA EMPRESA*

MAURICE COZIÁN**

SUMARIO

Pág.

El principio de la libertad de las opciones tributarias y la teoría del abuso del Derecho 34

1. El principio de la libertad de las opciones tributarias 34

A. Las opciones directas entre las técnicas tributarias 35
   1) Ejemplos extraídos de la tributación familiar 35
   2) Ejemplos extraídos de la tributación de las empresas 35

B. Las opciones indirectas entre las técnicas jurídicas 35

2. La teoría del abuso del derecho 36

A. El abuso del Derecho no es sino la simulación del Derecho Civil 37
   1) La simulación mediante acto ficticio 37
   2) La simulación mediante acto encubierto 38
      a) La donación encubierta bajo la apariencia de una venta 38
      b) La cesión de derechos sociales encubriendo una cesión de empresa 38
      c) El régimen especial de las simulaciones de precios 39
   3) La simulación mediante interposición de persona 39

B. El abuso del Derecho no sanciona el fraude a la Ley Tributaria 40

(*) Traducción directa del francés, por León Cortiñas-Peláez y Guillermo Manuel Pineda-González, del artículo publicado en la *Revue de jurisprudence fiscale "Dupont"*, París, 1980, Nº 5, pp. 202-205.
El presente artículo forma parte del Curso de Derecho Tributario de los Negocios que imparto en la Universidad de París II y que se edita, en forma policopiada, por Les cours de droit (158, rue Saint-Jacques - 75005 París). Con el amable permiso del editor, se reproduce empero únicamente la primera sección del capítulo V, consagrada a la gestión tributaria de la empresa, puesto que la teoría del acto anormal de gestión —correspondiente a la segunda sección— ya ha sido objeto de los extensos y eruditos comentarios de mi colega Jean-François PICARD (*Revue de jurisprudence fiscale "Dupont", 9/79, p. 276;* y *10/79, p. 328)*. (Nota del autor).

(**) Catedrático de Derecho Público y de Derecho Tributario de los Negocios, en la Universidad de París II; Presidente de la Sociedad Francesa de Derecho Tributario.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Todo el mundo reconoce la necesidad de una buena gestión financiera, de una buena gestión comercial, de una buena gestión social; ellas condicionan el desarrollo y hasta la supervivencia de las empresas. Por el contrario, se duda que pueda haber una buena gestión tributaria: algunos la rechazan en nombre del fatalismo tributario; otros la reprueban, confundiéndola con la fullería tributaria. Los más sagaces la practican: no son ni fatalistas ni fulleros, sino buenos administradores. Se trata todavía de una actitud muy poco extendida, como lo constata el profesor Jean SCHMIDT:[1]

"Las empresas pueden soportar el impuesto, limitándose a llenar los formularios administrativos y pagando las cantidades debidas al tesoro. Desgraciadamente, este es el caso de un gran número de ellas, generalmente de pequeña o mediana importancia. Por lo demás, los regímenes de cuota fija favorecen esta pasividad.

"Las empresas tienen también la posibilidad de previsión del impuesto y de máxima utilización de los medios brindados por un Derecho Tributario que ofrece opciones múltiples. Las empresas consideran entonces al impuesto como una carga, cuyas incidencias financieras importa prever. Ellas practican la gestión tributaria, así estrechamente ligada a la gestión financiera de la empresa."

Como el buen padre de familia del Código Civil, o como el prudente y sagaz jefe empresarial del Derecho Contable, el contribuyente ilustrado debe manejar la tributación, como mejor convenga a sus intereses. Contrariamente a una idea muy difundida, nuestro Derecho Tributario está impregnado de cierto liberalismo, que frecuentemente permite optar entre varias soluciones; por otra parte, la diversidad de los andamiajes jurídicos influye sobre las opciones tributarias. Aquí, como en lo demás, hay buenas opciones y malas opciones.

Se percibe inmediatamente que si una cierta habilidad tributaria es recomendable, ésta no debería degenerar en defraudación fiscal. Es el problema —que no es propio del Derecho Tributario— de toda libertad y de sus límites en caso de abuso.[2]

Lo verificaremos examinando sucesivamente los dos puntos siguientes:

I. El principio de la libertad de las opciones tributarias y la teoría del abuso del Derecho;

II. El principio de no ingerencia en la gestión de las empresas y la teoría del acto anormal de gestión.[3]

EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE LAS OPCIONES TRIBUTARIAS Y LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

La exposición de este principio es tan clásica, como delicados son los límites que implica en caso de abuso. [4]

1. El principio de la libertad de las opciones tributarias.

La tributación no es una fatalidad que no deje lugar a opción alguna: por el contrario, frecuentemente se presenta como un sutil juego de opciones. Éstas están previstas por el propio legislador, quien jamás indicó que el contribuyente deba elegir necesariamente la más onerosa entre dos soluciones posibles. Por el contrario, el simple sentido común indica que la elección de la vía menos gravada es una reacción tan legítima como natural. Al respecto, veamos cómo se expresa Víctor GOTHOT [5]:

"En esta elección, no veo otra cosa sino la libertad dejada a los ciudadanos por la ley civil y por la Constitución para hacer todo lo que no está prohibido. Con seguridad, no está prohibido el evitar colocarse en las condiciones de exigibilidad de un impuesto. El deseo de escapar a un impuesto es normal. No es fácil imaginarse que el contribuyente tenga una actitud diferente: ¿qué se pensaría de

1. SCHMIDT, Jean, *L'entreprise devant l'impôt*, Paris: Bordas-Connaissance, 1972, p. 117.
2. LE DOLLEY, E., *L'entreprise et les distributions "irrégulières" en droit fiscal*, tesis, Rennes, 1979, pp. 8-124.
3. Como se indicara *supra*, en nota del autor (*), los comentarios relativos a esta cuestión no son reproducidos en esta **Revista**.
4. Sobre este tema, dentro de una nutrida bibliografía, señalaremos el excelente trabajo de Thomas DELAHAYE, *Le choix de la voie la moins imposée. Étude de droit comparé: Belgique, France, Pays-Bas, Royaume-Uni*, Bruselas, 1977, **prólogo** de John KIRKPATRICK.
5. Conferencia pronunciada en la Escuela Superior de las Ciencias Tributarias en marzo de 1961, reproducida en **Problèmes fiscaux d'aujourd'hui**, serie Nº 2, 1962, p. 89.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

quien, buscando un fin económico cualquiera, empezara por preguntarse cómo debe hacer para tornar exigible el mayor impuesto posible? ¿No sería más natural que se planteara la pregunta inversa? Y haciéndolo, ¿no se conduciría como un buen padre de familia, en el sentido latino del término, es decir como un hombre diligente y cuidadoso?"

Igualmente, en sus conclusiones, el comisario del gobierno Martín LAPRADE, reflexiona así: [6]

"Para terminar, destacaremos que la sociedad A. . . actuó con mucha habilidad en este negocio. Pero, al contrario de lo que podría considerar la administración, la habilidad de los contribuyentes no es necesariamente un vicio cuya naturaleza justifique una rectificación."

Las opciones fiscales pueden ser directas, cuando se refieren a las técnicas fiscales en sí mismas, o indirectas cuando se refieren a las técnicas jurídicas previas.[7]

A. Las opciones directas entre las técnicas tributarias.

Daremos ejemplos de estas opciones directas, tanto en la tributación de las familias como en la de las empresas.

1) Ejemplos extraídos de la tributación familiar.

— La tributación de las parejas es, en principio, más rígida que la de las empresas y las opciones son menos amplias, sin estar ausentes. Nos limitaremos a algunos ejemplos muy conocidos:

— Los ingresos de *los menores a cargo* tributan, en principio, a nombre del jefe de familia, en razón del carácter familiar del impuesto sobre la renta, pero el sujeto pasivo puede pedir que los menores tributen a título personal;

— los *gastos profesionales* de los asalariados son, en principio, evaluados en el 10% alzado del monto de los salarios brutos, pero con posibilidad de pedir la deducción de los gastos reales, debidamente justificados;

— los *intereses* están normalmente sometidos al impuesto con tarifa progresiva; pero los contribuyentes pueden optar por una deducción liberatoria, con tarifa proporcional.

Una sana gestión del patrimonio privado no es pues excluyente de opciones entre varias técnicas tributarias. Es verdad que la forma de las inversiones entraña principalmente diferencias de trato tributario: el contribuyente que compra lingotes de oro, fuera de la tarifa alzada del 6%, está en paz con el Fisco y podrá realizar sustanciales plusvalías en régimen de franquicia tributaria. Por el contrario, quien compra un inmueble queda sujeto a una tributación copiosa:

— Derechos de transmisión de la propiedad, en el acto de la adquisición;

— impuesto territorial e impuesto de habitación, en caso de goce personal;

— imposición de las plusvalías, al momento de la reventa.

Cualquiera diría que el legislador tiende a favorecer el atesoramiento en lingotes de oro y desea penalizar las *transacciones inmobiliarias.*

2) Ejemplos extraídos de la tributación de las empresas.

Ya hemos encontrado, con la teoría de las *decisiones de gestión,* por oposición a los errores contables, un cierto número de opciones estrictamente tributarias. Inclusive nos encontramos a veces contribuyentes exonerados, autorizados a optar por el pago del impuesto: este género de opción se encuentra frecuentemente en materia de IVA, donde la exoneración asume generalmente cariz de una penalización.

B. Las opciones indirectas entre las técnicas jurídicas.

Evidentemente, los andamiajes jurídicos y financieros deben tener en cuenta el parámetro tributario. Ciertas soluciones son tributariamente onerosas, mientras que otras son particularmente ventajosas. Si de ello resultan algunos desajustes, éstos son imputables al legislador mismo, quien provoca estas divergencias de tratamiento tributario.

En alguna forma, la tributación ha influido para que nos encontremos en Francia tantas *sociedades de capital* y tan pocas sociedades de personas. Así se explica la malsana proliferación de sociedades anónimas, que son cerca de 120.000 en Francia, mientras que solo existen 2.500 en Alemania Federal.[8] Igualmente, es por razones tributarias que en-

---

6. Relativas al fallo C.E., 8 julio 1977, demanda 4158, 7e y 9e ss.: D.F., 1978, Nº 8, com. 280.

7. SCHMIDT, J., *"Les choix fiscaux des contribuables", Dalloz,* 1974, chr., p. 24.

8. Conceptos del Secretario de Estado encargado de la pequeña y mediana industria: J. O., 6 nov. 1979, **déb. A.N.**, p. 9391.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

contramos tantas sociedades de responsabilidad limitada, por lo demás esencialmente con gerencia minoritaria: con el 50% del capital, el gerente minoritario de una sociedad de responsabilidad limitada tiene un estatuto tributario y social calcado sobre el de los asalariados, mientras que con un 51% su estatuto es netamente más desfavorable ¿En nombre de qué se reprocharía a un gerente el que limite su participación al 50% y no la eleve al 51%?

Del mismo modo, una sociedad que desea liquidar su activo inmobiliario, puede hacerlo según diversas técnicas jurídicas: venta, cesiones de derechos sociales, aportación parcial de activo... Aquí también, el principio es la libertad de elección de la vía menos gravada. La Corte de Casación en 1932, salvo en caso de fraude, confirmó la libertad de adquisición de un inmueble social mediante la compra de los derechos sociales:[9]

> "Considerando que, bajo la condición de que la operación no sea de carácter ficticio y fraudulento, para hacerse propietario de un inmueble constitutivo del único activo de una sociedad, no existe ley que prohíba compras sucesivas de la totalidad de las acciones de dicha sociedad, lo que evita el pago de los derechos exigibles sobre una venta de inmuebles."

Parece oportuno exponer, ahora, estos límites relativos al carácter ficticio o fraudulento de las operaciones.

2. La teoría del abuso del Derecho.

La represión de los abusos del Derecho fue prevista expresamente en el antiguo Código General de los Impuestos, artículo 1649 *quinquiès* B; ahora en su nuevo texto del artículo L. 64 del Libro de los Procedimientos Tributarios:

"Son inoponibles a la administración tributaria los actos que disimulan el verdadero alcance de un contrato o de un convenio, mediante alguna de las cláusulas siguientes:

a. Las que permiten derechos de registro o un tributo de publicidad inmobiliaria menos elevada;

b. Las que encubren, sea una realización, sea una transferencia de beneficios o de ingresos;

c. O las que permiten la evitación, total o parcial, del pago de los impuestos generados por el monto de los negocios relativos a las operaciones efectuadas en ejecución de un contrato o de un convenio."

"La administración tiene el derecho de restituir su verdadero carácter a la operación litigiosa. Si se abstuvo de solicitar el dictamen del Comité consultivo para la represión de los abusos del Derecho o si no siguió el dictamen de este Comité, la administración debe probar lo bien fundado de la recalificación."

Si se demuestra el abuso del Derecho, la administración aplica una multa del 200%, prevista en el artículo 1732 del Código General de los Impuestos:

"En los casos de simulación definidos por el artículo 1649 *quinquiès* B, se pagará una multa igual al doble de los derechos, impuestos o tasas realmente exigibles."

"Esta multa se impone a todas las partes del acto o convenio, solidariamente obligadas a ella."

Innegablemente, el abuso del Derecho tiene una naturaleza diversa al simple *error* tributario, justificativo de una rectificación por parte de la administración, y hasta de la aplicación de sanciones cuya tarifa podrá variar según la buena o mala fe del contribuyente.

El abuso del Derecho se distingue igualmente de la *defraudación* tributaria, entendida *stricto sensu* como la violación deliberada de una obligación tributaria: el contribuyente que omite declarar una parte de sus ingresos incurre en una defraudación tributaria, sin necesidad de recurrir a la teoría del abuso del Derecho.

El abuso del Derecho supone un acto jurídico aparentemente correcto, pero que la administración descalifica para asegurar la recaudación de un impuesto que ha sido eludido. Esta *facultad de descalificación* suele presentarse como una prerrogativa excepcional de la administración, como una manifestación de la autonomía y del realismo del Derecho Tributario.

He aquí, por ejemplo, cómo la analiza un autor:[10]

"Esta facultad de descalificación, ofrecida por el legislador a la administración tributaria, constituye sin duda la expresión más acabada de la autonomía y del realismo del Derecho Tributario, dado que permite al fisco el desechamiento del aspecto formal de un acto jurídico, por otra parte regular, para sustituirlo, por otra etiqueta susceptible de producir efectos tributarios totalmente diferentes de los resultantes de la calificación querida por las partes."

---

9. Cass. 19 abril 1932 en: **Sirey,** 1933, I, 321, nota ESMEIN; **Dalloz périodique,** 1932, I, 125, nota E.P.

10. GOSSEREZ, Chr., ***"Répression des abus de droit"*, Jurisclasseur fiscal,** fascículo 1493, No. 5.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En razón de la gravedad de esta recalificación ha sido creado un Comité Consultivo de los Abusos del Derecho, integrado por cuatro miembros: un consejero de Estado, un consejero de la Corte de Casación, un profesor por oposición de las facultades de Derecho y el director general de los impuestos. Sin embargo, ante este Comité —cuyo papel es, por otra parte, simplemente consultivo— ya casi no se formulan demandas.

Se ha exagerado ciertamente el carácter exorbitante de este procedimiento del abuso del Derecho. En efecto, si analizamos la letra del artículo 1649 *quinquiès* B y la jurisprudencia que lo invoca, percibimos que este procedimiento no es sino la expresión del Derecho Común de la simulación y que no consagra, en modo alguno y dígase lo que se diga, la teoría del fraude a la Ley Tributaria.[11]

A. El abuso del Derecho no es sino la simulación del Derecho Civil.

Si leemos desprejuiciadamente el artículo 1649 *quinquiès* B, ineludiblemente deduciremos que sanciona comportamientos que el Derecho Civil califica de simulación:

"Los actos que *disimulan* el alcance verdadero de un contrato o de un convenio... o que *disfrazan,* sea una realización, sea una transferencia de beneficios."

El artículo 1732 del Código General de los Impuestos no es menos explícito, cuando apunta a "los casos de *simulación* definidos en el artículo 1649 *quinquiès* B."

Por lo demás, si consultamos la jurisprudencia, constatamos que reprime, bajo la cobertura del procedimiento del abuso del Derecho, las tres formas tradicionales de simulación: la simulación por acto ficticio, la simulación por acto disfrazado, la simulación por interposición de persona.

1) La simulación mediante acto ficticio.

Los actos ficticios, presentados —como reflejo de la realidad— a la administración tributaria, están lejos de ser excepcionales. Existe, por ejemplo, toda una "industria" de defraudaciones alimentadas mediante *facturas falsas,* que encubren ventas falsas y pagos falsos.[12]

La jurisprudencia revela igualmente numerosos ejemplos de *arrendamientos falsos.* Citaremos el caso de dos hijos que habían pactado un arrendamiento en beneficio de su madre, respecto de un castillo que habitaban las tres personas, arrendamiento ficticio destinado a permitir la deducción de importantes obras de reparación. Uno de los hijos impugnó la rectificación practicada por la administración y la aplicación de la multa del 200%, el Consejo de Estado, invocando la autoridad del artículo 1649 *quinquiès* B, falló de la manera siguiente:[13]

"Considerando que —en estas condiciones y dado que ha omitido la declaración de su alquiler con posterioridad a la ejecución de las obras— el señor X... quien no ha dejado de ocupar el castillo durante los ejercicios fiscales correspondientes, debe ser considerado como habiendo celebrado un contrato ficticio para escapar al impuesto, por la

---

11. Sobre este tema, existe una literatura abundante. Además de los autores ya señalados (DELAHAYE, GOSSEREZ, GOTHOT, SCHMIDT), citaremos los siguientes estudios:
COURTOIS (P.), *"Des pouvoirs du service des impôts directs vis-à-vis des actes et des situations de droit privé"*, G.P. 1960, I, Doct. p. 84;
COURTOIS (P.), *"Répressiondes abus de droit et des dissimulations juridiques"*, G.P. 1964, I, Doct., p. 85
LALUMIÈRE (P.), *"La répression des abus de droit en matière de contributions directes"*, AJDA 1961, p. 519;
LEROUGE (G.), *Traité de la fraude en droit fiscal,* 1944, **préface** G. RIPERT;
De LONGUEVILLE (J.), *"Simulation et voie juridique la moins onéreuse"*, **Liber amicorum Professor Baron Jean Van HOUTTE,** Bruselas, 1975, t. I, p. 315;
NAVATTE (B.), *"La faude et l'habileté en droit fiscal"*, **Dalloz,** 1951, chr., p. 87;
SCAILTEUR (C.), *Le contribuable et l'État. Déontologie de la fiscalité,* Bruselas, 1961;
SIBILLE (P.), "Fraude, réalité et fiction. A propos de plusieurs arrêts récents", *Répertoire fiscal* (belge), 1956, p. 3;
TADDER (B.), *La fraude fiscale,* 1974, **préface** R. HOUIN;
UNTERMATER (J.), *"Déqualification et requalification en droit fiscal-Réflexions à propos de la répression des abus de droit"*, Lyon: **Annales de l'Université Jean Moulin de Lyon III,** 1974, t.I, p. 153;
VAN HOUTTE (J.), *"La sécurité des relations juridiques et la lut e contre l'évasion fiscale"* **Mélanges Camille Hauchamps,** Bruselas, 1957, p. 45.
VAN OMMESLAGHE (P.), *"Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi"*, **Revue critique de jurisprudence beige,** *1976, p. 300.*

12. M. COSSON ha vulgarizado estos fraudes en su trabajo, *Les industries de la fraude fiscale,* París: Le Seuil, 1971. Véase igualmente, del mismo autor, "La fraude par operations fictives", G.P. 1969, I, Doct., p. 81

13. C.E. IL oc. 1978, demanda 6744, 8a. y 9a. subsecciones: D.F., 1979, Nº 20, com. 1023, concl. Martín LAPRADE; RJF 11/78, p. 328.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

parte de su ingreso gravable relativa al monto de los gastos ejecutados sobre el inmueble y por él presentados como deducibles; que, de este modo, el arrendamiento es inoponible a la administración."

2) La simulación mediante acto encubierto.

Hay encubrimiento cuando el contrato presentado a la administración no corresponde al contrato realmente concluido entre las partes. Recordaremos los clásicos ejemplos de la *donación* encubierta bajo la forma de *venta* y de la *cesión de derechos sociales encubriendo una cesión de empresa.* Estos ejemplos demuestran perfectamente que la operación de recalificación se realiza de la misma manera en Derecho Privado que en Derecho Tributario, con las inevitables dificultades relativas a la prueba de la verdadera intención de las partes. Por el contrario la simulación de parte del precio, que los civilistas analizan como una simulación parcial del precio, no se vincula con el régimen tributario del abuso del Derecho sino con el régimen de nulidad previsto en el artículo 1840 del Código General de los Impuestos.

a) *La donación encubierta bajo la apariencia de una venta.* En la materia, existe una abundante jurisprudencia, tanto en Derecho Civil como en Derecho Tributario; el razonamiento del juez es idéntico en los dos casos. He aquí lo que escribía, ya en 1927, el profesor DESBOIS:[14]

"El juez resolverá en materia tributaria como en materia civil, ya que la voluntad de las partes no puede presentar una doble cara: ellas deben aceptar las consecuencias, desde el punto de vista tributario, de lo que han querido desde el punto de vista civil."

El juez penal, por su parte, puede ser llamado a resolver en el mismo asunto, puesto que el hecho de disimular una donación, bajo la apariencia de una venta, constituye en ciertos casos el delito de substracción fraudulenta al pago del impuesto, apuntado en el artículo 1741 del Código General de los Impuestos.[15]

b) *La cesión de derechos sociales encubriendo una cesión de empresa.* Constituye un delicado problema la investigación de si una cesión de derechos sociales encubre una cesión de empresa.[16] Lo encontramos en Derecho Comercial cuando, por ejemplo, el adquirente pide la nulidad de la cesión de los derechos sociales por encubrir ésta una cesión de establecimiento comercial. Sabemos que la Corte de Casación se atrinchera en la soberana facultad de apreciación de los jueces del fondo, quienes, según los casos, admiten[17] o rechazan[18] la simulación.

La misma diversidad de apreciación se encuentra en Derecho Tributario.[19] De ello surge una enojosa inseguridad, pues ciertos auditorios tienden a presumir que las cesiones globales del control de una sociedad encubren una cesión del activo social.[20] En numerosas contestaciones, a parlamentos que denunciaban esta inseguridad, la administración tuvo ocasión de recordar con firmeza que la recalificación solo es posible a condición de que se presente la *prueba* de que la *voluntad real de las partes* era ceder los elementos integrantes del activo social. Así, en 1969, precisó que tal sería el caso:[21]

"Si la administración estuviera en condiciones de establecer que bajo el disfraz de cesiones simultáneas o sucesivas, con anterioridad y de común acuerdo, los socios dieron fin a la persona colectiva y que la aparente cesión de sus derechos sociales, en verdad, encubre la transmisión concertada de los bienes que integraban el activo social."

En una respuesta más reciente,[22] la administración confirmó que, por sí mismo, el cambio de

---

14. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence,* tesis, París, 1927, Nº 23, p. 95.

15. Cass. crim. 19 marzo 1979; R.J.F. 7-8/79, p. 268.

16. DE LA VILLEGUÉRIN (J.), *"L'achat d'une entreprise sous forme de droits sociaux",* París: **Revista Droit et économie,** 1975, Nº 1, p. 3.

17. Cass. com., 29 nov. 1971: *Rev. soc.,* 1972, Nº 4, p. 703, nota B. OPPETIT.

18. Cass. com., 13 feb. 1979: JCP 1979, ed. G, IV, p. 137.

19. Se encontrará una síntesis jurisprudencial en la nota de Michel MÉLIN, JCP, 1977, ed. CI, II, 12508, relativa al fallo de Cass. com., 16 junio 1975.

20. AMÉDÉE-MANESME (G.), *"La fiscalité est-elle favorable aux cessions de bloc de contrôle?",* París: **Revue de jurisprudence commerciale,** dic. 1977, p. 433; OPPETIT (B.), *"Les cessions des droits sociaux emportante le transfert du contrôle d'une societé: essai de synthèse",* **Rev. soc.,** 1978, Nº 4, p. 631.

21. Respuesta de CORNETTE: **J.O., déb. A.N.,** 31 mayo 1969, p. 1499, Nº 4952; JCP, 1969, ed. CL, II, 86681.

22. Respuesta Nº 972 al señor GANTIER: *J.O., déb. A.N.,* 30 nov. 1978, p. 8545; DF. 1979, Nº 7, com. 296; **Rev. soc.,** 1979, Nº 1, p. 211

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

manos de la mayor parte del capital social no constituye un indicio suficiente, para la prueba del encubrimiento de la cesión del activo social.

c) *El régimen especial de las simulaciones de precios.* Según el artículo 1840:

> "Es nulo, y no tiene efecto alguno, todo contradocumento que tenga por objeto un aumento del precio estipulado en un convenio de cesión de un oficio ministerial y toda convención que busque disimular parte del precio de una venta de inmuebles o de una cesión de establecimiento comercial..."

La Corte de Casación subraya firmemente que la nulidad afecta solamente a la *convención secreta,* sin rozar la validez de la *convención aparente,* aunque hubiera indivisibilidad entre ambas. He aquí la postura de principio, reafirmada en 1979:[23]

"Considerando: que el Tribunal de apelación decidió fundadamente, que la nulidad preceptuada por el artículo 1840, respecto de todo convenio que tenga por fin disimular una parte del precio de venta de un establecimiento comercial, no se aplica sino a la convención secreta, sin rozar la validez de la convención aparente; que esta regla debe aplicarse aunque, entre los dos convenios, exista una indivisibilidad que el Tribunal de apelación no tuvo por qué investigar."

El Derecho Tributario *distingue* pues netamente:

— la simulación relativa a la naturaleza del contrato, sancionada por el artículo 1649 *quinquiès* B;

— la simulación relativa al precio estipulado en el contrato, sancionada por el artículo 1840.

Acontece que algunos tribunales mezclan ambos géneros: así, un tribunal de apelación anuló, con fundamento en el artículo 1840, un arrendamiento gerencial de establecimiento comercial que encubría, en realidad, una cesión de establecimiento. La Corte de Casación no omitió señalar:[24]

> "Que, con su fallo, el Tribunal de apelación violó el artículo 1840, que no sanciona al convenio encubridor de su verdadero carácter, sino únicamente al que simula, total o parcialmente, el precio de venta."

3) La simulación mediante interposición de persona.

Se trata de un caso de abuso del Derecho mediante engaño en la persona, pues el verdadero autor del acto permanece oculto, mientras que un testaferro interviene en forma ficticia. La posición de la administración es cómoda, pues puede perseguir a su gusto al autor real o al autor aparente: en definitiva, estamos ante el Derecho común de la teoría de la simulación y, en virtud del artículo 1321 del Código Civil, los terceros tienen la opción de contar con la situación aparente o de invocar el acto secreto.

Frecuentemente, por comodidad, la administración persigue al testaferro, quien no puede oponer la interposición de persona. Esta postura fue evocada, en 1974, en un fallo de principio:[25]

"Considerando: que no se discute que el convenio de sustitución de persona que invoca el actor fue efectivamente concluido con anterioridad al período de imposición en litigio; que el señor Lemarchand no lo puso así de manifiesto en las declaraciones que firmó y dirigió a los servicios fiscales, con lo cual quiso conservarle a este convenio, inclusive respecto de dichos servicios, el carácter oculto que presenta en regla general un convenio de esta naturaleza, respecto de todos aquellos que no son partes del mismo; que, en razón de la postura así adoptada por el contribuyente, el convenio de referencia es inoponible a la administración; que, por lo tanto, la administración tenía derecho a determinar el impuesto como lo ha hecho en la especie, haciendo abstracción de dicho convenio, sin perjuicio del derecho que le incumbe de extraer sus consecuencias tributarias, desde que tuvo conocimiento del mismo."

Al fin de cuentas, sea del acto ficticio, sea del acto simulado, sea de la interposición de persona, el Derecho común de la simulación, resultante de las disposiciones del Código Civil, brinda perfectamente las soluciones que el Derecho Tributario funda, de manera más artificial, a partir de la obscura teoría del abuso del Derecho. Y hay algo peor: este rodeo no sólo es inútil, sino que la noción misma de abuso del Derecho es falaz, al dar la ilusión de que el Derecho Positivo sanciona expresamente el fraude a la ley fiscal.

B. El abuso del Derecho no sanciona el fraude a la ley tributaria.

La teoría del fraude a la ley tributaria se presenta como un límite al principio de la libertad de las opciones tributarias. Esta teoría sigue siendo en

---

23. Cass, com., 8 mayo 1979: D.F., 1979, Nº 41, com. 1984; JCP, 1979, ed. G, II, 19192, nota de A.S.

24. Cass, com., 19 feb. 1979: D.F., 1979, Nº 30, com. 1664, concl. ROBIN.

25. C.E. 20 feb. 1974, Nº 83270, 8a. y 9a. subsecciones, sieur Lemarchand: D.F., 1974, Nº 30, com. 958, concl. MANDELKERN; *Dupont,* Nº 5/74, p. 201.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Francia una postura doctrinal aislada, desarrollada esencialmente por Georges LEROUGE, quien la define como un fraude de intención. En efecto, si este autor reconoce al contribuyente el derecho de ordenar sus intereses —de tal manera que el impuesto tenga la menor presa posible— ello se vale bajo la condición de que no abuse de este Derecho. He aquí un resumen de su pensamiento:[26]

> "El contribuyente no realiza en modo alguno un acto ilícito o aparente. De ninguna manera viola la ley tributaria. Al contrario, ejecuta un acto real, un acto justamente legal. Por lo tanto, importa la investigación de las intenciones de su realización. Aunque el procedimiento sea en efecto irreprochable, el fin perseguido puede ser ilícito. Pero, en la duda, se presumirá que no hubo una intención fraudulenta."

Se ha planteado la cuestión de si la existencia de un artículo específico, para la represión de los abusos del Derecho, no implica una consagración legislativa de esta doctrina del fraude de intención. Algunos autores lo han admitido, así como Pierre COURTOIS,[27] quien concluye:

> "La ley no pretende distinguir: quiere condenar, tanto el fraude por simulación o encubrimiento de la realización o transferencia de ingresos, como la habilidad que genera un mecanismo tributariamente menos oneroso."

Ello implicaría conceder al artículo 1649 *quinquiès* B un alcance que su letra no implica en modo alguno. El texto sanciona únicamente la simulación jurídica: en absoluto censura la *habilidad tributaria,* aunque ésta conduzca a construcciones jurídicas inusuales, inclusive hasta artificiales. Por lo demás, la jurisprudencia —sea la de la Corte de Casación, sea la del Consejo de Estado— jamás ha condenado la habilidad tributaria, a condición de que ésta no esté viciada por ninguna simulación.

Baste como prueba un fallo producido en febrero de 1979, a propósito de un bello ejemplo de "astucia" tributaria, que algunos moralistas puntillosos habrían calificado sin vacilación de fraude a la ley tributaria. En el caso, se trataba de un "andamiaje" destinado a soslayar una regla del Código General de los Impuestos (el artículo 233 del anexo II) que limita el Derecho a deducciones en materia de impuesto al valor agregado en los arrendamientos amueblados, restricción que no existe en los arrendamientos de locales vacíos. El contribuyente había procedido de la manera siguiente: En un primer tiempo, arrendó vacíos inmuebles de su propiedad a una sociedad de responsabilidad limitada, de la cual, por lo demás, era el único socio, conjuntamente con su esposa; en un segundo tiempo, la sociedad de responsabilidad limitada subarrendó estos mismos inmuebles, después de haberlos amueblado. Procediendo de este modo en dos etapas, mediante un rodeo ciertamente poco natural, este contribuyente pudo recuperar la totalidad del impuesto al valor agregado pagado en el primer tiempo, el del arriendo de local vacío, y se sustrajo así a las restricciones del artículo 233 del anexo II.

La administración vio en este "andamiaje" un ejemplo patente de abuso del Derecho. Sin embargo, el Consejo de Estado le infligió un desmentido manifiesto, en los siguientes términos:[28]

"Considerando: que la administración admite que —si nos atenemos al análisis de la situación jurídica en que el señor Gamon se colocó mediante los actos o convenios más arriba indicados— se debe reembolsar la suma en litigio; que, por lo tanto y como lo permite el artículo 1649 *quinquiès* B, sólo cabe investigar si esta situación jurídica simula una realidad diferente; que en la especie no estamos ante un caso de simulación, por las razones siguientes. Primeramente, puesto que no se discute la regularidad de la constitución y del funcionamiento de la sociedad de responsabilidad limitada; en segundo lugar, porque su existencia y sus operaciones no pueden ser consideradas como ficticias, por el solo hecho de que el señor Gamon sea su autor; en tercer lugar, porque el contrato de arrendamiento pactado entre la sociedad y el señor Gamon, relativo a locales vacíos, no puede tampoco ser considerado como irregular o ficticio, por el único motivo de que la renta estipulada se calcula sobre la base de un porcentaje del monto global de los negocios del arrendador; finalmente, los ingresos del arrendamiento amueblado percibidos por la sociedad han sido adquiridos personalmente, entran en la determinación de los beneficios sociales gravables por el impuesto a las sociedades, beneficios éstos que no pueden ser percibidos por el señor Gamon sino mediante una distribución en regla;

---

26. LEROUGE (G.), *Traité de la fraude en droit fiscale,* cit., Nº 62, p. 122.

27. COURTOIS (P.), artículo precitado, G.P., 1964, I, Doct., p. 87.

28. C.E. 23 feb. 1979, Nº 6688, 7a. y 8a. subsecciones, sieur Gamon: D.F., 1979, Nº 48, com. 2367; R.J.F. 4/79, p. 143.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"Considerando: que resulta de lo precedente que el ministro delegado de economía y finanzas carece de fundamentos para impugnar el reembolso acordado por el Tribunal Administrativo de Clermont Ferrand al señor Gamon."

El Consejo de Estado no ve ninguna operación ficticia o encubierta en este hábil planteamiento: la sociedad de responsabilidad limitada tiene una existencia jurídica verdadera, arriendos y subarriendos configuran contratos regulares... El contribuyente ha hecho, indiscutiblemente, gala de una sobresaliente habilidad tributaria, pero sin librarse a ninguna simulación jurídica. Pecó por intención, mas no por acción.

A modo de conclusión, reproduciremos la opinión emitida por un juez inglés, Lord Norman, con motivo de un asunto tributario sometido en 1949 a la Cámara de los Lores:[29]

"El Parlamento puede incumplir su propósito, en sus esfuerzos por no quedar a la zaga en su lucha contra la habilidad empleada para evadir los impuestos. Es una desgracia para los contribuyentes que no intentan eludir la parte de la carga tributaria que les corresponde y, también, es decepcionante para el tesoro. La Corte no forzará empero el sentido de los términos de las leyes tributarias, con objeto de completar los esfuerzos del Parlamento y de llenar las lagunas legislativas. La evasión tributaria *(tax avoidance)* es un mal, pero sería el comienzo de males mucho mayores, si los tribunales tuvieran que extender el lenguaje de la ley para someter a ésta agentes que están fuera de su imperio."

29. Texto citado en inglés por Thomas DELAHAYE, tesis cit., p. 46, nota 36 y traducida al francés por **John Kirkpatrick** al final de su **Préface**, p. 8.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA DETENCIÓN Y DERIVACIÓN INICIAL DEL MENOR*

MARIO ALBERTO VÍQUEZ JIMÉNEZ

SUMARIO

Pág.

1. Relevancia del tema 44
2. Planteamiento y ubicación del tema 44
3. El primer contacto con el Sistema de Justicia: los policías 46
4. Los centros de detención y derivación inicial 48
5. Consideraciones finales 50

* *Primer Seminario Latinoamericano sobre Derechos Humanos del Menor y del Niño frente al Sistema de Administración de Justicia Juvenil. Del 4 al 15 de mayo de 1987, San José, Costa Rica.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. Relevancia del tema.

"Arranquemos de un dato doloroso: la tensión real, dialécticamente complementaria, entre el reconocimiento teórico de los derechos del niño y del joven en general y, sobre todo, del menor inadaptado y marginado y la situación existencial de esos seres en el mundo."

Joaquín Ruiz-Giménez Cortés,
Defensor del Pueblo, Madrid 1983, p. 220.

Se nos ha pedido una exposición sobre la tutela de los derechos de los menores infractores frente al Sistema de Administración de Justicia Juvenil y dentro de éste, de forma particular, las condiciones de detención y derivación inicial del menor. Se pretende, además, hacer una revisión de los principales problemas que se presentan en los países, en el primer contacto con el Sistema de Justicia Juvenil e identificar las formas que se utilizan en la región, una vez que el arresto o la detención se efectúan y lo que sucede al menor hasta la etapa judicial o tutelar.[1]

Asumimos así el reto, no sin cierta desconfianza, no por el contenido ni la filosofía de los Derechos Humanos del Menor u otras reglas y normas internacionales como son las recién aprobadas "Reglas de Beijing", sino por la distancia, a veces abismal, que se presenta entre las declaraciones y la realidad; es decir, en la concreción de sistemas de protección, no sólo a nivel jurídico, sino en la adopción de una serie de medidas prácticas en todos los elementos de lo que se ha denominado Sistema de Justicia Juvenil. Porque, de seguro, como señalan algunos autores, si se respetasen los Derechos de los Menores enunciados en diversas declaraciones, tratados y convenios internacionales, no sería preciso realizar este tipo de trabajo.[2]

Lo cierto es que tenemos suficientes evidencias sociológicas para sospechar que la importancia cualitativa y cuantitativa de la "delincuencia juvenil" en el área, está relacionada de forma directa, con la vulneración o insatisfactorio cumplimiento de los derechos del menor.

Desde esta perspectiva, cada vez más, se viene prestando atención a las condiciones en que se efectúa ese primer contacto, de los menores llamados en situación irregular, con el Sistema de Justicia; pues se estima que puede influir de manera decisiva en el futuro del menor (especialmente si es por primera vez); máxime que, como es frecuente, ha cometido una falta de escasa gravedad, o se le detiene sencillamente por su condición.[3]

Algunos autores, inclusive, llegan a señalar que el proceso de segregación del menor y su posterior significación psicológica podría compararse con el "trauma de nacimiento o a la primera experiencia sexual."[4]

El tema nos lleva, en todo caso, al análisis de los procesos de detención y arresto como mecanismos de control (reacción social) en tanto elementos estructuralmente involucrados en el proceso de criminalización fue Frank Tannenhaum ya desde 1938 el primero en formular "El joven delincuente deviene malo porque es definido malo."[5] Es decir, en formular la necesidad de prestar mayor atención no sólo al respeto de los derechos de los menores, sino a como el sistema de justicia juvenil está involucrado en el proceso de criminalización.

2. Planteamiento y ubicación del tema.

El tema de la detención y derivación inicial del menor dentro del denominado Sistema de Justicia Juvenil requiere, para una comprensión, que vaya más allá de las apariencias, de algunas apreciaciones conceptuales. Nos referimos fundamentalmente:

a) Su ubicación en la estructura del control social;

b) Su análisis como eslabón en el proceso de criminalización.

---

1. Esta segunda parte será desarrollada con una investigación sobre los países de la Región.
2. Ver al respecto estudio de SÁNCHEZ, Luis Prieto, *"Los Derechos Fundamentales y el Menor de Edad"*. En **Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente.** Ponencia del Curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, del 1º al 15 de agosto 1983. Editorial Consejo Superior de Protección de Menores, Ministerio de Justicia. España, 1983.
3. En Costa Rica, por ejemplo, el 21% de los menores detenidos es por deambulación, el 25% por sospechas y el 11% por robo; sin embargo en un recuento general se determina que prevalecen las detenciones por riesgo social del menor. Tomado de Estadísticas del Programa de Prevención. Costa Rica, 1987.
4. DOMÍNGUEZ, Juan Carlos, *"Detención y Prediagnóstico del Menor Infractor"*. En **Curso para Personal de Centros de Menores Infractores,** del 7 al 12 de diciembre de 1981. ILANUD, San José, Costa Rica.
5. TANNENHAUM, Frank, *"Crime and Community"*. 1ª Edición, 1983.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En general, la detención y derivación inicial de menores puede ser caracterizada dentro de la estructura del control social como la reacción social formalizada a través de los órganos represivos del Estado, como son los policías y los centros de arresto, en tanto subsistema del "Sistema de Justicia Juvenil". Reacción dirigida a potenciales tipos de conducta discordante que se hace en este caso, sobre destinatarios controlados según razones de edad, sexo y especialmente clase.[6]

Este control diferencial se concretiza no sólo en el proceso de socialización primario, sino en los sistemas de creación y aplicación de las normas.

Ahora bien, cuando hablamos de socialización no nos referimos a los enfoques reduccionistas que invocan la existencia del individuo (entendido como sujeto con libre albedrío) enfrentado a la sociedad. Nuestra concepción, por el contrario, nos lleva a señalar una interrelación dialéctica que nos permite encontrar que no existe una delimitación rígida entre ambas categorías. "No hay enfrentamiento del individuo con el medio como si se tratase de dos entidades opuestas."[7]

Es así como la subjetividad puede ser comprendida plenamente a partir de condiciones objetivas del movimiento histórico de la sociedad, que se reproduce y mediatiza a través de determinadas formas de interacción como son las que se dan en la familia, la escuela, los medios de comunicación, etc.

Es entonces, a través de los procesos de socialización primaria por medio de los cuales el sujeto se sujeta; es decir, se conforma y organiza como "sujeto moral" en la medida que recibe una serie de valoraciones sobre él mismo, que se le instauran como realidades u objetividades que ocultan el carácter subjetivo de la valoración. Se conforman así las estructuras y organización subjetiva, a partir de las condiciones objetivas de existencia, expresándose en actitudes, normas de comportamiento y valores diferenciados que posibilitarán o no el acceso y realización de los patrones generales vigentes o dominantes.

Ahora bien, cuando estos procesos de socialización "fracasan" en término de su incapacidad estructural de moldear al sujeto según los cánones vigentes y de darle igualdad de oportunidades en la realización de esos valores por caminos legítimos, "surgen" dentro de la sociedad la represión y los procesos sustitutivos de socialización.[8]

Veamos entonces, conceptualmente, cómo opera dentro de la estructura del control social el Sistema de Justicia Juvenil en tanto proceso de criminalización.

En general, siguiendo a Aniyar de Castro (1977), podemos diferenciar tres procesos diferentes de criminalización.[9]

1. Los procesos de creación de normas penales (por ejemplo creando normas penales lícitas o viceversa).

2. Como proceso represivo institucional (proceso de criminalización de individuos concretos).

3. Como proceso de perpetuación del *rol* delictivo, mediante imposición de etiquetas.

Tratándose nuestro tema de la detención y derivación inicial de los menores en su contacto con el Sistema de Justicia Juvenil, nos va a interesar fundamentalmente el carácter represivo institucional como estigmatizante del sujeto. Es decir, los procesos que se producen cuando se ha sobrepasado el umbral de inmunidad y el sujeto es detectado y proclamado mediante el ritual judicial como desviante.

Sobresalen aquí, de manera particular, los procedimientos, situaciones, ritos o ceremonias; policiales, técnicos y judiciales, que conducen a señalar como desviantes a determinados menores en vez de otros, aunque hayan realizado hechos similares. Interesan además aquellos procesos psicológicos mediante los cuales el menor etiquetado podría asumir su *rol* y perpetuar su condición desviante.

En resumen, creemos importante analizar los pasadizos jurídicos e institucionales del Sistema de Justicia Juvenil que se dirigen e inician la carrera desviada en el menor y cómo los procedimientos de detención y derivación inicial constriñen o no a los menores en su *rol* desviado, es decir, como eslabones de la cadena social de distribución diferencial de inmunidad.

---

6. Nos referimos globalmente a la definición de ANIYAR DE CASTRO, Lolita: *"Conocimiento y orden social: Criminología como legitimación y Criminología de la Liberación"*. Editorial Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela,1981.

7. BRAUNSTEIN, Néstor: *"Psicología Ideología y Ciencia"*. Pág. 70. Editorial Siglo XXI. México, 1981.

8. Decimos "surgen" porque en realidad la estructura del control social formal es preexistente al sujeto.

9. Ver al respecto ANIYAR DE CASTRO, Lolita: *"Criminología de la Reacción Social"*. Editorial Universidad de Zulia, Venezuela, 1977.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. El primer contacto con el Sistema de Justicia: los policías.

Esquemáticamente y a manera de recopilación podemos diferenciar tres momentos en la atención del menor, dentro de la estructura de control social.

1. Se contemplan todas las acciones encaminadas a garantizar el funcionamiento adecuado del menor dentro de los mecanismos informales del control social a nivel socio-comunal (familia-escuela-iglesia-etc.)

2. Cuando los mecanismos socialmente establecidos "fallan" y el menor se encuentra en lo que se denomina en riesgo social, entran a funcionar los mecanismos de detección, detención, diagnóstico y referencia. Es aquí donde se define el tipo de atención que requiere el menor, pudiendo reintegrarse al punto anterior o ser referido a la intervención del tercer nivel.

3. Acá se refiere a los procesos judiciales y a los sistemas de internamiento y egreso para menores infractores o en riesgo social, tanto en instituciones públicas como privadas.

Hemos señalado que cuando "aparentemente",[10] han fracasado los procesos de socialización primaria, en la práctica entran en juego las medidas de control formal y el menor es detectado y detenido fundamentalmente por instancias policiales. Es en este nivel donde se observan tres fenómenos que revisten un carácter negativo.

En primer lugar, la connotación estigmatizante que adquieren los procesos de detección y detención con las ya conocidas consecuencias en la historia vital del sujeto.

En segundo lugar, la tendencia en este nivel a resolverse mecánicamente la derivación de los casos con una ausencia de criterios técnicos, los que, por el contrario, permitirían, si es del caso, evitar la utilización de medidas de contención innecesarias o viceversa.

Y en tercer lugar, el carácter fragmentario del Sistema de Justicia Juvenil a este nivel.

Esto nos lleva a plantear, anticipadamente, la necesidad de crear mecanismos tendientes a minimizar el impacto de la detección y la detención, así como la derivación apropiada a través de una instancia que garantice una mayor efectividad en la toma de decisiones para determinar el tipo de atención inmediata que necesita el menor, tanto a nivel de prevención primaria, como secundaria y terciaria.

Es en este proceso que debemos redoblar nuestros esfuerzos para evitar la estigmatización que puede ser producto de tratar al menor como un adulto, o inclusive como si se tratase de un "delincuente pequeño o en potencia". En esta dirección debemos, no solo revisar los procedimientos de detención, sino en general nuestra terminología, haciendo uso de puntos de vista que vayan más allá de los jurídicos para utilizar un conocimiento interdisciplinario, que pueda evaluar las circunstancias y necesidades de los casos particulares.[11]

Esto implica una revisión y replanteamiento del Sistema de Justicia Juvenil como totalidad y de cada uno de los niveles de intervención, manteniendo un adecuado balance de los principios básicos para la protección de los menores con problemas con la justicia; y un sistema de garantías mínimas que en todo Estado de Derecho debe acompañar a la privación de un derecho o bien jurídico. Pero sobre todo el establecimiento de una adecuada atribución de competencias entre los diversos organismos intervinientes. Aquí, obviamente, la dificultad, más que de reconocimiento del derecho, es muchas veces del orden de los recursos humanos y materiales, es decir, de realización efectiva del Derecho, porque no basta con tener —como es el caso de Costa Rica— la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Universidad para la Paz y otras tantas instituciones, cuando comprendemos que son también necesarias una serie de garantías de orden práctico tendientes a evitar la arbitrariedad y el exceso.

El Sistema de Justicia y los policías.

En los regímenes de corte político liberal, el control formal descansa fundamentalmente en el denominado Sistema de Justicia Penal.

Sin embargo, a pesar de la denominación de "Sistema" este puede ser tan solo un recurso didáctico o conceptual pues el grado de integración de las diversas instituciones que se suelen describir como integrantes de ese sistema, es en realidad bastante fragmentario.

Entre estas instancias, la policía tiene una importancia fundamental no solo por ser presumiblemente la instancia más fragmentada del "Sistema"

---

10. Decimos "aparentemente" pues se trata de una incapacidad estructural que no está sujeta a un problema de voluntariedad individual.

11. Ver al respecto BRENES BLANCO, Emilia: *Análisis de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores y la Legislación sobre Derechos Humanos*, Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1984.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sino que podemos sostener con toda propiedad que es la válvula que controla el acceso al Sistema de Justicia Juvenil.

Sobre el carácter fragmentario del Sistema de Justicia Juvenil y a manera de ejemplo, debemos citar que investigaciones realizadas en nuestro país en 1985 y que probablemente reproducen la situación de la mayoría de los países de la región, nos indican que "... se puede concluir que el Sistema de Justicia Juvenil de Costa Rica enfrenta fundamentalmente la carencia de una política claramente definida y compartida por todas las instancias que lo conforman para el tratamiento del menor infractor. Lo que trae como consecuencia que no exista una posición ideológica homogénea para abordar dicha problemática, prestándose esto a interpretaciones individualizadas del fenómeno. Además se carece de canales adecuados de comunicación, así como de coordinación interinstitucional, lo que provoca roces, recelo y competencia."[12]

Por otro lado, la policía en tanto válvula o puerta de ingreso al Sistema de Justicia Juvenil, opera por dos vías: a) Mediatas. b) Inmediatas.

En el primero de los casos opera en tanto cumple funciones de vigilancia y disuasión, reduciendo el flujo potencial de casos. En tanto control inmediato, opera por lo general como primera instancia que conoce el hecho punible, opera una preclasificación y evalúa las posibilidades reales de iniciar una investigación que concluya en el pase del caso al aparato jurisdiccional.[13] En algunos países, en materia de menores, este pase puede darse sin que medie una acción concreta, a través de lo que se ha denominado "estados de peligrosidad" o riesgo social, tales como prostitución, deambulación, farmacodependencia, entre otros.

A nivel policial, en materia de menores pueden discriminarse tantas situaciones como policías (que por lo demás tienden a ser variadas); sin embargo podemos discriminar aquellas que se refieren a la *detección* (investigación) o policía represiva, de las policías preventivas o administrativas; es decir, que hacen una prevención mecánica como es el caso del patrullaje y los sistemas de vigilancia que normalmente hacen funciones de *detención.*

Existe, además, en algunos países, una tendencia al empleo de los Departamentos Sociales de la Policía[14] o departamentos especializados en delincuencia juvenil. Sin embargo, es importante señalar que en la práctica, a pesar de la eventual existencia de alguna policía especializada para menores, hasta un 80% de los casos de menores detenidos los ejecutan los policías ordinarias de adultos.[15]

Interesa en este proceso de detención inicial de los menores, tanto la actitud de los agentes como la significación que esto puede adquirir en los menores.

En el primero de los casos, la comisión por parte de la policía de actos injustos tales como arbitrariedad, maltrato, abuso sexual, corrupción o tolerancia con el menor o con las actividades ilegales de los adultos, pueden hacer no solo que se pierda el respeto a la autoridad, sino que se provoque el inicio de la carrera delictiva.

Es difícil convencer a los jóvenes que respeten la ley, las propias autoridades no lo hacen (Naciones Unidas). En Costa Rica, en investigaciones realizadas con menores multirreincidentes en ingresos al Centro de Orientación Juvenil Luis Felipe González Flores, reportaron sobre el trato de la policía durante la captura, lo siguiente: 40% algún tipo de agresión física, 12% los esposaron y requisaron, 4% medió algún tipo de chantaje y el 44% consideró como bueno el trato.[16]

Evidentemente, más allá de las situaciones de corrupción y las no despreciables actitudes sádicas que pueden estar presentes en algunos elementos policiales, nos enfrentamos aquí a lo que algunos autores definen como la "dialéctica de la captura"[17] donde casi siempre predomina un alto nivel de violencia y agresividad, en tanto hay intento de fuga, resistencia, lesiones y tensión emocional entre captores y capturados.

---

12. BEDOYA, Syndell y ALVARADO, Patricia: *"Propuesta de una estrategia de egreso del Centro Luis Felipe González Flores"*. Universidad de Costa Rica, Escuela de Psicología. Proyecto de graduación, 1986, pág. 92.

13. Ver al respecto GABALDON, Luis: *Detención y respuesta policial en el contexto de un sistema penal fragmentario. Una exploración preliminar en Venezuela.* Editorial ILANUD. Diciembre 1984.

14. En Costa Rica se creó, en abril de 1987 la Unidad Metropolitana de Atención Primaria Cruz Blanca, cuerpo policial preventivo especializado, dirigido a niños infractores, abandonados, ancianos deambulantes, farmacodependencia, etc. Hasta 1986 venía funcionando la Policía Juvenil.

15. Tomado de Estadísticas del Centro de Diagnóstico y Referencia del Menor en Riesgo Social. San José, Costa Rica.

16. BEDOYA, Syndell y ALVARADO, Patricia. *Op. cit.*, pág. 132.

17. DOMÍNGUEZ, Juan Carlos. *Op. cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Interesa a este nivel analizar la alta incidencia de hechos en los que interviene la policía, donde la situación típica detectada cae dentro de la "ambigua actitud sospechosa". Esto nos induce a pensar en un patrón policial tendiente a *afirmar su presencia y autoridad antes* que vigilar efectivamente personas y bienes y a asegurar protección particularizada a los ciudadanos.[18] Reporta Gabaldon (1984) en Venezuela, que no son extrañas las situaciones en que una ronda de patrullaje aparentemente improductivo por falta de "novedades", fue "completada" mediante pesquisas en la vía pública a sujetos transeúntes de los que no se podía inferir actitud amenazante alguna.[19]

Es acá donde nos preguntamos por los niveles diferenciales o distribución diferencial de la inmunidad por razones de edad, sexo y clase social; es decir, sobre la función criminalizadora de la policía, no solo por su carácter fragmentario, sino por la corrupción y abuso, o por su función fundamentalmente de afirmación de autoridad antes que la protección de bienes o personas dentro del marco del respeto a la legalidad y el respeto de ciertos bienes jurídicos fundamentales.

Nos decían algunos policías en indagaciones que hiciéramos en algunas charlas impartidas sobre su actitud de vigilancia, que en los barrios residenciales iban a "protegerlos de los delincuentes" y en los barrios marginales a "recoger delincuentes".

4. Los centros de detención y derivación inicial.

Una vez que el menor entra en contacto con la policía o autoridad correspondiente, interesan también los locales o establecimientos que se utilizan durante el proceso de investigación o en el lapso que transcurre hasta que se pone al menor a la orden de una autoridad judicial o tutelar.

Acá nos encontramos diversas modalidades como son: a) Locales policiales para adultos sin lugares separados para los menores. b) Locales policiales para adultos con separación física de los menores. c) Locales exclusivos para menores de carácter policial. d) Locales exclusivos para menores de cuerpos tutelares, judiciales o técnicos.

Interesan acá los procedimientos, condiciones y orientación de este primer contacto institucional del menor, así como la vivencia diferencial que éste puede tener.

La investigación y experiencia en este campo nos señalan que la reacción de un sujeto en el proceso de detención (normalmente policial), así como su posterior internamiento en un centro de detención con contención física real, pueden ser determinados en el futuro desarrollo de ese sujeto.

En general, la aprehensión de un menor es *sin duda* un cambio existencial en su modo de vida que provoca diversas reacciones, normalmente vinculadas a una intensa angustia y temor indiscriminado y general,[20] fenómeno que requiere de toda nuestra atención y un análisis exhaustivo y profundo.

Es probable que al ingresar un menor a una detención o comisaría (que generalmente no es un centro de menores), se den fenómenos que van desde dificultades para definir la edad, pasando por la agitación emocional, cuando no con un golpe, hasta el temor generalizado a la invasión física o mental (robo, violación, agresión física en el interrogatorio, etc.)[21]

Acá la vivencia es diferencial entre los que ingresan por primera vez de los veteranos. Estos últimos asumirán probablemente una actitud de pseudosuficiencia, que no es otra cosa que una forma de ocultar su temor, lo que puede expresarse en agresiones hacia los nuevos, como una forma de reafirmación de su *rol* de veteranos.[22]

Es acá donde nos interesa señalar la importancia de "discriminar" una instancia no policial o con personal no policial, especializado en el manejo de ansiedades y discriminación básica del tipo de población para la resolución del caso.

Y permítanme aquí hacer una disgresión para mantener como referencia las experiencias en nuestro país. Porque es posible que al señalar algunas de las críticas que he venido haciendo, muchos dirán que esto no es posible de cambiar; sin embargo, los ejemplos concretos pueden ser más ilustrativos que la fría exposición conceptual. Me refiero a la creación de una unidad de ingreso y prediagnóstico para toda la población del área metropolitana, que surge como

---

18. GABALDON, Luis G. *Op. cit.*

19. *Ídem.*

20. Ver al respecto MARCHIORI, Hilda: *El estudio del delincuente.* Edit. Porrúa, México, 1983.

21. DOMÍNGUEZ, Juan Carlos. *Op. cit.*

22. Ver DOMÍNGUEZ, Juan Carlos. *Op. cit.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un proyecto de carácter técnico y con la participación de todas las instancias del Sistema de Justicia Juvenil, obviándose totalmente otros centros policiales o comisarías y que sirve, además, de apoyo técnico al proceso judicial y a los centros de internamiento, cuando es del caso.

Es en estas primeras horas de contacto con el Sistema de Justicia donde probablemente, como en los servicios de emergencias de los hospitales, se pueden resolver gran cantidad de casos y situaciones.

Desde esta perspectiva y siguiendo el modelo señalado, creemos que a este nivel se puede, con decisiones prácticas sencillas, desarrollar las siguientes funciones generales:[23]

1. Garantizar que todo menor aprehendido, en riesgo social o infractor *sea evaluado y atendido técnicamente,* tomando en consideración la *singularidad* de su condición por medio de un conocimiento exacto que oriente las medidas preventivas correspondientes, a nivel individual, familiar y comunal.

2. Mantener, a este nivel, una estrecha comunicación con todas las instancias del Sistema de Justicia Juvenil (policía, juzgados, centros de internamiento), así como con la familia y comunidad para la correcta ubicación, tratamiento y seguimiento, según necesidades de los menores.

En este sentido, de forma particular, creemos pueden definirse procedimientos de admisión, prediagnóstico y reubicación, fases de un mismo proceso que deberá realizarse en plazos máximos de 24 horas hasta 3 días, según la legislación correspondiente.

Recapitulando podemos decir que en estas primeras horas podría plantearse una instancia no policial que cumpla funciones de ingreso, prediagnóstico y referencia del menor infractor y en riesgo social, como acción coordinada de las diversas instancias del Sistema de Justicia Juvenil. Su función básica sería la recepción, prediagnóstico y referencia, su carácter metodológico interdisciplinario; cumpliendo además funciones de apoyo a todas las instancias del Sistema de Justicia Juvenil, así como de retroalimentación por medio del análisis estadístico y la investigación.

Veamos con más detenimiento estas tres fases o momentos principales: admisión, prediagnóstico y referencia, que conceptualmente pueden aparecer como más extensos de lo que la práctica implica, pues en total podemos estar hablando de algunas horas a tres días como máximo.

1. Fase de admisión.

Se refiere al proceso mediante el cual autoridades, instituciones o particulares referirán a esta instancia, un menor en riesgo social o infractor. Esta fase está constituida por aspectos técnico-administrativos de denuncia o razones de aprehensión e identificación y por aspectos técnicos metodológicos, de recepción (elaboración de ansiedades y definición del aquí y del ahora), clasificación básica (lugar de estancia por edad, sexo y situación personal), análisis y atención del estado de salud general, evaluación del carácter legal del proceso de detección (policial) y evaluación del caso para posible referencia inmediata (familia, centros de internamiento u otra atención especializada). Esta fase dura un máximo de permanencia de 24 horas.

2. Fase de prediagnóstico.

Tradicionalmente los diagnósticos se conciben como una compleja operación que tiende a establecer la etiología y dar indicaciones y recomendaciones para el tratamiento (Domínguez). Es decir, siguiendo el modelo médico, se ejecuta una función centrada en la "etiología de carácter individual."

En este caso, el prediagnóstico, más que análisis clínico criminológico se refiere a una función investigativa, organizadora de la información existente, que permita señalar pautas específicas de referencia inmediata, según condiciones personales y jurídicas, así como pautas de abordaje a nivel individual, familiar y comunal. Esta fase debe ser interdisciplinaria e implica, además del proceso de recepción y análisis, una devolución de la información al menor que deberá estar al tanto de su situación. Colateralmente en este lapso de tiempo que dura un máximo de 3 días, se concluyen actividades grupales y de utilización formativa del tiempo libre.

3. Fase de reubicación.

La fase de referencia o reubicación se inicia una vez finalizado el proceso prediagnóstico y culmina con el proceso de entrega del menor, ya sea al grupo familiar, o a las instituciones adecuadas para la atención y seguimiento de la problemática particular.

---

23. Ver al respecto VÍQUEZ JIMÉNEZ, Mario y otros. *Centro Nacional de Diagnóstico y Referencia del Menor en Riesgo Social.* Edit. Dirección General de Adaptación Social. Ministerio de Justicia, San José, Costa Rica, 1986.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Tiene además un carácter de coordinación interinstitucional estrecho, aportándose la información existente hasta el momento. Se encarga a su vez de retroalimentar a las instituciones sobre aquellos casos con ingresos recurrentes.

Ahora bien, la complejidad de estas funciones evidentemente tiene que estar compensada con la idoneidad técnica y humana de aquellos que lo hacen y con una dotación y bagaje técnico que va más allá de simple buena voluntad.

Nuestra experiencia en este sentido es que la responsabilidad del menor recae conjuntamente sobre todos los integrantes del Sistema de Justicia Juvenil y la comunidad, a través de diferentes formas y niveles de organización y participación que van desde asociaciones y grupos con fines específicos en la materia, hasta asociaciones puramente comunitarias.

5. Consideraciones finales.

Quisiera, en relación con el tema de los centros de ingreso y diagnóstico, según como se le conozca, hacer además un par de observaciones. En primer lugar, referirme a la discusión familia versus institución y, en segundo lugar, hacer algunas consideraciones sobre las funciones diagnósticas y clasificatorias.

Sobre la discusión familia versus institución, tal vez nos sirva de guía la frase de Bahunin: "El niño no es propiedad de los padres ni de la sociedad; el niño pertenece a su futuro en libertad." Porque frente al proceso de segregación del menor existe, por un lado, una tendencia *ultrafamiliarista* que cree en la devolución del menor a la familia biológica como alternativa al institucionalismo, sin precisar un diagnóstico familiar y, por otro lado, estaría la posición *ultrainstitucionalizadora* que hablaría de una cesión del menor al Estado.[24]

Las investigaciones en este sentido con población infractora nos indican que el 33% de los menores tiene familia con recursos, el 34% no tiene recurso familiar, el 27% algún "posible recurso" y el 6% recursos secundarios. Es decir, el 60% aproximadamente no tiene en concreto recurso familiar.[25]

Igualmente en investigaciones sobre las familias de multirreincidentes, nos hemos encontrado que si bien un 88% recurre al grupo familiar primero o segundo cuando egresa, únicamente el 48% desea quedarse y otro 48% manifiesta que algo "los impulsa a irse". Además, las condiciones socioeconómicas de la familia —señalan— no ofrecen al menor mayores posibilidades para su reinserción social que las que había en el momento de su internamiento.[26]

Por otro lado, a nivel institucional la percepción que tienen los menores sobre el "tratamiento del centro de internamiento" dicen haber obtenido en un 24% capacitación académica; 32% conocimiento de sí mismo; 12% aprendizaje delictivo; 4% pérdida de libertad; 4% disciplina y un 24% dice que nada.[27]

Esto indica que el 56% de los menores siente que su permanencia en el centro les ha permitido algún tipo de preparación y/o capacitación. El 34% tiene una evaluación negativa de su permanencia en la Institución. A pesar de ello, el 88% de la población no desea estar en el Centro porque implica pérdida de libertad y/o sometimiento a normas.

En realidad sabemos que el poder de la familia y de la Institución como estrategia de socialización, está en su poder mediatizador para transmitir la ideología. En este sentido idealmente la familia conjuntamente con la educación, serían los entes de socialización para cumplir con las tareas planteadas por el sistema social. Pero, según los datos que tenemos, esto no acontece en la realidad con los sectores criminalizados, apareciendo la institución como una alternativa sustitutiva transitoria. Es acá donde creemos funcional un proceso de diagnóstico familiar y comunal que permita discernir la capacidad del grupo familiar y del contexto comunal para poner en juego todo lo que legítimamente sirva, para que el niño y el joven se desarrollen con plenitud como seres humanos, incluyendo las instituciones.

Quisiera, finalmente, referirme a las clasificaciones psicocriminológicas que con frecuencia tienden a utilizarse en los procesos de prediagnóstico y diagnóstico. Nuestra posición es que, a pesar de su "utilidad práctica" (que es posiblemente su principal argumento) en el fondo tienden a mecanizarse y a trasladar, de manera imperceptible, las funciones jurídico-represivas y de "funcionalidad institucional" a un lenguaje pseudocriminológico que sólo cumple finalmente una función técnico-estigmatizante.

---

24. DOMÍNGUEZ, Juan Carlos . *Op. cit.*

25. BEDOYA, Syndell y ALVARADO, Patricia. *Op. cit.*

26. *Ídem.*

27. *Ídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

No queremos con esto dejar la idea de que estamos en contra de las clasificaciones, sino a su utilización porque en el mundo clasificatorio todo puede caber y, de esta manera, presentar aparentemente ordenados fenómenos que tienen su asiento explicativo en diferentes niveles.

Hoy día sabemos que las clasificaciones existen solo en el espacio clasificatorio y de ahí irradian hacia los referentes llamados pacientes o internos. Entiéndase bien, decimos que solo existen en el espacio clasificatorio, no que no existen. Su materialidad es simbólica, no existían antes de que se elaborase el concepto.[28]

Pero es precisamente en su capacidad simbólica donde se produce el deslizamiento de las funciones represivas y de funcionalidad institucional al pseudolenguaje psicológico, produciendo una función no científica, aunque llamada con ese nombre, que cumple finalmente una función estigmatizante.

Pongamos un ejemplo: en las clasificaciones psiquiátricas se habla de psicosis alcohólica, neurosis histérica, trastornos de conducta de la infancia y desajuste social.

Como podemos observar, la clasificación aparentemente ordena a la realidad; pero lo que no explica es que aquí se está pasando del terreno de la biología al de la psicología y de éste al jurídico penal, produciendo un efecto ideológico de borramiento de las diferencias.[29]

Ahora bien, esto no significa, como señala Braunstein, que por pensar que esta empresa no es moralmente legítima, deba abandonarse a los ideólogos de la manipulación que se pretende combatir.

La crítica moralista y abstracta, así como el rechazo de la "áspera vida terrenal" puede terminar haciendo un juego-cómplice a las arbitrariedades de lo cotidiano.

Pero no por ello, debe dejarse planteado que las clasificaciones criminológicas no son el objeto de ninguna ciencia, sino las demandas de una intervención formulada a los criminólogos en una estructura social concreta.

En síntesis, el diagnóstico y la rehabilitación del menor no es *un objetivo científico* sino una tarea práctica que responde a demandas concretas y que pueden implementarse *preferiblemente* con conocimiento científico para ello.

Lo que preocupa, en todo caso, es que se recubra de cientificidad una serie de procedimientos que no lo son, porque, por el contrario, es probable que sea la ciencia la única que pueda sacarnos de este marasmo de ocultamiento ideológico al que estamos expuestos en criminología.

Termino mi exposición con una frase de Castilla del Pino que tal vez pueda explicar, en parte, nuestra posición y algunas posibles contradicciones en nuestro discurso:

> "... es cierto que la situación alienadora imposibilita de hacer más, pero lo que se trata en el auténtico proyecto no es de hacer lo que se podría hacer si la situación fuera otra, sino de hacer lo que se puede hacer en esta situación en la que estoy, para que deje así de ser lo que es."[30]

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO, Patricia y BEDOYA, Syndell, *Propuesta de una estrategia de egreso del Centro Luis F. González Flores.* Universidad de Costa Rica. Escuela de Psicología, 1986.

ANIJAR DE CASTRO, Lolita, *Conocimientos y orden social, criminología como limitación y criminología de la liberación.* Editorial Universidad del Zulia, Venezuela, 1981.

Criminología de la reacción social. Editorial Universidad del Zulia, Venezuela, 1977.

BRAUNSTEIN, Néstor *Psicología, Ideología y Ciencia.* Editorial Siglo XXI, México, 1975. *Psiquiatría, Teoría del Sujeto, Psicoanálisis (hacia Lacan)* Editorial Siglo XXI, México, 1980

BRENES BLANCO, Emilia, *Análisis de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores y la Legislación sobre Derechos Humanos.* Tesis de Grado. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1984.

28. BRAUNSTEIN, Nestor: *Psiquiatría, Teoría del Sujeto; Psicoanálisis (hacia Lacan).* Edit. Siglo XXI, México, 1980.

29. BRAUNSTEIN, Néstor. *Op. cit.*

30. CASTILLA DEL PINO, 1983.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Dirección de Prevención, *Informe de labores del Programa de Prevención.* Editorial D.G.A.S. Ministerio de Justicia, San José, Costa Rica, 1986. *Estadísticas: Centro Luis Felipe González Flores, Centro Amparo de Zeledón, Centro de Diagnóstico del Menor en Riesgo Social y Programa de Atención al Menor en Comunidad,* D.G.A.S. Ministerio de Justicia, San José, Costa Rica, 1985.

DOMÍNGUEZ, Juan Carlos, *Detención y Prediagnóstico del Menor Infractor.* En **Curso para Personal de Centros de Menores Infractores,** del 7 al 12 de diciembre, 1981, Editorial ILANUD, San José, Costa Rica, 1981.

GABALDON, Luis G., *Detención y respuesta policial en el contexto de un sistema penal fragmentario. Una exploración preliminar en Venezuela.* Editorial ILANUD, Diciembre 1984.

Naciones Unidas, *Informe del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.* F/CONF 121/22. Milán, Italia, 1985. *"Adultos Jóvenes Delincuentes"*, Nueva York, 1965.

RICO, José María, *Crimen y Justicia en América Latina.* Editorial Siglo XXI, México, 1977.

RUIZ-JIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín y otros, *Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente.* Ponencias en el curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Editorial Consejo Superior de Protección de Menores, Ministerio de Justicia, Madrid, España, 1982.

TANNENHAUM, Frank, *Crime and Community.* Primera edición, 1982.

VÍQUEZ JIMÉNEZ, Mario y otros, *Centro Nacional de Diagnóstico y Referencia del Menor en Riesgo Social.* Editorial D.G.A.S. Ministerio de Justicia, 1986.

VÍQUEZ JIMÉNEZ, Mario, *El Sistema de Justicia Juvenil en Costa Rica.* Editorial D.G.A.S. Ministerio de Justicia, San José, Costa Rica, marzo de 1987.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL PRESO SIN DELITO

LIC. ÁLVARO BURGOS MATA

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN. 56

TÍTULO PRIMERO:
Análisis del tratamiento de los extranjeros y de la vigencia de la protección de los derechos humanos en relación con su estadía intracarcelaria. 56

Capítulo Primero:
Sección Primera:
El régimen de los extranjeros dentro de nuestro Ordenamiento jurídico y el tratamiento histórico dado al extranjero. 56

Sección segunda:
Las inmigraciones y la xenofobia del costarricense. 57
a. La inmigración como fenómeno histórico en Costa Rica. 57
b. La reacción del costarricense ante las inmigraciones extranjeras 58

Capítulo Segundo:
La situación intracarcelaria del extranjero indocumentado. 58

Sección Primera:
Ubicación y tratamiento 58
a. Su ubicación dentro de la cárcel 58
b. El "tratamiento" al extranjero indocumentado 59

Sección Segunda:
La escuela intracarcelaria 59
a. El proceso de criminalización. 59
b. La marca indeleble del recorrido por el sistema. 59

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

TÍTULO SEGUNDO:

Naturaleza jurídica y atribuciones de la Dirección General de Migración y Extranjería. Y la problemática de la detención indeterminablemente prolongada del extranjero como medio de asegurar su posible deportación. 60

Capítulo Primero:

La Dirección General de Migración y Extranjería y sus potestades dentro del Orden jurídico costarricense. 60

Capítulo Segundo:

Sección Primera:

La potencial expulsión como justificación de la privación de libertad. 60

a. El "Indubio contra Reo" en el plano administrativo-migratorio 61

b. La inseguridad jurídica del extranjero indocumentado detenido 61

Sección Segunda:

Violación de normas nacionales e internacionales a raíz de la detención injustificablemente prolongada del extranjero indocumentado en la cárcel. 61

a. Violación de normas legales 61

b. Violación de normas internacionales 64

c. Violación de normas constitucionales 66

CONCLUSIONES 67

BIBLIOGRAFÍA 67

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EPÍGRAFE

"Más allá de cualquier ideología, más allá de lo bueno y lo profano, soy parte del espacio, soy la vida, por el hecho de ser un ser humano..."

Alberto Cortés

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi más profundo agradecimiento a todos los que de una manera u otra han hecho posible la realización del presente trabajo, en especial al Dr. Luis Paulino Mora, Ministro de Justicia, al Lic. Gerardo Villalobos, Director General de Adaptación Social, a la Licda. Sonia Picado Sotela, Directora Administrativa del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Al personal de la Unidad de Admisión y Contraventores de San Sebastián y sobre todo al interno FERNANDO CASTILLO SIGLER, de nacionalidad cubana, quien se convirtió en la fuente de motivación inspiradora primaria hacia el interés por el presente tema de estudio.

El Autor

DEDICATORIA

A todo aquel ser humano que todavía en nuestros días sigue siendo objeto de restricciones a su libertad, sin haber cometido delito alguno, en síntesis, al "PRESO SIN DELITO", del que es un vivido ejemplo el extranjero indocumentado en las cárceles de nuestro país...

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende poner de manifiesto, la problemática existente, en razón de la violación flagrante de los preceptos fundamentales de los Derechos Humanos, evidenciada en la detención injustificablemente prolongada de los extranjeros indocumentados a la orden del Departamento de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación y Policía de la República de Costa Rica, en un medio típicamente delictivo como lo es el ambiente intracarcelario; encontrándose los mismos bajo la custodia de la Dirección General de Adaptación Social del Ministerio de Justicia y Gracia del citado país.

Nos enfrentamos pues, no a la circunstancia ampliamente descrita en reiteradas oportunidades, y no por ello menos lamentable, del *Preso sin Condena;* sino que, peor aún , nos referimos aquí a la criminalización de lo que podríamos denominar como el *Preso sin Delito.*

Es por todo lo antes citado, que expondremos como hipótesis fundamental, el hecho de que, la permanencia señalada de sujetos extranjeros que no gozan ni siquiera de la condición de indiciados dentro del marco teórico de nuestro Ordenamiento jurídico nacional, inmersos en las cárceles comunes y corrientes de Costa Rica, evidencia una violación rotunda de la aplicación de los preceptos básicos de la vigencia de los derechos humanos.

Para desarrollar lo anterior, hemos dividido el presente trabajo en dos títulos. El primero de ellos se ocupa de lo tocante al estudio del trato histórico y jurídico que se ha dado tradicionalmente al extranjero, refiriéndonos también a nuestro contorno patrio, así como al análisis práctico de la estadía del extranjero indocumentado dentro de las cárceles; para luego de inmediato, pasar al título segundo, en donde estudiaremos lo relativo a la naturaleza jurídica y potestades de la Dirección General de Migración y Extranjería, así como también la figura de la Detención como medio idóneo e irrestricto de garantizar la posible expulsión del extranjero indocumentado, las diferentes violaciones de normativas tanto nacionales como internacionales, y finalizaremos con unas conclusiones generales acerca del tema.

TÍTULO PRIMERO

ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO DE LOS EXTRANJEROS Y DE LA VIGENCIA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON SU ESTADÍA INTRACARCELARIA

En el presente título, intentaremos dar una visión general del tratamiento que se da y se ha dado en el pasado al extranjero dentro de nuestro Ordenamiento jurídico, así como también una mirada al perfil práctico en torno a su tratamiento dentro de la cárcel y a sus garantías efectivas de protección tanto a nivel legal, como constitucional.

CAPÍTULO I

Sección Primera

EL RÉGIMEN DE LOS EXTRANJEROS DENTRO DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO Y EL TRATAMIENTO HISTÓRICO DADO AL EXTRANJERO

Pasaremos de inmediato a introducirnos en el tratamiento histórico que se le ha dado al extranjero y en el análisis de su vigencia carcelaria.

Primeramente, debemos aclarar desde ya, que para los efectos de nuestro estudio por "extranjero" se deberá entender aquel sujeto o persona física, que se encuentra dentro del territorio, del cual no es nacional, y por ende está bajo la tutela legal del Ordenamiento foráneo.

Al enfrentarnos con la realidad histórica, nos da-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mos cuenta de que sin lugar a dudas, el extranjero no tuvo en la antigüedad un trato igualitario al nacional, sino que todo lo contrario, se encontraba generalmente bajo una "Capitis Diminutio" provocado precisamente en razón de su origen. Atenas, por ejemplo, señalaba a los extranjeros un barrio especial, donde los recargaba de impuestos, y los amenazaba con la más odiosa servidumbre, si se negaban a pagarlos.[1]

Por su parte, Esparta, prohibía a los extranjeros la entrada en su ciudad, aduciéndose el temor de que sus costumbres fueran corrompidas con el contacto extraño.[2]

En Grecia la simulación no era diferente, puesto que aún sus más grandes pensadores entre los que figuraban, por supuesto, Aristóteles y Platón, apellidaban de bárbaros a todos aquellos que no habían visto al nacer su campiña.[3]

Roma, aunque moderó su rigor con los extranjeros, no los trató con menos desprecio, señalando las doce tablas inclusive, que el nacional era el elegido de la divinidad, y el extranjero un ser impuro, sintetizando lo anterior en el precepto que sostenía que en contra del extranjero, estaban eternamente la ley o la autoridad: "Adversus Nostem Aeterna Auctoritas".[4] En la Edad Media, es extranjero quien se desplaza del feudo de origen a otro distinto, y se le conoce bajo el nombre de "Albana o Subana".[5]

El Albana, necesitaba para establecer en el feudo distinto al que habitaba, rendir en el plazo de un año y un día, pleitesía y vasallaje al señor feudal.

Es aquí, cuando los monarcas, celosos del poder cada vez mayor que ejercían los señores feudales, establecen una lucha contra éstos, tratando por todos los medios posibles de cercenar la tutela ejercida por el Feudo sobre el extranjero, dando como resultado indirecto, el que se estableciera un espíritu común hacia la consecución del cambio del orden existente por medio de la liberación total del hombre y el respeto a los valores humanos, que a la par de la influencia del cristianismo, de la función desarrollada por las ciudades medievales, y de otro inmenso número de circunstancias que no es del caso anotar en este momento, se ven encarnados en el movimiento que cristaliza la Revolución Francesa.[6]

Sin embargo, inclusive, en nuestros días, aun con el desarrollo de toda una corriente que ha propugnado, y que hoy en día lucha igualmente por la vigencia de tratados, convenios y pactos, tanto bilaterales como multilaterales que tienden a garantizar la vigencia de la aplicación de los derechos humanos en nuestro mundo, la violación de los mismos, se hace desgraciadamente presente dentro de nuestros territorios, y en especial con respecto al caso que nos ocupa, en razón de la desigualdad con que son tratados en ocasiones hermanos extranjeros, cuyo único pecado es el no haber nacido en nuestro país, o bien no haber adquirido la ciudadanía correspondiente.

Sección Segunda

LAS INMIGRACIONES Y LA XENOFOBIA DEL COSTARRICENSE

En esta sección trataremos tanto lo referente a la inmigración extranjera como fenómeno histórico en Costa Rica, como también, las repercusiones que ha provocado la misma en el costarricense.

a. La inmigración como fenómeno histórico en Costa Rica.

En efecto, han sido muchas las causas de la inmigración de extranjeros hacia nuestro país, pero

1. CAMPISTEGUY, Juan, *Nacionalidad y Ciudadanía.* Tesis para optar por el grado de Doctor en Jurisprudencia: Montevideo, Uruguay, 1987, pág. 10.
2. CAMPISTEGUY, Juan. *Op cit.*, pág. 11.
3. CAMPISTEGUY, Juan. *Op. cit.*, pág. 12.
4. ALONSO, Alfonso, *Situación Migratoria del Extranjero.* Tesis para optar por el grado de Doctor en Jurisprudencia: Montevideo, Uruguay, 1987, pág. 10.
5. ALONSO, Alfonso. *Op. cit.*, pág. 41.
6. *Idem.*, pág. 45.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

es evidente, que el proceso armamentista y revolucionario que viven hoy en día cientos de miles de centroamericanos, la anuencia de paz en sus suelos, la carestía del respeto a los mínimos derechos dentro de sus países, ha desembocado en un éxodo continuo hacia Costa Rica.

Paulatinamente entonces, la inmigración "normal" o tradicionalmente soportada, consecuencia lógica del desplazamiento de extranjeros hacia otros países, se vio quebrantada o desnaturalizada, por un incremento no esperado por la población costarricense.

Lo anterior se pone claramente de manifiesto, al estudiar las consecuencias o respuestas del tico ante esta situación lo que ha desembocado en una aparente xenofobia.

b. La reacción del costarricense ante las inmigraciones extranjeras.

Evidentemente, la afluencia masiva de extranjeros, el desplazamiento constante de los mismos por todo el territorio nacional, y por supuesto la manipulación de los medios de comunicación colectiva en razón del problema del posible desempleo del costarricense por la contratación de mano de obra extranjera barata, del problema de salud, del problema socioeconómico, y de muchos otros, ha dado como resultado una aparente xenofobia del nacional ante el foráneo que llega a quitarle (o por lo menos así se piensa) su trabajo, su fuente de subsistencia, que llega a perjudicarlo al traer en muchas ocasiones, problemas colaterales de orden sanitario y socioeconómico; en síntesis, el extranjero en estas condiciones, se transforma en un verdadero peligro potencial y en el enemigo público número uno.

A lo anterior, necesariamente hay que agregar el hecho de que, generalmente, creemos que todo lo malo que nos sucede viene de aspectos externos a nosotros mismos, así pues, ante un hecho terrorista o un tráfico de drogas, se pensará fácilmente en que de manera muy posible, habrán extranjeros inmiscuidos, o en todo caso, la violencia importada de los programas televisivos "de otros países", será en mucho la causante del incremento de la violencia y del desarrollo de la criminalidad.

No queremos decir con lo anterior, que no hayan muchos casos en que sí se den en la realidad hechos similares a los mencionados, sino que no podemos generalizar, y menos descargar única y exclusivamente la culpa por medio de un mecanismo de defensa, atribuyendo a los extranjeros ser los autores directos de todos los males de la sociedad, y/o de falso patriotismo impregnado de una xenofobia casi siempre manipulada.

CAPÍTULO II

LA SITUACIÓN INTRACARCELARIA DEL EXTRANJERO INDOCUMENTADO

Dentro del presente capítulo, tocaremos lo referente a aspectos de índole criminológico-carcelario con respecto al extranjero indocumentado detenido en prisión.

Sección Primera

UBICACIÓN Y TRATAMIENTO

Desarrollaremos primeramente la problemática de su ubicación en la prisión, para luego referirnos a si es posible hablar o pretender establecer un "tratamiento" al extranjero indocumentado detenido en la cárcel.

a. Su ubicación dentro de la cárcel.

El solo hecho de que se le refiera a un centro de reclusión común y corriente al extranjero indocumentado, ya constituye un problema por sí mismo, sin embargo, el conflicto no concluye ahí, sino que todo lo contrario, es cuando empieza a agudizarse su situación.

Al llegar a la prisión, el extranjero indocumentado, se encuentra con una realidad espeluznante, que se refleja en el hecho de saberse uno más entre las decenas de detenidos o privados de libertad que se encuentran en la cárcel.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Se da cuenta al fin, que al igual que quien afronte una causa por violación, homicidio, tráfico de drogas, etc. él es uno más que deberá esperar hasta que se le diga, que el día de expulsión del país ha llegado. Al encontrarse privado de su libertad, es lógico pensar, que el individuo sufra de tremendos momentos de angustia, sufrimiento y ansiedad, acentuados en la creencia de lo injustificado de su permanencia en la prisión.

Se agrega a lo antes dicho, que la ubicación no obedece a parámetros uniformes: y es así como perfectamente se le puede tener tanto en un lugar de Tratamiento, como en un Centro de Confianza, o en una Unidad de Admisión, o bien junto a sentenciados en algunas ocasiones, o al lado de solamente indiciados y/o contraventores, o también junto a grupos mixtificados de ellos, e incluso, según sus características podrá estar en una etapa o pabellón de mínima seguridad hasta en uno de máxima seguridad, haciéndose la salvedad de que en los casos de las Unidades de Admisión se utiliza otra nomenclatura y por ejemplo en la Unidad de Admisión y Contraventores de San José (San Sebastián), los módulos se dan desde el A (en donde generalmente se ubica a individuos primarios sin ingresos anteriores), hasta el F (donde se encuentran individuos reincidentes, con múltiples ingresos intracarcelarios, o bien sujetos que por su "peligrosidad" o su misma "seguridad" han sido ubicados allí).

b. El "Tratamiento" al extranjero indocumentado.

Evidentemente, no podemos hablar de "Tratamiento" para el extranjero indocumentado, puesto que no está en prisión por haber cometido algún delito, ni siquiera por vulnerar alguna falta de policía o contravención, sino única y exclusivamente por encontrarse a la orden del Departamento de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación.

En tal circunstancia, aunque de hecho, está privado de su libertad por un requisito administrativo y no por un delito, nunca podríamos concebir el hecho de que pudiese vérsele como un sujeto apto para algún tipo de tratamiento, puesto que en ningún momento se le ha sentenciado a una pena, o se le ha impuesto una medida de seguridad, aunque en la realidad su estadía intracarcelaria podría verse perfectamente como una "Medida de Seguridad de Carácter Expulsivo", puesto que durará el tiempo necesario para que se dé su eventual expulsión del territorio nacional.

Sección Segunda

"LA ESCUELA INTRACARCELARIA"

Un hecho innegable, es el de que definitivamente, un solo día en la cárcel, ha cambiado la vida de muchas personas que muy posiblemente salgan posteriormente de allí, no mejor, y ni siquiera igual, sino casi siempre peor de como entraron por vez primera.

En esta sección desarrollaremos tanto lo que toca al proceso de criminalización del extranjero indocumentado, como también lo referente a la marca indeleble que llevará potencialmente luego de su recorrido por el sistema de justicia penal.

a. El proceso de criminalización.

Cuando hablamos de proceso de criminalización nos referimos a la metamorfosis psíquico-social que sufre el individuo que llega a tener contacto con el Sistema de Justicia Criminal, siendo objeto de una restricción de su libertad personal.

Indudablemente, sí es cierto, como antes mencionábamos, que tan solo un día dentro de la cárcel ha cambiado la vida de un sujeto, pensemos por ejemplo en el caso de alguien que fue golpeado, agredido o violado con mucho más razón podríamos concluir que después de varias semanas, meses y hasta años, el proceso de criminalización de que hablamos, como una consecuencia lógica se verá acentuado, trayendo secuelas que podrán marcarlo para el resto de la vida.

b. La marca indeleble del recorrido por el sistema.

Al referirnos a la marca indeleble en este caso, hacemos referencia al proceso de estigmatización o etiquetaje en sentido objetivo y subjetivo del individuo.

En sentido objetivo se mostrará en razón del rechazo y agravio moral con el que el resto de la sociedad lo tratará por haber sido objeto de una privación de libertad. Es claro que en este sentido (objetivo) el proceso de estigmatización o etiqueta-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

je podrá manifestarse tanto consciente como inconscientemente por parte del grupo social. En cuanto al sentido subjetivo de la marca indeleble, queremos hacer referencia al tatuaje jerárquico y moral que sufre en su fuero interno el individuo privado de su libertad, que llega a su clímax cuando se da sin ningún delito de por medio, como es el caso del extranjero indocumentado, quien se presenta como pretendemos visualizar, ya no como un *Preso sin Condena* (el cual podría ser eventualmente inocente), sino como algo peor, como un *Preso sin Delito*, puesto que su determinación no obedece siquiera a la necesidad de la averiguación de los hechos que rodean a un determinado hecho delictivo, en el cual se le hubiere involucrado, sino que responden a un procedimiento puramente administrativo, que nunca debió haberse confundido o desarrollado, en un ambiente intracarcelario.

TÍTULO SEGUNDO

Naturaleza jurídica y atribuciones de la Dirección General de Migración y Extranjería. Y la problemática de la detención indeterminablemente prolongada del extranjero como medio de asegurar su posible deportación.

En el título segundo, trataremos de brindar al lector un recorrido en torno a la naturaleza jurídica, potestades y atribuciones de la Dirección General de Migración y Extranjería, señalando de inmediato, lo correspondiente a la invalidez o legitimidad de la detención, sus posibles excesos y las normas tanto nacionales como internacionales que se podrían violentar con el abuso de la misma.

CAPÍTULO I

La Dirección General de Migración y Extranjería y sus potestades dentro del Orden jurídico costarricense

En el presente capítulo nos abocaremos a la tarea de analizar lo concerniente a la Dirección General de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación y Policía, tanto en torno a su naturaleza, como en relación con sus atribuciones.

CAPÍTULO II

Sección Primera

LA POTENCIAL EXPULSIÓN COMO JUSTIFICACIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Una frase muy apropiada para esta sección sería aquella de que: "El fin no justifica los medios..."; puesto que no podríamos considerar como justificada la introducción de un sujeto en una prisión, simplemente por un proceso administrativo de expulsión, que inclusive nunca puede llegar a darse.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Es así como desarrollaremos en esta sección dos partes, tratándose primero el problema de "Indubio contra Reo" en el plano Administrativo-Migratorio, para remitirnos posteriormente al tema de la "Inseguridad Jurídica del Extranjero Indocumentado" que ha sido privado de su libertad.

a. El "Indubio contra Reo" en el plano administrativo-migratorio.

No cabe duda, que el principio de inocencia queda en casos como éste segregado a sus mínimas repercusiones, puesto que la Ley General de Migración y Extranjería, autoriza la detención con el fin de obtener la posible expulsión del extranjero: no obstante lo dicho y sin ánimo de querer desarrollar este punto a profundidad por ahora, puesto que será retomado posteriormente, sí es oportuno indicar que no podríamos concebir un quebranto del principio de inocencia "Prima Facie", puesto que por este procedimiento se llega inclusive a invertir el Indubio pro Reo, transformándolo en un "Indubio contra Reo", pues la autoridad administrativa va a poder, mientras se desarrolle el procedimiento de expulsión y aún mientras la eventual orden de expulsión se ejecuta, mantener privado de su libertad a un individuo por el solo hecho de ser un extranjero indocumentado.

b. La inseguridad jurídica del extranjero indocumentado detenido.

Otro aspecto, de características similares al anterior en cuanto a su negatividad jurídico-procesal, lo viene a constituir el hecho de que mientras se desarrolla el procedimiento de expulsión, el extranjero indocumentado se encuentra en prisión gozando de una absoluta inseguridad jurídica con respecto a su caso.

De la manera más absurda, cualquier otro sujeto que se encuentre en la celda a su lado, por el delito que sea de que se trate, tendrá, en el caso del sentenciado, la certeza de que le falta un determinado periodo de tiempo para recobrar su libertad, y en el caso del indiciado, igualmente, albergará la esperanza de que a corto plazo podrá salir en libertad, ir a juicio, o en el mejor de los casos, obtener algún beneficio que provoque su salida del centro de reclusión.

En contraposición, el extranjero indocumentado detenido, no cuenta más que con la incerteza, la penumbra y la remota creencia de que algún día, el que no se imagina, ni puede imaginarse siquiera, será liberado o expulsado del país.

No es difícil llegar a visualizar lo patético y lo lamentable de la situación antes descrita; la angustia rutinaria de no saber si ese día le llevarán a algún otro lado, la desesperación ante la impotencia de poder hacer algo y el desequilibrio psíquico y mental que podría producir el encierro, el hacinamiento y la criminalización reflejada en semanas y meses dentro de una cárcel.

Definitivamente esta "detención", no puede ser considerada como jurídicamente aceptable sobre todo, si nos cuestionamos las posibles violaciones de carácter legal, constitucional e internacional que se dan con su implementación cotidiana en nuestro Ordenamiento jurídico.

Sección Segunda

VIOLACIÓN DE NORMAS NACIONALES E INTERNACIONALES A RAÍZ DE LA DETENCIÓN INJUSTIFICABLEMENTE PROLONGADA DEL EXTRANJERO INDOCUMENTADO EN LA CÁRCEL

La detención, cuando vierte en un exceso de parte de la autoridad competente, se manifiesta en violaciones claras y flagrantes de normativas internas y externas; tal es el caso que nos ocupa en razón de la prolongación injustificada del extranjero indocumentado en la c) cárcel, como medio idóneo para garantizar su eventual expulsión del territorio nacional. A continuación puntualizaremos sobre las principales violaciones legales, internacionales y constitucionales a las que nos referimos anteriormente.

a. Violación de normas legales.

Dentro de la violación de normativas al carácter legal, podemos tener primeramente, que el artículo 130 de la Ley de Migración autoriza al Ministerio de Gobernación y Policía a que solicite a la Policía Administrativa a "ejercitar la detención pero:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. Debe existir una orden de expulsión contra el extranjero a que se refiere:

2. Deben existir, fundamentos reales y concretos para poder presumir que el extranjero indocumentado intentará eludir la orden de expulsión.

3. Debe existir también, una orden expresa de parte del Ministerio de Gobernación y Policía, disponiendo la detención del extranjero, fundamentada debidamente." [7]

De lo anterior, podemos deducir que, primeramente, es la Policía Administrativa y no los mismos oficiales del Ministerio de Gobernación, los que tienen la facultad y la obligación de proceder a la detención del extranjero indocumentado; y que por otro lado, la fundamentación de la detención debe obedecer a elementos totalmente objetivos y fehacientes, de los cuales se deduzca que se tratará de eludir la eventual expulsión, existiendo además, la orden expresa por parte del Ministerio de Gobernación y Policía decretando la detención del individuo. Lamentablemente la realidad es otra, y es así como frecuentemente observamos que los extranjeros indocumentados son detenidos por oficiales de Migración, o en todo caso por miembros del Ministerio de Gobernación y Policía, siendo privados de su libertad muchas veces, sin tener realmente la certeza que se tratará de eludir la acción de la justicia en torno a su posible futura expulsión, siendo más bien que ésta se ve inclusive retardada, cuando no coartada, por el hecho de estar encarcelado, puesto que de otra manera, el mismo extranjero hubiere salido por su propia cuenta del territorio jurisdiccional del país. En igual forma es notable el hecho de que, otras veces, se detiene al extranjero mientras es sujeto de una instrucción judicial, lo que, se extiende por varios días y a veces por varios meses por lo que al finalizar ésta, si el resultado indica que podría salir en libertad, o bien cumpliéndose con la imposición de la pena respectiva por parte de la autoridad judicial, y por supuesto habiéndose sobrepasado precisamente por el hecho de encontrarse el extranjero detenido en la cárcel, el término de su visa, éste es dejado ya no por la causa judicial que se le seguía, sino ahora a la orden del Departamento de Migración y Extranjería, y hasta en muchas ocasiones, de oficio por parte de la dependencia judicial, sin siquiera mediar la orden respectiva del Ministerio de Gobernación en razón de su detención.

Por otra parte, el artículo 64 de la misma ley, haciendo eco de un precepto constitucional, señala que "...Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que la Constitución Política y las Leyes establecen..." [8]; pero en realidad, podemos notar que evidentemente al propinárseles este tipo de detenciones arbitrariamente prolongadas, se violenta de manera clara esta normativa legal, en el tanto se ha desarrollado paulatinamente una seudoxenofobia por razones de una invasión paulatina pero constante e incontrolada de una serie de extranjeros tanto refugiados como indocumentados al territorio nacional, lo que ha provocado de alguna manera, la preocupación casi generalizada de la población en torno a problemas sociales inmediatos de vivienda, salud, ocupación laboral, criminalidad, etc.

Es por lo anterior, que de alguna manera quisiéramos hacer notar que esta especie de persecución al extranjero indocumentado bajo la consigna de su emigración de suelo nacional, no obedece de manera alguna a un hecho aislado e incoherente con la realidad nacional, lejos de ello, más bien se ha tomado como casi una especie de estandarte de patriotismo disfrazado, el hecho de desarrollar una caza encubierta del extranjero indocumentado, argumentándose que el medio idóneo para garantizar la seguridad del país viene a ser su "detención" y peor aún, con la avenencia y aprobación de una gran parte de la población del Estado.

Igualmente, la Ley número 38 del 24 de noviembre de 1932, contempla la posibilidad del ejercicio del Recurso de Presentación Personal o mejor conocido como *"Recurso de Hábeas Corpus"*, en los casos en que el individuo se encuentra detenido ilegalmente a la orden de una autoridad, y como garantía de protección de su libertad individual.

De manera lamentable, los recursos de Hábeas Corpus han sido periódicamente rechazados por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, organismo de más alta jerarquía dentro del Poder Judicial, que comprende a los diecisiete magistrados que la componen, esto sin menoscabo de minoritarios votos salvados, que hasta la fecha no han sido suficientes para variar el criterio de mayoría en el sentido de señalar que "...en casos análo-

---

7. Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Ley General de Migración y Extranjería. Op. cit.*, pág. 17.

8. *Ídem.*, pág. 11.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

gos la detención constituye el medio idóneo para garantizar la posible expulsión del indocumentado..." [9]

Lo más lamentable quizás, es que la Corte Plena, no se ha pronunciado en el sentido de la posible violación a los derechos humanos, que deviene producto de la estadía extralimitadamente prolongada del extranjero indocumentado en la prisión, ni tampoco sobre el hecho de tenérseles "detenidos" en lugares típicamente criminógenos, siendo tratados como cualquier delincuente común, con todo lo que ese proceso de socialización delictiva implica para un ser humano que se ve privado de su libertad, sin ni siquiera mediar un delito de por medio y hasta frecuentemente por varios meses.[10] Siendo que tampoco ha señalado la Corte un tiempo prudencial, y que tuviere carácter perentorio, para la ejecutoriedad de la orden de expulsión, limitándose únicamente a indicar amigables recomendaciones de acelerar el proceso de expulsión del indocumentado, lo que ha provocado una falta de agilidad y eficiencia de dicho procedimiento, dejando al arbitrio de la Dirección de Migración y Extranjería la consecución de la deportación del individuo sin un límite preciso de tiempo ante el cual se pudiera gestionar su libertad, límite temporal que dicho sea de paso, la misma Ley de Migración y Extranjería desgraciadamente tampoco indica, señala o al menos sugiere.

En otro orden de cosas, es interesante mencionar el hecho de que tanto el artículo primero, como el tercero del Código de Procedimientos Penales, señalan garantías que deberán respetarse en el trato del individuo ante el proceso penal, e inclusive, señala el artículo tercero que: "...Será interpretada restrictamente toda disposición legal que coarte la libertad personal..."[11]; lo que contraviene directamente no sólo el hecho mismo de que no se establezcan plazos perentorios fijos a que atenerse dentro del tiempo de tramitación de la orden de expulsión y frente a los cuales poder invocar la libertad del individuo en razón del exceso de tiempo desarrollado en su detención injustificablemente prolongada, sino que, el extranjero indocumentado encarna la ironía, desgraciada para él, de que, estando recluido como cualquier otro delincuente común, no puede tampoco gozar de ningún beneficio que la ley señala dentro del proceso penal, es decir, no puede darse curso a ninguna solicitud de excarcelación, libertad condicional, descuento, indulto, o beneficio alguno que sí podría tratar de obtener cualquier violador, homicida, ladrón, traficante o estafador que colindará con su celda o más diplomáticamente dicho, con su "lugar de detención".

Este mar de ignominia subculturizada a nivel intracarcelario, que de alguna forma llamara el profesor *Raúl Zaffaroni* como la: "Presoteca Latinoamericana"[12], ha dado como resultado en forma lamentable el hecho de observar cada día más evidentemente en nuestros suelos latinoamericanos cómo poco a poco el aparato estatal, convertido prácticamente en un mellizo del Leviatán de Hobbes[13]; ha ido incrementando como norma, la tendencia de querer ubicar dentro de la cárcel, como si fuera la panacea del universo, a todo aquello que le resulte para su gusto algo peligroso, señalando en el mejor de los casos la búsqueda utópica de la readaptación o resocialización del individuo a la sociedad, pero precisamente queriendo aislar al sujeto lo más distante de ella, o cuando no, invocando razones de seguridad nacional o peligro social para defender su derecho de introducir en la cárcel a quien así lo considere oportuno.

Por último y dentro del mismo espíritu de interpretación de la norma, los artículos primero, tercero y cuarto del Código Penal, al hablar de las normas preliminares de implementación del Código en mención y de la aplicación en el espacio del mismo, nos detallan igualmente la necesidad de ubicar toda gestión penal, dentro del principio de legalidad, así, el artículo primero nos detalla que: "...Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquélla no haya establecido previamente."[14], lo que nos hace reflexionar al mismo tiempo sobre si el término "medidas de seguridad" aquí

---

9. Ver Anexo Nº 1.

10. Ver Anexo Nº 2.

11. Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Código de Procedimientos Penales*, Editorial Porvenir S.A., 1983, III edición, pág. 5.

12. ZAFFARONI, Raúl, Conferencia dictada con ocasión del V Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos del IIDH. San José, Costa Rica, agosto de 1987.

13. HOBBES, Thomas, *El Leviatán*. Editorial Temis. Madrid, España, 1979, pág. 23.

14. Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Código Penal*. Lehmann Editores S.A., IV edición, 1987.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

no comprenderá también lo relativo a las disposiciones correspondientes a la detención, y si así fuere, deberíamos entender que, la detención prolongada de forma exagerada en la cárcel para el extranjero indocumentado, también debería ser considerada como ilegal de acuerdo con las disposiciones antes citadas.

b. Violación de normas internacionales.

En igual forma, tanto el proceder a detener ilegalmente al extranjero, como al prolongar injustificablemente e indeterminablemente esa detención, aunque la consideremos como "legítima" en cuanto a su procedencia primaria, nos enfrentamos de nuevo al fenómeno del quebrantamiento de diversas normas, en este caso de naturaleza internacional o supranacional.

Sin ánimo de entrar a analizar en detalle todos y cada uno de los instrumentos de carácter internacional que nuestro país ha suscrito y ratificado, producto de los cuales se violentarían normativas internacionales con la situación antes descrita, nuestro interés es el de poner de manifiesto algunos de los más importantes de estos instrumentos, algunos de ellos con carácter vinculante e incluso con rango mayor a la ley común y sólo superados por la propia Constitución Política.

En primer término, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, estipula ya en el primer párrafo del Preámbulo de la misma que "...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana..."[15]

En el mismo sentido, señala el artículo 2-1, que "...toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición..."[16]

El artículo 3 nos indica que "...todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad, y a la seguridad de su persona..."[17]

El artículo 5 señala que "...Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, o degradantes..."[18]

El artículo 7 menciona también que "...todos son iguales ante la ley, y tienen sin distinción, derecho o igual protección de la ley, todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación..."[19]

E igualmente, señala el artículo 13 que "...toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a un país..."[20]

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 (XXI) del 16 de diciembre de 1966, dentro de este instrumento jurídico internacional, notamos de la misma forma que en el anterior, como se señalan dentro de su articulado normas tendientes a la protección del ser humano, sin distinción de su nacionalidad.

Así, el artículo 2 señala que "...cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentran en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social..."[21]

---

15. Organización de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos.* Oficina de Información Pública de la ONU, Nueva York, 1983, pág. 2.
16. *Ídem.*, pág. 3.
17. *Ídem.*, pág. 3.
18. *Ídem.*, pág. 4.
19. *Ídem.*, pág. 4.
20. ONU. *Op. cit.*, pág. 5.
21. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Recopilación de Instrumentos Internacionales.* Oficina de Publicaciones de la ONU, 1983, pág. 9.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El artículo 7 nos indica que "...Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes."[22]

De igual manera, reza el artículo 9 que "...todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitraria. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta..." [23]

En el mismo orden de pensamiento, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Interamericana, reunida en Bogotá, Colombia en 1948: manifiesta en su artículo "...todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona..." [24]

El artículo V del mismo cuerpo normativo dispone que: "...toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar..." [25]

En igual forma, el artículo XXV indica que "...Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por Leyes preexistentes..." [26]

Para finalizar este segmento, citaremos también algunas disposiciones pertinentes al caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que ya no viene a ser solamente una declaración de buenos principios o una manifestación de palabras que se las puede llevar el viento al chocar contra el huracán de la realidad cotidiana, sino que, todo lo contrario, si bien las declaraciones y pactos antes citados hoy se conocen como fuente inspiradora y primaria de toda normativa inclusive constitucional de los miembros de la Comunidad Internacional, lo cierto es que aquí nos encontramos ya frente a un tratado multilateral suscrito por nuestro país, aprobado por la Asamblea Legislativa mediante Decreto Ley Nº 4534 del 23 de febrero de 1970, y ratificado el 9 de abril del mismo año, siendo depositado ante la Secretaría General de la OEA el 2 de julio de 1980, no solamente el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sino también lo correspondiente a la Jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con los artículos 45 y 62 de la convención, lo que hace que este tratado sea vinculante para el estado costarricense, y que tenga rango superior a la ley común.

Dentro del instrumento internacional citado, señala el artículo 7 que: "...Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios...; toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso..." [27]

El artículo 22 por otra parte también señala que "...toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado, tiene derecho a circular por el mismo y, al residir en él con sujeción a las disposiciones legales: que toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio, e igualmente el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley..." [28]

Todo lo anterior, evidencia de manera lamentable la existencia de una clara violación de normativas de carácter internacional que propugnan por la vigencia de los derechos humanos en los pueblos de la tierra y que no hacen distingo para su aplicación entre el nacional y el extranjero.

Es importante anotar además, que desgraciadamente la visión externa de nuestro país queda muy desteñida con este tipo de actitudes por parte del Estado costarricense, puesto que de ninguna manera son congruentes las mismas con la política de la consecución de la paz permanente y duradera que queremos no sólo para los demás pueblos, sino también por supuesto, que debemos de propugnar por el nuestro primeramente, siendo que no debemos

---

22. IIDH. *Op. cit.*, pág. 10.

23. *Ídem.*, pág. 10.

24. Organización de Estados Americanos. *Manual de Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano.* Secretaría General de la OEA. Washington D.C., 1985, pág. 20.

25. OEA. *Ídem.*

26. *Ídem.*, pág. 21.

27. *Ídem.*, pág. 20.

28. *Ídem.*, pág. 32.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

conformarnos en ningún momento con una paz que solamente se asimile a un sinónimo semántico de ausencia de guerra, puesto que tenemos que velar porque cada día se dé una aplicación más vivida de los Derechos Humanos, y no sólo a nivel de los derechos llamados de la "Primera Generación" o sea los "civiles y políticos", donde encontramos por supuesto el de la Libertad, objeto de nuestro estudio, sino también de los "económicos, sociales y culturales", o "Derechos de la Segunda Generación", y aun los que en nuestros días son ubicados como de la "Tercera Generación", en donde encontramos aspiraciones del ser humano no menos importantes como lo son "el Derecho a la Paz" y "el Derecho al Desarrollo".

c. Violación de normas constitucionales.

La Constitución de nuestro país, como todos sabemos, es el instrumento jurídico de más alta jerarquía dentro del Ordenamiento jurídico costarricense. Debe ser pues, no solamente la mejor representación de los intereses de un pueblo, sino también la fuente inspiradora de todas las demás normas que conforman el cuerpo jurídico del Estado.

Nuestra Carta Magna, contiene expresamente, disposiciones tendientes a proteger derechos tan sagrados como la Libertad y la igualdad de la ley sin poderse hacer discriminación alguna entre el nacional o el internacional, sino en cuanto sólo a lo que toca propiamente a derechos individuales de índole político.

El artículo 19 de la Constitución Política nos dice que "...los extranjeros tienen los mismos derechos y deberes individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen..."[29]

De la misma forma y tomando en cuenta lo señalado en el artículo 19, el artículo 22 señala que "...Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad y volver cuando él convenga..." [30]

El artículo 33 es más claro todavía al afirmar que "...Todo hombre es igual ante la Ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana..." [31]

Así también el artículo 37 dispone "...Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público..." [32]

Igualmente, y para finalizar, el artículo 39 de la Constitución no deja de ser menos claro que los anteriores al establecer que "...A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de su culpabilidad..." [33]

Es claro que los anteriores artículos de la Constitución de nuestro país, no ameritan mayor comentario, puesto que es evidente que existe y existió por nuestros antepasados una preocupación por la defensa de los valores coexistenciales al ser humano, dentro de los que están por supuesto, como ya se ha mencionado, el Derecho a la Libertad y el respeto al Derecho de Igualdad. Sin embargo, no podemos dejar de señalar, en cuanto a este último artículo 39, el que, es notable la forma en que es violentado, puesto que pese a que su literalidad e intencionalidad es obvia, en la realidad nos damos cuenta que con el descuento respectivo del artículo 55 del Código Penal (un día de prisión por dos días de trabajo), se ha llegado inclusive al caso de que un extranjero podría haber cumplido perfectamente con el descuento respectivo en razón del citado artículo 55 del Código Penal, una sentencia completa hasta por el máximo de la pena de un delito de citación directa (que se puede extender hasta un máximo de tres años). [34]

Otra incoherencia de la Ley General de Migración y Extranjería, que no puede pasar inadvertida, por rozar con preceptos constitucionales es el artículo 110, el que al hablar de los recursos, plantea inclusive, la posibilidad de una "apelación", que técni-

---

29. Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Constitución Política*. Litografía e Imprenta LIL. S.A., San José, Costa Rica, 1981, pág. 31.

30. *Ídem*. Pág. 32.

31. *Ídem*. Pág. 34.

32. *Ídem*. Pág. 35.

33. Asamblea Legislativa, *Constitución Política. Op. cit.*, pág. 36.

34. Ver anexo Nº 2.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

camente viene a ser más bien una revocatoria, puesto que no sale del fuero de atracción del Ministerio de Gobernación; [35] estableciendo además la *no posibilidad* de acudir a la vía contencioso administrativa en este tipo de asuntos [36], cuando todos sabemos que nuestra Constitución faculta a los administrados a acudir a la citada vía, en la medida en que se hubiere dictado un acto administrativo, que como en este caso estaría sujeto de revisión, por lo que dicho artículo vertería en inconstitucional. [37]

CONCLUSIONES

A lo largo de nuestro trabajo, hemos llegado a la conclusión de que efectivamente, la detención y el internamiento del extranjero indocumentado en las cárceles comunes de la Administración de Justicia Penal de nuestro país, constituye una flagrante violación a las normas básicas de protección de los Derechos Humanos.

Igualmente es importante señalar que la situación que viven los extranjeros indocumentados detenidos, al no saber cuándo, en qué momento y hasta qué día tendrán que ser expulsados o se les hará efectiva su expulsión del territorio nacional, contraviene rotundamente los preceptos fundamentales del principio de inocencia, pudiéndose inclusive afirmar que en materia administrativo-migratoria el principio que rige es más bien, el del Indubio contra Reo.

Sin duda alguna, el proceso de criminalización se hace presente, en sujetos que como el extranjero indocumentado son detenidos por semanas o inclusive por meses y hasta años, perpetuándose una carrera acelerada de estigmatización y de etiquetamiento que provocará una especie de marca indeleble en el fuero interno y externo del sujeto privado de su libertad.

Para finalizar diremos, que la situación del extranjero indocumentado a la orden del Departamento de Migración y Extranjería del Ministerio de Gobernación y Policía, dentro del régimen de la Dirección General de Adaptación Social del Ministerio de Justicia y Gracia de la República de Costa Rica, se visualiza, como antes se dijo, con matices que proyectan un retroceso notable en la búsqueda por la libertad y de la igualdad de todos los hombres, siendo que la Paz no es un concepto vacío, sino que debe venir acompañado diariamente del respeto efectivo de derechos que se manifiestan como inquebrantables, insustituibles e inherentes al ser humano como lo son las normas del resguardo a los Derechos del Hombre, tanto nacionales como internacionales a que tiene derecho todo individuo por el hecho de ser un ser humano, independientemente a su raza, credo, condición económica, nacionalidad, o cualquier otra circunstancia.

Es necesario pues, que exista un pronunciamiento interno de parte de organismos como la Procuraduría General de la República y la Corte Suprema de Justicia, a fin de que se limiten los plazos para la expulsión del extranjero indocumentado, así como también, para que se les ubique en lugares idóneos mientras se ejecuta su orden de expulsión.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, Alfonso, *Situación Migratoria del Extranjero.* Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala, 1962.

Asamblea Legislativa, República de Costa Rica. *Código Penal.* Lehmann Editores S.A., IV edición, 1987.

35. Ley General de Migración y Extranjería. *Op. cit.*, art. 110.

36. Ley General de Migración y Extranjería. *Op. cit.*, art. 113 in fine y 114.

37. Asamblea Legislativa, Constitución Política. *Op. cit.*, art. 49.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Código de Procedimientos Penales.* Editorial Porvenir S.A., 1983.

Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Constitución Política.* Litografía e Imprenta LIL S.A., San José, Costa Rica, 1981.

Asamblea Legislativa, República de Costa Rica, *Ley General de Migración y Extranjería.* **Diario Oficial La Gaceta Nº 152**, 13 de agosto de 1986.

CAMPISTEGUY, Juan, *Nacionalidad y Ciudadanía.* Tesis para optar al grado de doctor en Jurisprudencia, Montevideo, Uruguay, 1987.

HALL, Ana Mary, *Instrumentos de Protección de los Derechos de los Reclusos* . Tesis de Grado para optar por el título de licenciada en Derecho. San José, Costa Rica, 1987.

HOBBES, Thomas, *El Leviatán.* Editorial Temis. Madrid, España, 1979.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Recopilación de Instrumentos Internacionales.* Oficina de Publicaciones de la ONU, 1983.

Organización de Estados Americanos, *Manual de Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano.* Secretaría General de la OEA. Washington D.C., 1985.

ONU, *Declaración Universal de los Derechos Humanos.* Oficina de Educación Pública de la ONU. New York, 1983, pág. 2.

SIEGHART, Paul, *The International Law of Human Rigths.* Clarendon Press. Oxfor, USA, 1983.

ZAFFARONI, Raúl E., *Conferencia Dictada con Ocasión del V Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos del IIDH* San José, Costa Rica, agosto, 1987.

ZAFFARONI, Raúl E., *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina.* Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1986.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ESTUDIO ANALÍTICO SOBRE EL CRIMEN

DR. DANIEL GADEA NIETO

ÍNDICE

Pág.

Introducción. 70

Capítulo I: ***Definición criminológica del crimen***. 70
Sección I: *El problema*. 70
A) Conceptos operacionales de orden descriptivo. 70
B) Conceptos operacionales de orden explicativo 71

Sección II: *El método dentro del crimen*. 72
A) Explicación 72
B) Las reglas 72

Capítulo II: ***Crimen, situación y personalidad***. 72

Sección I: *El elemento situacional*. 73
A) El lugar 73
B) El objeto 73
C) El instrumento 74
D) Motivos 74
E) Modalidades 76

Sección II: *La personalidad dentro del crimen*. 77
A) Factores que impulsan la motivación del crimen 77
B) Factores que forman los mecanismos del crimen 77
C) Factores ligados a situaciones no específicas o amorfas 78
D) Factores ligados a situaciones intermedias o mixtas 78

Conclusión. 79

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

Cuando se hace un estudio analítico sobre el crimen lo que se trata de establecer es una serie de aspectos que permitan a los interesados en esta materia, tener un concepto claro de qué significa este fenómeno desde un punto de vista criminológico.

Para poder llegar a esta meta es necesario plantear el análisis desde el punto de vista primordial, en el cual se debe determinar si se trata o no de un concepto jurídico. Luego se deben revisar y detectar todos aquellos mecanismos que pueden permitir señalar si existen o no conceptos operacionales dentro de este análisis criminológico. Lógicamente, lo anterior solo puede ser cumplido a cabalidad dentro de esta investigación si se logra diferenciar por medio de una explicación sistemática, una serie de conceptos que normalmente son confundidos en materia de crimen (capítulo I).

Por otra parte esta investigación debe permitir reflexionar sobre la importancia del medio que rodea al sujeto que comete un hecho criminal, adónde se cometen hechos, con que tipo de objetos, con qué fines y mediante cuáles modalidades. Desde esta perspectiva, no se puede dejar de lado el rol que juega la personalidad dentro del crimen y para ello será necesario determinar si existen factores que tienen injerencia a la hora del crimen o si por el contrario estos no existen (capítulo II).

CAPÍTULO I

DEFINICIÓN CRIMINOLÓGICA DEL CRIMEN

SECCIÓN I: EL PROBLEMA

Es necesario establecer de antemano el hecho que el crimen se presenta sobre todo como un concepto jurídico.

Desde un punto de vista general el crimen es un fenómeno esencialmente heterogéneo, pues los mecanismos que intervienen en los diferentes tipos de delitos son muy diversos. De esta diversidad parece un aspecto constante que se da porque el crimen produce un conflicto entre el comportamiento de uno o de varios individuos con el grupo dentro del cual se desenvuelven. Este conflicto se traduce siempre en una agresión dirigida contra los valores de este grupo.[1]

Hay una serie de variables que en la época contemporánea caracterizan al crimen:

— No existen sanciones familiares como en la antigüedad, sino que las infracciones son públicas.

—Existencia de una diversificación y complejidad de los delitos contra las personas y contra los bienes.

— Existencia de un grado de percepción muy diversa provocada por los actos criminales.

Para que se pueda hablar de crimen además, es importante que el acto criminal suscite en el grupo una perturbación emocional intensa, susceptible de provocar una reacción social.

Funcionalmente el crimen traduce esta reacción social por medio de la represión y el castigo, instaurando o implantando una pena.

Hay entonces en el crimen una situación específica que proviene no tanto de la identidad de los actos castigados, sino que de la identidad de los sentimientos, emociones y reacciones que suscitan la reacción penal.

Para poder explicar el crimen es necesario identificar una serie de conceptos operacionales de orden descriptivo y de orden explicativo.

A) Conceptos operacionales de orden descriptivo.

Los conceptos operacionales de orden descriptivo se refieren a los siguientes factores: medio, situación y acto.

1. LAGACHE D., *Psycho-criminogénese.* **Actes du II Congrès Internationale de Criminologie**. Tome VI, págs. 129 a 155.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1) *Medio:* por este concepto debe entenderse el *rol* activo que el medio juega en relación con el sujeto que evoluciona bajo su influencia.

La sociología contemporánea ha introducido en su definición de medio un nuevo elemento: el hecho de ser vivido por el hombre.[2]

Dentro de este orden de ideas es importante resaltar la noción establecida por el criminólogo belga Ethienne de Grief en relación con las modificaciones que surgen para el sujeto en su contacto con el medio.[3] Esta posición se basa en la idea de que todo sujeto adaptado a un medio específico sólo está aparentemente de acuerdo con él.

Existe siempre una resistencia y un desacuerdo latente que puede aparecer bruscamente a la ocasión de un conflicto. Puede suceder entonces, que el sujeto, dejándose llevar por sus disposiciones personales o sus movimientos afectivos, exagere el sentido y la significación de ciertas manifestaciones de la vida social. Esta situación lo puede llevar a imaginar en forma ilusoria que el medio se modifica en el sentido que su inconsciente desea. En tales casos, el individuo piensa y reacciona en relación al medio no como éste es, sino como él se lo representa o lo comprende.

2) Situación: el punto de partida del desarrollo del pasaje al acto reside en una situación en la cual una personalidad se encuentra implicada.

Dentro de esta explicación adquieren singular importancia las teorías de Olof Kimberg sobre la importancia de las situaciones precriminales[4]: este autor señaló que hay que estudiar las situaciones en las que se encuentran los sujetos, para determinar los estímulos que han actuado sobre ellos.

Exner había ya señalado que en razón de las circunstancias, las modalidades de ejecución de un hecho pueden verse facilitadas.[5]

La situación entra en juego al menor accesoriamente —como la reconoce Lutterland— cuando se pone a disposición la oportunidad para un acto criminal.[6]

3) Acto: el acto criminal constituye la respuesta de una personalidad a una determinada situación.

A la base de todo acto criminal se produce una tensión psicológica engendrada por la situación específica en la cual el sujeto se encuentra implicado.

Esta tensión psicológica provoca una ligera ruptura de su equilibrio psíquico, pero a su vez ello genera ciertos mecanismos reguladores que tienden a restablecer ese equilibrio.

Cuando el restablecimiento no se produce, se da un fracaso en la resolución de la tensión psicológica.

Este fracaso determina una frustración que a su vez puede engendrar adaptación logradas o fallidas.

El acto criminal se presenta objetivamente como una adaptación fallida.

B) Los conceptos operacionales de orden explicativo.

Luego de haber descrito el crimen, es necesario buscarle su explicación, para lo cual la criminología utiliza el concepto de factores criminógenos.

1) Factor, causa y condición.

Von Hentig[7] entiende por causa un agente que determina por sus incidencias la aparición de una nueva fuerza o de un nuevo objeto. La causa precede al efecto y es invariablemente seguida por el efecto.

Por otro lado, las condiciones provocan solamente ocasiones o estímulos suplementarios.

2) Móvil y factor.

El móvil es de orden subjetivo y se refiere a los efectos producidos por una causalidad objetiva en la vida interior del sujeto.

El factor es un elemento esencialmente objetivo que precede al móvil.

3) Factor e índice.

De las distinciones que se han establecido se puede decir que se debe entender por factor crimi-

---

2. BOUGAT P. et PINATEL Y., *Traité de Droit Pénal et Criminologie.* Tome III. Dalloz, Paris, 1975, pág. 74.
3. *Op. cit.*, p. 76.
4. KINBERG, Olof., *Les situations psychologiques pré-criminelles révélatrices des caractéres de l'état dangereux.* **Bulletin de la Société internationale de criminologie,** 1951, págs. 11 a 26.
5. BOUGAT et PINATEL. *Op. cit.*, p. 79.
6. *Ibíd.*
7. VON HENTIG, Hans, *Crime, cause and conditions,* Mac Graw-Hill Book Co. Inc., New York and London, 1947 pp. 93 a 101.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nógeno, todo elemento objetivo que interviene en la producción del fenómeno criminal.

El índice es un síntoma o un signo que permite establecer un diagnóstico criminológico.

SECCIÓN II: EL MÉTODO DENTRO DEL CRIMEN

A) Explicación.

El método dentro del crimen significa que en materia criminológica, la aproximación para explicar este fenómeno obedece a una serie de reglas que son las siguientes: la regla de los niveles de interpretación, la regla de la necesidad de la descripción, regla de la eliminación de los tipos definidos y la regla de la aproximación diferencial.

B) Las reglas.

1) Regla de los niveles de interpretación: existen en criminología tres niveles de interpretación que son por lo general confundidos: el de la criminalidad, el criminal y el crimen. [8]

— La criminalidad está constituida por el conjunto de infracciones que se producen en un tiempo y lugar determinados.

— El criminal sería aquella persona que participa en la comisión de un hecho delictuoso.

— El crimen comprende básicamente el acto delictuoso que se relaciona con una vida o una carrera criminal. El crimen debe ser considerado como un episodio que tiene inicio, desarrollo y fin.

2) La regla de la necesidad de la descripción: Antes de efectuar una interpretación a un nivel determinado o referido a las relaciones entre los niveles, es necesario que la descripción de los hechos sea completa.

Esto va a implicar que en criminología es indispensable determinar cómo evoluciona la criminalidad en su conjunto, cómo se presenta el criminal considerado como una entidad y cómo se realiza el crimen de una manera general.

3) Regla de la eliminación de los tipos definidos: Dentro de los problemas que suscita la delincuencia se da en ciertos actos la presencia de tipos psiquiátricamente definidos. [9]

Dentro de esta categoría tenemos los enfermos propiamente dichos, atacados por psicosis orgánicas o funcionales y los neuróticos, hay además aquí débiles mentales, desequilibrados de carácter o caracteriales, alcohólicos y toxicómanos.

Todos estos sujetos forman el grupo de enfermos y anormales mentales que deben ser separados de los delincuentes que no tienen tipos psiquiátricamente definidos.

Lo anterior por cuanto existe un gran número de delincuentes que no se pueden encasillar dentro de los tipos psiquiátricamente definidos.

La regla de la eliminación de los tipos psiquiátricamente definidos tiene por objeto separar el campo médico de tales acepciones del dominio criminológico propiamente dicho.

Esto significa que cualquier definición que trate de entremezclar esos dos campos terminaría siendo equívoca.

4) La regla de la aproximación diferencial: El objeto esencial de esta regla se explica por medio de una tentativa de individualización de las diferencias de grado entre los delincuentes y los no delincuentes y entre los delincuentes entre sí.

CAPÍTULO II

CRIMEN, SITUACIÓN Y PERSONALIDAD

Cuando se hace una investigación analítica sobre el crimen se hace necesario tratar de explicar comportamientos humanos de sujetos que a partir de una realidad social enfrentan un problema con

8. HOUCHON, G., *Le principe des niveaux d'interpretation en Criminologie.* **Revue de droit pénal e criminologie.** 1962-1963, pp. 185 a 209.

9. HEUYER, G., *La méthode psychiatrique en criminologie.* **Actes du II Congrés international de criminologie.** Tome III. pp. 353 a 359.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sus semejantes, pues a partir de su producción se origina como consecuencia un choque contra la colectividad.

"Es un acto por el cual el sujeto acepta indirectamente que la colectividad tenga derechos sobre él. La personalidad criminal puede definirse como la actitud común de aquéllos que aceptan o buscan situaciones que los colocan fuera o en oposición con las normas admitidas por el grupo".[10]

Es preciso entonces centrar este enfoque en el punto de partida de que para que exista un acto criminal, es necesario tener muy claro la situación que rodea al sujeto y ver además cómo funciona la personalidad del criminal.

SECCIÓN I: EL ELEMENTO SITUACIONAL

Para desarrollar el aspecto situacional es necesario cuestionarse el crimen en razón del lugar, del objeto, del instrumento, de los motivos, de las modalidades de ejecución y del momento del crimen.

A) El lugar.

Es preciso determinar que el lugar como aspecto situacional de la criminalidad en Costa Rica, está íntimamente relacionado con sectores de población que han sido marginados y obligados a vivir en ciertos sectores de la capital.

Durante el periodo 1971-1977 la situación en Costa Rica de los grupos sociales menos favorecidos exhibió un deterioro en su nivel de ingresos y en la capacidad de satisfacer sus necesidades vitales.[11]

En 1977, 108.213 familias, o sea, una de cada cuatro familias, se encontraba en algún nivel de pobreza. Estos niveles de pobreza fueron definidos utilizando el criterio de la canasta básica de alimentos. Se estableció para ellos su costo per cápita y se le comparó con el ingreso per cápita de cada familia. De esa manera, los grupos de extrema pobreza, corresponden a aquellas familias o personas que aún destinando la totalidad de los ingresos a la compra de alimentos, no lograrían los requerimientos nutricionales mínimos requeridos.[12]

La pobreza en el área urbana es a veces menor que la rural y que el promedio nacional, pero a pesar de lo anterior ocurrió un crecimiento del grupo urbano de extrema pobreza que casi se duplicó entre 1971 y 1977, pasando a representar de un 4.7% de las familias en 1971 a un 7.5% en 1977.

Según las estimaciones más recientes para los años 1980-1982, la pobreza ha evolucionado de la siguiente manera:

Área urbana	*Porcentaje de familias de bajos ingresos*
Julio 1980	24,9%
Julio 1981	40,4%
Julio 1982	58,1%

La pobreza desde el punto de vista del lugar influye en el sentido de que muchas de esas personas viven al margen de los valores de la sociedad, lo cual influye a la hora del pasaje al acto. De cierta manera surgen dos tipos de sociedad, una que crea y respeta la ley y otra que busca como burlarla.

B) Objeto.

El objeto de la conducta criminal es dar respuesta a una exigencia fundamental en el hombre: la conservación de su propia persona mediante la búsqueda y conquista de los instrumentos necesarios para lograrla.[13]

Esto se explica en razón de una actividad constante en el ser humano hacia la búsqueda y obtención de los elementos que hacen posible tal conservación. Esto provoca que el sujeto trata de

---

10. ANDERSEN, Christian, *Rapport au Colloque de Bellagio.* Editions Cujas, 1963, p. 9.

11. GALLEGOS GUTIÉRREZ, Margarita, *Planificación y prevención social en la ciudadela León XIII.* Tesis de Grado. Facultad de Derecho. UCR, 1985, p.8.

12. CEPAL. *Antecedentes para el estudio sobre pobreza en el istmo centroamericano.* México, 1980 y CEPAL-OFIPLAN, *Ingreso y pobreza en Costa Rica,* San José, 1981.

13. REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Criminología.* Universidad Externado de Colombia, 1980, p. 213.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

apoderarse de todo aquello que satisfaga sus apetencias vitales, para lo cual dispone del instinto de la posesión.

En segundo término hay en el individuo una actitud pasiva que se manifiesta en la defensa de los instintos contra todo aquello que tienda a destruirlo. Esto empuja al sujeto a destruir los obstáculos humanos que implican alguna amenaza.

C) El instrumento.

El instrumento utilizado en la actividad delictiva es muy diverso dependiendo del tipo de delincuencia que se quiera analizar. Primeramente en la llamada delincuencia convencional y sobre todo en delitos contra la propiedad se usa con frecuencia llaves falsas, desatornilladores, ganzúas, el escalamiento y la fractura.

1) Llaves falsas:

"El sistema de seguridad que más comúnmente se emplea para la protección de la propiedad privada es la cerradura; pero ella solo puede desempeñar su función práctica si el mecanismo de apertura constituye un monopolio del propietario; por esa razón las llaves son individuales, de tal manera que solo abren la puerta correspondiente de la respectiva casa; varias llaves auténticas constituyen así, una contradicción y comportan un elemento de inseguridad para la relación entre el propietario y los edificios, maletas, cajas, etc., que desea proteger". [14]

El delincuente puede obtener dichas llaves de maneras muy diversas, sea mediante sustracción directa a su poseedor o transformar una llave cualquiera y finalmente utilizar ganzúas o cualquier otro instrumento idóneo para lograr su propósito delictivo.

2) Escalamiento:

Esta modalidad implica cierta destreza física en el delincuente, además de una edad apta para este tipo de actividad, por lo que es corriente que los sujetos entre los 18 y 30 años son los que van a utilizarlo.

"El escalador es un sujeto que debe desplegar considerable habilidad para superar los obstáculos naturales que protegen el bien, tales como cercas, murallas, rejas, fosos". [15]

Es interesante constatar que dependiendo de la arquitectura de una casa por ejemplo, este puede facilitarle o complicarle la labor al ladrón, si la casa tiene abundantes puntos de apoyo, como sería el caso de una vivienda estilo barroco, esto lógicamente ayuda en esa acción de escalamiento. Normalmente la escalera y el mecate son medios idóneos que se utilizan para escalar y vencer cualquier tipo de resistencia, aprovechando de preferencia la noche y ropa oscura para hacer más difícil su descubrimiento.

3) Fractura:

Este es el sistema más primitivo para violar la seguridad que protege las cosas, pues ya se encontraba previsto como hecho ilícito en la más antigua de las legislaciones: el Código de Hammurabi. En efecto, el artículo 21 de la citada legislación establecía:

"Si alguien practica una fractura en una casa, será muerto y enterrado allí mismo". [16]

"La fractura consiste en el empleo de la fuerza bruta sobre paredes, techos, pisos, puertas, ventanas, baúles, cofres y cajas de seguridad, como medio para el apoderamiento de la cosa que se desea tomar". [17]

Esta labor que realiza el delincuente, la ejecuta por un fenómeno que se produce en nuestras sociedades cuando las casas de habitación quedan abandonadas durante las horas de trabajo; cuando cesa la actividad laboral, surge el fenómeno inverso, pues los lugares de trabajo quedan desiertos o con muy escasa vigilancia, por lo que el delincuente dispone de periodos relativamente estables para actuar sea sobre residencias o sobre los lugares de trabajo.

En este tipo de labor nada parece imposible al delincuente, puesto que hasta las casas más enrejadas son fácil presa del sujeto que produce la fractura y sabía el obstáculo de manera muchas veces asombrosa.

D) Motivos.

Si nos ponemos a analizar superficialmente un crimen, podemos decir que un sujeto cometió un

---

14. VON HENTIG, Hans, *Estudios de Psicología Criminal.* España, Calpe, Madrid, 1960, p. 110.

15. REYES ECHANDÍA, Alfonso, *Criminología. Op. cit.*, p. 222.

16. *Código de Hammurabi.* Traducido y comentado por Alfonso Reyes. Publicación de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1966, p. 19.

17. REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Op. cit.*, p. 223.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

determinado acto sea por amor, por venganza o por celos, pero en realidad la motivación conlleva todo un proceso que es adecuado analizar de acuerdo con ciertos aspectos: la representación, la formulación concreta, la crisis y la culminación.

1) La representación:

La representación es un proceso lento y muchas veces inconsciente. Esto tiene por origen una serie de situaciones que entran en la mente del futuro delincuente y que poco a poco lo pueden dirigir hacia el pasaje al acto.

Muchas veces el sujeto tiene una serie de estímulos que él aunque los rechaza en su conciencia, éstos se mantienen a nivel inconsciente.

Los frenos inhibitorios juegan un papel importante, pues son precisamente ellos los que impiden la realización de un determinado acto.

Dentro de esta fase de la representación el sujeto va a estar confrontado a una serie de circunstancias que lo hacen alejarse por unos instantes de la realidad. Este es el caso del individuo que ve una película y goza o se deleita cuando el bandido del filme dispara a quemarropa o roba un banco.

Este mismo espectador que disfruta se pierde un momento de la realidad actual y se posesiona del filme y del papel, pensando que él perfectamente podría ser el villano de la serie. Entonces el sujeto acepta la idea delictiva como algo cercano. Hay una representación de la posibilidad, pero sin que el sujeto esté totalmente de acuerdo, pero tampoco renuncia a dicha posibilidad y más bien, le atrae ese "soñar" momentáneo.

Este tipo de representación es o este estado situacional apenas un embrión, una semilla que no ha germinado, pues el sujeto todavía no ha tomado la decisión de llevar esa ficción al plano de la realidad.

Aquí es donde podría surgir la inquietud con respecto a la influencia que pueden tener los medios de comunicación como estímulo a la delincuencia y para ello habría que indicar y partiendo desde la perspectiva de la representación, que lógicamente toda propaganda en donde la violencia juega un papel importante, funciona como estímulo y ataca la mente de las personas, sobre todo a aquéllas que están menos protegidas cultural o mentalmente ante estas imágenes agresivas.

2) La formulación concreta:

Esta es la situación en la que se coloca un individuo que luego de haberse representado como el actor del drama, ya no sólo se va a producir la mera representación, sino que aquí ya se empieza a maquinar.

La situación ha dejado de ser una posibilidad lejana, sino que se convierte en algo cercano y atrayente. El futuro delincuente, poco a poco empieza a estudiar una serie de situaciones desviadas, las cuales lo llevan a planificar un posible acto criminal. Éste podría ser el caso típico de un cajero de un establecimiento comercial que al llegar a su casa, planea una y mil veces, la manera de cómo estafar o robar a la institución a la cual sirve.

La fase de formulación concreta implica una actitud de análisis y de reflexión, de cómo va a proceder el sujeto cuando se decida a pasar al acto.

3) La crisis:

Este concepto fue elaborado por el eminente criminólogo belga Ethienne de Grief, para el cual, la crisis es una muestra de que el hombre se encamina directamente al crimen.[18]

Esta crisis se produce luego de una fuerte lucha interna, en la cual el sujeto se debate entre sus convicciones morales —que le obstaculizan el paso al acto— y la necesidad de legitimizar sus pensamientos delictivos.

La moral entonces rechaza todo pensamiento dirigido hacia la comisión de un hecho delictuoso, pero por otro lado, el sujeto trata de justificar el acto que está casi listo.

Entre más fuertes y más profundas sean las convicciones morales, más fuerte será esa lucha interna y la crisis será también más aguda.

La crisis puede llevar al sujeto a una desestabilización de su ser a tal punto de que el individuo no sabe que camino tomar. Pero, como el pasaje al acto se ha ido madurando lentamente, ya no está tan largo el proceso de culminación.

4) La culminación:

Cuando se llega a este momento, el sujeto ya ha superado el debate interno y en ese sentido la persona está ya totalmente liberada y dispuesta hacia el acto criminal.

Se presenta entonces en esta fase un proceso de indiferencia y de justificación plena de los actos que se van a cometer.

---

18. MERLE, R. et VITU, A., *Traité de Droit Criminel.* Editions Cujas. Paris, 1978, p. 93.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Cuando el sujeto pasa al acto ya no existe ningún tipo de prejuicio, pues la mente está adecuada para que se produzca el pasaje al acto sin ningún tipo de remordimiento.

La justificación se da en el sentido de que el delincuente considera que sus actos son precisamente lo que él siempre ha deseado en la vida y se presenta así una especie de "realización" de su ser. Claro, que esta justificación puede también estar ligada al deseo del sujeto a vivir de manera confortable sin tener que hacer mucho esfuerzo.

En síntesis, la justificación criminal no es más que el reflejo de un lento proceso que ha llevado al sujeto a la culminación definitiva de actos prohibidos por el Ordenamiento jurídico-penal.

E) Modalidades.

Partiendo de que las conductas criminales son muy numerosas, comenzaremos en este análisis con las figuras del robo, del hurto y de la estafa.

1) Robo y hurto:

Esta es la forma más común en Costa Rica de apoderamiento de cosas ajenas.

Con respecto al robo éste se ejecuta ejerciendo violencia sobre las cosas o sobre las personas.

En el primer caso, se ejecuta sobre viviendas solas durante el día o aprovechando que sus moradores duermen. El ladrón espera lógicamente las oportunidades más propicias que ordinariamente son noches oscuras o lluviosas y penetran utilizando ganzúas, desatornilladores, aprovechando alguna ventana o puerta abierta, o forzándolas; una vez dentro de la vivienda debe el sujeto cerciorarse de que todo esté en silencio:

> "El ladrón se atiene, sin estar al tanto de las investigaciones científicas, a la curva de la profundidad del sueño que normaimente alcanza el máximo a la una de la madrugada y en las personas nerviosas, hacia las tres. Hay diferencia, entre invierno y verano. Un tiempo muy tormentoso y la lluvia intensa se traga los ruidos y vacía las calles, pero debilitan el sueño, no siendo, por consiguiente, tan propicio al ladrón con escalo, como al especialista en cajas de caudales. Hay una vieja regla de los delincuentes: cuando alguien se desliza por un dormitorio habitado, debe dar un paso cuando el durmiente aspira el aire y quedarse quieto cuando lo inspira; parece que los que duermen oyen mejor al inspirarlo". [19]

En el robo con violencia sobre las personas se produce en Costa Rica una situación muy curiosa, pues muchos de estos actos criminales se producen entre sujetos de las mismas condiciones, cuando en los alrededores de las llamadas zonas conflictivas, personas humildes que por ahí transitan se ven despojadas de relojes, pulseras o anillos. El *modus operandi* de esta modalidad criminal es el siguiente: el sujeto escoje a su víctima en un sector urbano congestionado, se acerca a ella y en un rápido movimiento, la despoja del objeto, luego se da a la fuga y tal vez entrega el producto del delito a un cómplice y si se encuentra en inminente peligro de ser capturado, lo tira en cualquier lugar en donde no pueda ser encontrado y para tener la coartada de que no hay evidencias. Las modalidades son muy variadas: la de relojes se puede consumar sobre automovilistas cuando éstos se detienen a hacer un alto o ante el semáforo que da la luz roja: la modalidad de las cadenas, prendedores, collares, carteras y bolsos de mano, se ejecutan cuando la víctima camina o se apresta a tomar un vehículo público.

Con respecto a los hurtos, estos se producen en lugares públicos, abiertos al público o privados, aunque es mucho más frecuente en lugares públicos porque son los que presentan mayores posibilidades para actuar con éxito. La criminalidad más alta se da en los almacenes de autoservicio o supermercados, en los que la llamativa presentación de los artículos, su exhuberante abundancia, su ubicación aparentemente descuidada y al alcance de la mano, la facilidad para el examen personal de la cosa, constituyen una tentación demasiado fuerte tanto para el delincuente profesional como para el ocasional.[20] El hurto en cines, teatros y estadios se produce por las tremendas aglomeraciones humanas que pugnan por entrar para lograr la mejor ubicación posible y además la atención del espectador sobre el espectáculo facilita la labor de ladrones y carreristas. En cuanto al hurto en bares, restaurantes y cantinas es el descuido sobre la propia persona como consecuencia del estado emotivo que produce el licor, la música que invita al baile y el dinero que llevan quienes frecuentan esos sitios, lo que explica la comisión de estos hechos.

2) Estafas:

La estafa constituye el más refinado y astuto delito contra la propiedad. En esta figura se desarrolla un ardid mediante el cual el ofendido entrega dinero u otros objetos creyendo que con ello saldrá

19. VON HENTIG, Hans. *Op. cit.*, p. 148.

20. REYES ECHANDÍA. *Op. cit.*, p. 224.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

beneficiado, obteniendo una ventaja mucho mayor.

Es un delito en donde se presenta muy comúnmente un aspecto de la cifra negra de la criminalidad, pues muy pocos de estos hechos llegan realmente a conocimiento de las autoridades. Una de las razones para ello, puede ser el temor del propio ofendido a aparecer ante la sociedad como un tonto o como ingenuo.

También, las estafas de menor cuantía pasan inadvertidos porque los perjudicados prefieren sufrir en silencio su pérdida antes que someterse a los complejos mecanismos del proceso penal.[21]

Otras veces el trabajo del estafador ha sido tan eficiente y tan bien montado que la víctima que tal vez ha tenido un perjuicio económico fuerte, considera que ha sido la mala suerte la que ha producido el desastre.

Las estafas se producen a muy diferentes niveles que van desde el engaño que realizan ciertas instituciones "cobijadas" bajo el nombre de financieras, en donde se capta dinero del pueblo y luego los directores de la empresa desaparecen como fantasmas. A un nivel diríamos más popular, se produce el llamado "timo" del oro, de las chapitas, de la lotería, etc., en donde, gente normalmente de condición media o proveniente de la zona rural es engañada debiendo ceder su dinero, relojes y otras pertenencias a sujetos que viven de ello y normalmente seleccionan a sus víctimas.

SECCIÓN II: LA PERSONALIDAD DENTRO DEL CRIMEN

La personalidad está ligada a una serie de elementos de reacción que se presentan dentro del crimen. Es así como diversos factores en el momento del crimen hacen variar la personalidad del sujeto según la evolución fisiológica, del humor del sujeto, el estado de fatiga, etc. La estructura de la personalidad del sujeto depende en gran medida de las reacciones ante la situación, lo cual hace necesario reflexionar en las motivaciones del crimen y en los mecanismos del crimen.

A) Factores que impulsan la motivación del crimen.

Es necesario primero hacer una distinción entre motivo y móvil.

El motivo es la razón intelectual que impulsa al sujeto que actúa, mientras que el móvil es de carácter más íntimo y se confunde con la tendencia o la pasión.[22]

La clasificación de las motivaciones en razón de las necesidades biológicas que la delincuencia tiende a satisfacer fue hecha por Mirá y López.[23]

1) La necesidad de conservación de la vida del individuo parece determinar: a) la tendencia posesiva o adquisitiva que lo hace desear el aumento de bienes e implica todas las formas de delito contra la propiedad material o intelectual; b) la tendencia defensiva o destructiva que conduce al rechazo de las influencias nocivas y que da origen a los delitos de violencia.

2) La necesidad de conservación de la vida de la especie está al origen de los delitos sexuales, sea para obtener el objeto sexual deseado, sea para la destrucción de todo lo que se opone al propósito anterior.

B) Factores que forman los mecanismos del crimen.

Los factores que forman mecanismos hacia el crimen tienen relación con las llamadas situaciones específicas o peligrosas, en la cual es la situación lo que domina a la personalidad.

> "Las situaciones específicas o peligrosas se encuentran al origen de tensiones psicológicas que pueden conducir a reacciones de agresión, de regresión, de proyección, de retiro, de mutismo, de sublimación que son manifestaciones de una adaptación falsa".[24]

---

21. *Ibíd.*, p. 246.

22. BOUZAT et PINATEL, *Traité de Droit Penal et de Criminologie.* Tome III, Dalloz, Paris, 1975, p. 493.

23. MIRÁ y LÓPEZ, *Manual de Psicología Criminal Jurídica.* Siglo XXI, México, 1975, pp. 110 a 113.

24. PINATEL, J., *Les rapports de la personalité et du crime.* **Revue de Sciences Criminelles.** 1975, pp. 437 a 453. KINBERG, O. *Les situations psychologiques pré-crimenelles révélatrices des caractéres de l'état dangereux.* **Bulletin de la Société Internationale de Criminologie,** 1959, pp. 11 a 16. HINSIE, L.E., *Mental mechanisms.* **Encyclopedia of Criminology,** pp. 231 a 241.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1) Las reacciones de agresividad expresan tensiones acumuladas resultantes de una prolongada frustración y provocan momentáneamente el estado de frustración (actos de cólera y de rabia, violencias físicas, ataques verbales, denuncias y calumnias). Los sujetos terminan por explotar para liberarse de su situación insostenible y cometen actos de violencia atroz.

2) La regresión conduce al individuo a la frustración y a un nivel de comportamiento primitivo, por ejemplo, todos aquellos sujetos sexualmente insatisfechos de las condiciones particulares de su trabajo (los dentistas mediante la anestesia al cliente, los masajistas, los peluqueros, etc.).

3) Las conductas de retiro llevan al sujeto que sufre una frustración a evadirse de la vida real, por lo cual muchas conductas desviadas pueden explicarse por este fenómeno.

4) La proyección consiste en desplazar hacia otros la responsabilidad de nuestros propios fracasos. Son en realidad éstas, conductas en donde los celos y la envidia conducen a este tipo de reacciones.

5) El autismo consiste en un autorrepliegue en donde el sujeto se consume en un mundo irreal, huyendo totalmente de la realidad.

6) La sublimación permite desviar el deseo rechazado hacia nuevos objetivos que no tienen relación aparentemente con tal rechazo. Se producen así, actos de compensación, en donde el acto es considerado como algo que valoriza al sujeto.

C) Factores ligados a situaciones no específicas o amorfas.

Dentro de este tipo de situaciones se produce un dominio de la personalidad del criminal y en particular su grado de maduración criminal. Dicho factor de personalidad se manifiesta tanto en la formación como en la expresión por mecanismos de proyección, de identificación y de racionalización

1) Mecanismos de proyección.

La proyección se produce cuando el sujeto desplaza sobre la sociedad en general la responsabilidad de sus fracasos.

Se produce así un proceso de reducción en donde todas las conductas y manifestaciones de los demás son desfiguradas y dirigidas en contra del sujeto, el cual de cierta forma debe cobrar lo que la sociedad le ha ocasionado.

2) Mecanismos de identificación.

"La identificación permite a un sujeto sobreponerse a tensiones no resueltas, asimilando sus necesidades y aspiraciones a las de otros individuos (modelo universal) o a las de un grupo en particular (grupo criminal)."[25]

3) Mecanismos de racionalización.

Esto es lo que se conoce como la argumentación justificativa que se da en los individuos frustrados.

Este mecanismo permite al criminal legitimar sus actuaciones sobre todo con argumentos que tienden a minimizar los hechos o a considerar que estos no son hechos delictivos.

D) Factores ligados a situaciones intermedias o mixtas.

Dentro de este tipo de situaciones en donde se busca siempre una ocasión encontramos estímulos específicos que pueden ser de orden personal o interpersonal.

1) Estímulo de orden personal.

El estado de inadaptación constituye un estímulo específico de orden personal en donde el sujeto busca la ocasión de delinquir.

La inadaptación se manifiesta como una tensión entre el individuo y su medio ambiente. Esto genera conflictos con sus familiares y con la sociedad. A menudo la actitud inestable del sujeto provoca reacciones sociales y como el individuo no cuenta con el apoyo debido, se produce un aislamiento acentuado.

Todo lo anterior provoca en el sujeto la búsqueda constante de medios específicos en donde sus reacciones sean admitidas y sean armónicas con el estilo de vida en general.

2) Estímulos de orden interpersonal.

Esto es producto de relaciones humanas complejas, donde el crimen es producto de aspectos mixtos, en donde los factores personales están ligados al factor situacional. O. Kinberg cita como ejemplo de este tipo de situaciones el hecho de pertenecer a una asociación criminal y la situación del detenido.[26] La asociación criminal tiene una serie de

25. BOUZAT et PINATEL. *Op. cit.*, p. 497.

26. *Ibid.*, p. 499.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mecanismos complejos entre los cuales se confunden los postulados de las sociedades mercantiles de nuestras épocas con sentimientos morales ligados al honor y particularidad de cada grupo. Estas asociaciones se fundan en un postulado de disciplina básica, en la cual la violencia y el terror juegan un papel importante para mantener la necesaria cohesión del grupo. Es aquí donde aparecen los estímulos de orden interpersonal, en el sentido de que los miembros pertenecientes a la asociación cumplen religiosamente sus postulados, sea por medio, sea por presión psicológica, todo lo cual produce a mediano plazo un mecanismo de identificación al grupo.

En la situación del detenido los estímulos de orden interpersonal se producen dentro del medio penitenciario por medio del contacto con otros detenidos. La misma vida en prisión favorece las presiones para el aprendizaje del crimen, el entrenamiento mutuo y hasta la especialización en el medio carceral, como cuando se hacen estudios en centros de investigación.

CONCLUSIÓN

Como se ha establecido en esta investigación el crimen es un fenómeno particular y específico que no tiene una única explicación como se ha pretendido en el transcurso del tiempo por cierta parte de la doctrina criminológica.

Por ello debe quedar claro que en el crimen intervienen una serie de mecanismos muy diversos dentro de los cuales debe situarse cualquier análisis sobre su esencia. Es precisamente a través de tales mecanismos que se pueden describir las situaciones que hacen posible la comisión de un hecho delictuoso. Lo anterior permite señalar que el fenómeno criminal debe ser objeto, dependiendo de cada realidad social y de una explicación diversificada, en donde se puede tener claro lo que es crimen y qué no lo es. Esto se puede lograr, como ha quedado demostrado en este análisis, por medio de una metodología criminológica que es el único factor confiable para llegar a una aproximación sobre el hecho criminal.

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSEN, Cristian. *Rapport au Colloque de Bellagio.* Editions Cujas, 1963

BOUZAT et PINATEL. *Traité de droit pénal de criminologie:* **Procedure Pénale.** Tome III. Dalloz. Paris, 1975.

CEPAL. *Antecedentes para el estudio sobre la pobreza en el istmo centroamericano.* México, 1980. **Ofiplan: Ingreso y pobreza en Costa Rica.** San José, 1981.

Código de Hammurabi. Traducido y comentado por Reyes Echandía Alfonso. Publicación de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1966.

GALLEGOS GUTIÉRREZ, Margarita. *Planificación y prevención social en la ciudadela León XIII.* **Tésis de grado.** Facultad de Derecho. UCR, 1985.

VON HENTIG, Hans. *Estudios de Psicología Criminal.* Calpe, Madrid, España, 1960.

HEUYER, G. *La méthode psychiatrique en criminologie.* **Actes du II Congrés Internationale de Criminologie.** Tome III.

HINSIE, L.A. *Mental mechanisms.* Enciclopedia of Criminology. Madrid, 1980.

HOUCHON, G. *Le principe des niveaux d'interprétation en criminologie.* **Revue de Droit Pénal et Criminologie,** 1962-1963.

KINBERG, OLOF. *Les situations psychologiques précriminelles révélatrices des caractéres de l'état dangereux.* **Bulletin de la Société Internationale de Criminologie,** 1951.

LAGACHE, D. *Psycho-criminogénese.* **Actes du deuxiéme Congrés Internationale de Criminologie.** Tome VI.

MERLE, R. et VITU, A. *Traité de droit criminel.* Editions Cujas. Paris, 1978.

MIRÁ y LÓPEZ. *Manual de Psicología Criminal y Jurídica.* Siglo XXI, México, 1975.

PINATEL, Jean. *Les rapports de la personalité et du crime.* **Révue de Sciences Criminelles.** Paris, 1975.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Criminología.* Universidad Externado de Colombia, 1980.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ANULACIÓN DE LA SENTENCIA PENAL POR EL PROPIO TRIBUNAL DE MÉRITO

FRANCISCO DALL'ANESE R.

"VI. La dignidad de la función judicial, no permite ni tolera que bajes de los estrados que la ley te otorga, para defender tus sentencias y pronunciamientos, utilizando para ello la popularidad del periodismo, pero en cambio elige el camino del libro, la cátedra, el folleto o la revista."

(Constantino Sogga: "Decálogo del Juez")

INTRODUCCIÓN

Con el epígrafe anterior he querido justificar el presente trabajo, que no es el producto de una investigación como cualquiera de las otras en que hubiera participado, ya como autor, ya como coautor; toda vez que lo aquí presentado se encontraba en su gran mayoría escrito por mí en dos resoluciones de un tribunal superior penal, que tuve el honor de integrar con los jueces Zayra Sevilla Mora y Javier Llobet Rodríguez. Uno de los casos es un voto unánime y el otro un voto de mayoría, de manera que he modificado aquellas partes mínimas necesarias, para la presentación propia de un breve ensayo, pero tratando de conservar en esencia lo redactado originalmente, porque considero que tiene valor en la medida en que se trata de fallos que resolvieron situaciones reales. Por esta razón, las referencias y citas de autores se encuentran entre líneas, y no hay notas al pie de página.

Llamados por la Corte Suprema de Justicia para integrar como suplentes un tribunal de juicio, a fin de celebrar debate y dictar sentencia en un caso concreto, nos constituimos en una localidad rural a fin de estudiar el expediente, y posteriormente cumplir nuestra misión. Con sorpresa descubrimos que ya el caso había sido resuelto una vez, impugnado por el defensor y resuelta la casación por la forma por el propio tribunal de mérito que anuló su propia sentencia por razones de economía procesal, "procedimiento" éste que se cumplió una segunda vez, y la Corte de Casación anuló una tercera vez. Sin celebrar debate ni dictar sentencia, se resolvió lo que resulta "más claro que el agua" en mi opinión, y es que el tribunal de mérito nunca tuvo competencia para anular la primera sentencia, por lo que estaba pendiente de admitirse el primer recurso de casación; entonces declaramos inexistente el auto que anuló la primera sentencia —que de todas formas no tenía fuerza para ello— y se admitió el primer recurso de casación formulado.

De aquello que parece claro y muy elemental, resultaron dos sorpresas: primera, el Ministerio Público, vigilante de la legalidad, contrario a todo lo que se esperaba solicitó la revocatoria de lo resuelto argumentando la convalidación del "procedimiento", por consentimiento tácito de las partes; y segunda, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia resolvió que más grave era el proceder nuestro, cuando en realidad éste trató de proteger la puridad del proceso.

Discutido verbalmente y a nivel doctrinario el punto, he encontrado que colegas de muy respetable preparación profesional consideran que sí se subsanaron los errores del tribunal de mérito por consentimiento tácito de partes, lo que me causa preocupación, ya que podría estarse interpretando que hay prórroga de la competencia de la Sala de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Casación, cuando las partes guarden silencio, lo que resulta muy peligroso a los intereses de los ciudadanos. Con esta inquietud, el pensamiento puesto en contribuir a la riqueza del Derecho Procesal Penal, y no con la idea de defender las tesis, argumentadas en aquella oportunidad, he querido publicarlas.

Espero que se suscite discusión entre los estudiosos del Derecho, para poder confirmar o rectificar.

I. PRINCIPIOS PROCESALES VIOLADOS

1. Principio de economía procesal

El alegado principio de economía procesal, que se ha convertido en la excusa de muchos tribunales para "resumir" y aun omitir procedimientos, no tiene mayor validez que otros principios fundamentales sobre los que reposa el proceso penal: el principio de control, principio de juez natural, principio de improrrogabilidad y principio de indisponibilidad.

La economía procesal supone evitar un desgaste innecesario de recursos humanos y materiales —dentro de la legalidad—, a fin de no atrasar los procedimientos; pero en el nombre de la economía procesal, no es posible violar la constitución y las leyes eliminando el control que siempre debe ser muy estricto, porque así se pierde la totalidad del rito, y si bien en los casos en que los tribunales de mérito han acogido el recurso de casación se ha actuado de buena fe bajo una interpretación errada, nada garantiza que en lo sucesivo esos mismos u otros tribunales con otros jueces revoquen a conveniencia sus fallos acogiendo recursos de casación por el fondo, interpuestos contra sus propias sentencias.

Aplicar como se ha hecho en esos casos el principio de la economía procesal, esto es, incorrectamente, más que significar el ahorro de recursos contribuye al desgaste en esfuerzo, tiempo y material; de donde se colige que realmente se está violando dicho principio.

2. Principio de control

El artículo 41 de la Constitución Política impone que toda persona debe ser juzgada "en estricta conformidad con las leyes", es decir con apego a las leyes de fondo y a los procedimientos. Pero como los tribunales pueden cometer errores *in procedendo o in iudicando,* existe el principio de control en virtud del cual un tribunal superior en jerarquía debe ver por la legalidad de los fallos del a quo.

La doctrina italiana define el control como "la posibilidad que un juez de grado superior a aquel que ha dictado una sentencia vaya a controlar la correspondencia o no de la decisión impugnada con la voluntad de la Ley. Dado que esta falta de correspondencia puede depender de un equivocado procedimiento de investigación y de fijación del hecho (la llamada premisa menor del silogismo judicial) o de una equivocada valoración jurídica del hecho por error que se refiere a la interpretación de la norma (premisa mayor del silogismo), el control puede referirse al momento fáctico de la decisión (control de fondo) o al momento jurídico, es decir la correspondencia o no de la decisión respecto a una precisa voluntad de la Ley" (BETTIOL, Giuseppe: Instituciones de Derecho Penal y Procesal, BOSCH Casa Editorial S.A., España, 1977, p. 268).

En nuestro Derecho Procesal Penal, el superior que controla la decisión del tribunal de juicio —unipersonal o colegiado—, es la Sala de Casación según lo preceptúan los artículos 471 a 476 del Código de Procedimientos Penales (C.P.P.), y es "el órgano jurisdiccional que debe garantizar la recta interpretación de la Ley, bien supremo en el ámbito de los valores típicos de un Estado de Derecho" (BETTIOL: op. cit., pp. 268-269).

La función de ejercer el contralor de casación, no puede corresponder a los mismos jueces que dictaron el fallo, porque no se trata de un recurso de revocatoria (arts. 460 ss. del C.P.P.), sino de una petición a un superior que debe determinar —como se dijo— la *voluntas legis.* Lo anterior está garantizado por el artículo 42 ab initio de la Carta Constitucional, cuando reza: "Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto". Interpretado este precepto latu sensu, resulta obvio que el tribunal de juicio no puede —jurídicamente— conocer el recurso de casación formulado contra su propia sentencia, porque estaría pronunciándose en doble grado sobre un mismo asunto. Piénsese en el absurdo atropello que podría resultar en nombre de la economía procesal, si un tribunal de juicio (en un caso hipotético) declare sin lugar el recurso y con ello ponga fin al proceso; ninguna diferencia existe con el irregular "procedimiento" de acoger el recurso.

Por último debe hacerse la observación del peligro que significa que en el nombre de la economía procesal, el tribunal de juicio conozca de los recursos de casación formulados contra sus propias

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sentencias, porque si la *voluntas legis* que interpreta el a quo es diferente del resultado hermético del ad quem, se estaría privando a la máxima corte penal de la República de establecer, en forma singular, la "recta interpretación de la Ley", y en forma general, la unificación de la jurisprudencia. Se viola también el artículo 155 de la Constitución Política y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en tanto que un tribunal de juicio se estaría avocando al conocimiento de una causa pendiente de un fallo de la corte de casación, sea, pendiente ante otro tribunal porque habría operado el efecto devolutivo del recurso.

3. Principio del juez natural.

Esta premisa básica del ordenamiento jurídico-procesal penal, es recogida por el artículo 35 de la Norma Fundamental del Estado, en cuanto dispone que sólo puede ser juzgado cualquier súbdito por los tribunales establecidos de acuerdo con la Constitución. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 166 de este ordenamiento y 471 a 476 del C.P.P., sólo puede dictar un fallo de casación la Sala correspondiente; pero como en los casos de comentario se acogieron recursos de casación mediante autos del a quo que no es un tribunal con competencia para ello, se violó la mencionada norma constitucional número 35.

4. Principio de improrrogabilidad o indeclinabilidad.

En Derecho Procesal se da el fenómeno mal llamado "prórroga de la jurisdicción", que correctamente es una prórroga de competencia. Sin embargo no es ahora el momento para hacer una exposición de razones, en punto a por qué no una y por qué sí otra de esas denominaciones.

Del artículo 163 a 167 de la LOPJ, se establecen las reglas generales, en virtud de las que, tácita o expresamente —a voluntad de las partes— puede un tribunal conocer de un asunto que normalmente corresponde a otro; ello por *ratione loci* y por *ratione personae.*

Algunos argumentos que después de que el a quo acoge el recurso de casación formulado contra su propia sentencia y la anula y remite a nuevo juicio, sin que ninguna de las partes manifieste oposición a través de incidente o impugnación, hay un consentimiento tácito que convalida lo actuado por el Tribunal de mérito; y, aunque no utilizan la voz técnica adecuada, se están refiriendo a que hubo prórroga de la competencia de casación al tribunal de juicio.

Amén de lo que se dirá en el acápite correspondiente al principio de indisponibilidad, deben hacerse dos observaciones: primero, no es posible la prórroga de la competencia entre tribunales de distinta jerarquía, como regla general; y segundo —lo más importante—, el artículo 13 in fine del C.P.P. prohíbe expresamente cualquier prórroga de competencia entre tribunales penales. Al parafrasear a VÉLEZ (Derecho Procesal Penal, Tomo I, p. 183) con relación al mencionado artículo 13 del Código de rito, LLOBET señala: "Es decir no puede ser modificada (la competencia) por voluntad del juez ni de los otros sujetos procesales" (LLOBET, Javier: Código de Procedimientos Penales Anotado, Costa Rica, 1987, p. 37). La doctrina que informa el artículo 18 del Código Procesal Penal de la Provincia Argentina de Córdoba, que sirvió de base a nuestro artículo 13, dice: "...a diferencia de lo que sucede en lo civil, ni los Tribunales ni los interesados pueden alterar la competencia..." (NÚÑEZ, Ricardo C.: *Código Procesal Penal Anotado*, Ediciones Lerner, Argentina, 1978, p. 30; en igual sentido véase CASTILLO BARRANTES, J. Enrique: *Los Principios Fundamentales del Procedimiento Penal,* en *Ensayos sobre la Nueva Legislación Procesal Penal,* Colegio de Abogados de Costa Rica, 1977, p. 50).

5. Principio de indisponibilidad.

Está consagrado este principio en el artículo 1 ab initio del código de rito: "Nadie podrá ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este código...". Nuestra doctrina interpreta que de allí se obtiene que el proceso debe ser cumplido "a reglamento", sea tal y como se establece orgánicamente en el código (LLOBET: op. cit., p. 12); de donde resulta claro que no es posible a voluntad de las partes suprimir, abreviar, omitir o sustituir procedimientos.

Es claro que tratándose de recursos, este no es un principio de vigencia hermética, porque las partes tienen una disponibilidad relativa, en cuanto limitan al ad quem a que conozca solamente de los motivos alegados por el impugnante *(tantum devolutum quantum apelatum)* (art. 459 C.P.P.); pero una vez abierta la fase de impugnación sin que opere el desistimiento, en los términos taxativamente establecidos por los artículos 457 y 467 ibídem, no es posible suprimirla porque el procedimiento es reglado. Ahora bien, esta indisponibilidad relativa en materia de recursos, no da al interesado la posibilidad de disponer que sea el tribunal de mérito y no la Corte de Casación la que conozca el recurso, porque como se dijo, el poder dispositivo está referido sólo a los motivos del recurso.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Al tocar este punto la doctrina dice: "El objeto de este proceso, en cuanto materia que se refiere a las mismas condiciones de vida de la sociedad, no puede formar objeto de un acto dispositivo de las personas interesadas en el proceso. El derecho subjetivo de castigar es indisponible porque el interés que es su contenido supera a las posiciones particulares de las partes. Se trata de un interés público que no puede formar objeto de contratación o renuncia. La acción penal que condiciona el ejercicio de la jurisdicción, antes que ser un derecho del órgano de la acusación (admitido que lo sea), se traduce en el ejercicio de una función pública y como tal es obligatoria. Hablar de una disponibilidad del objeto del proceso penal o del mismo procedimiento es ir contra la misma naturaleza de las cosas. Todo el procedimiento penal está pues regido por el principio de la indisponibilidad. Tal característica cesa únicamente en materia de impugnación porque la parte interesada (m.f. o imputado) se le deja libre en valorar los límites del propio vencimiento con el fin de delimitar mediante los motivos qué puntos de la sentencia se someten a un reexamen. Pero ello es admisible sólo bajo el presupuesto que haya sido una sentencia que haya decidido sobre una cuestión penal en términos de obligatoriedad y de indisponibilidad, dejando así suponer, acerca de los puntos no impugnados la perfecta correspondencia entre la decisión concreta y la voluntad abstracta de la Ley" (BETTIOL: op. cit., pp. 208-209).

Obsérvese cómo la facultad dispositiva se reduce a la delimitación del conocimiento del superior, a los motivos del recurso; pero, debe reiterarse, no puede disponerse que la competencia del ad quem se traslade a otro tribunal.

Si las partes no están en posición de disponer de la normativa procedimental, de ellas la que menos es el Ministerio Público, pues está sometido a la obligatoriedad en la promoción de la acción penal, que no se limita a requerir la instrucción formal o la elevación a juicio, sino a cada etapa o paso del proceso, pues se trata de una intervención dinámica en la búsqueda de la verdad. GONZÁLEZ interpreta así la obligatoriedad del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal: "En síntesis, la promoción de la acción penal no se identifica con el nacimiento del proceso penal. Esa actividad puede dirigirse tanto a abrir el proceso como a continuarlo o a suspenderlo, y aun a concluirlo, y en todos esos supuestos, estamos refiriéndonos a la promoción de la acción, no a su prosecución, extremos que deben tenerse presentes cuando enfrentemos el problema de la obligatoriedad de la acción" (GONZÁLEZ A., Daniel: La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense: Notas sobre la función requirente del Ministerio Público, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1986, p. 56). Y esta obligatoriedad impone el principio "llamado propiamente de la indisponibilidad de la relación procesal, por medio del cual no se admiten renuncias a los deberes del representante de la ley" (SABATINI, citado por GONZÁLEZ: op. cit., p. 130), y como tal no puede transigir o consentir, que una sentencia condenatoria (y aun obsolutoria) lograda en juicio, sea anulada en forma ilegal por un Tribunal de mérito que se arroga —por economía procesal— la competencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia; de lo contrario su actuación no compaginaría con el papel de promotor de la acción penal en los términos que establecen el artículo 39 ab initio del C.P.P.

II. CORRECCIÓN DEL ERROR: LA DECLARATORIA DE INEXISTENCIA

Siguiendo a los maestros italianos que interpretaron el Código Rocco, los actos procesales existen en la medida en que al realizarse materialmente, llenan los requisitos mínimos para tener vida jurídica; y éstos, son precisamente los presupuestos procesales. Así lo dice la doctrina: "La inexistencia se da solo en los casos de falta de los presupuestos procesales (...), de la cual se sigue la incapacidad de la relación procesal (o de una fase de ella) para venir a la vida jurídica" (LEONE: Tratado de Derecho Procesal Penal, T.I., Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, p. 728; en igual sentido CARNELUTTI: *Lecciones sobre el proceso penal,* T. II., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas EuroAmérica, 1950, pp. 165 ss.; y DALL'ANESE RUIZ y LLOBET RODRÍGUEZ: *La imperfección e inexistencia de los actos en el proceso penal, Revista Judicial Nº 40,* pp. 87-88).

Giovanni Leone señala que los presupuestos procesales están contenidos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Penal italiano de 1930 (Código Rocco), que como todos sabemos, fue

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

copiado por el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (Argentina), y de éste fue copiado a su vez el Código de Procedimientos Penales de Costa Rica vigente en la actualidad; de manera tal que los presupuestos procesales, localizados por LEONE en el artículo 185 del Código Rocco, son los mismos que se encuentran en el artículo 145 del Código costarricense. Es claro que la norma establece nulidades de orden general, pero estas sanciones procesales se dan en la medida en que concurra un vicio; mas si el vicio no concurre, sino que del todo el presupuesto procesal no existe (p.e.: ausencia total de competencia del tribunal) el acto que se realice materialmente en esas condiciones, es inexistente por no encontrarse en él los requisitos mínimos para venir a la vida jurídico-procesal (v. LEONE: op. cit., p. 729).

En los casos que originan estas líneas, el abogado defensor del imputado formuló recurso de casación, contra la sentencia del Tribunal de Juicio, y de acuerdo con las reglas de competencia, este tribunal solamente podía pronunciarse sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de esa impugnación, y de ser el caso emplazar a las partes, según lo disponen los artículos 458 y 478 del C.P.P.; pero el conocimiento del recurso en cuanto a sus motivos, es de exclusiva competencia de la Corte de Casación, a tenor de lo dispuesto por los artículos 459 del cuerpo legal últimamente citado, y 36-a de la Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales: y sobra agregar, que solamente el tribunal de casación tiene competencia para anular la resolución impugnada, de conformidad con lo dispuesto por el número 483 del C.P.P.

En conclusión, el tribunal de mérito no tenía la competencia para pronunciarse sobre los motivos del recurso, y menos para anular una sentencia, lo que —desde todo punto de vista— es un acto materialmente grave, y procesalmente inexistente.

Otro aspecto digno de comentarse, es que en los casos dichos, el Tribunal de mérito acogió el recurso de casación formulado contra su propia sentencia, con un auto que la anuló y remitió a nuevo juicio; y técnicamente es incorrecto anular una sentencia con un auto, porque los autos solamente pueden modificar, revocar, confirmar o anular autos, mientras que las sentencias únicamente pueden ser modificadas, revocadas, confirmadas o anuladas por sentencias; ello por cuanto se trata de resoluciones que por su propia naturaleza tienen fuerza y resistencia procesales distintas, y es evidente que los autos son más débiles que las sentencias (NÚÑEZ: ibídem, p. 298).

CONCLUSIÓN

Resulta claro que ningún proceso penal es igual a otro, y que probablemente no se cumplen los procedimientos tal y como fueron establecidos por ley, en cada uno de los expedientes que se tramitan en los tribunales de justicia. Lógicamente de un juez a otro varía la interpretación, y de una localidad a otra debe ser marcada la diferencia jurisprudencial. Es también cierto que el tribunal y las partes cometen errores *in procedendo,* que se pasan por alto, no se reclaman oportunamente o no hay interés en su rectificación por no causar agravio; entonces tácita o expresamente se subsanan nulidades; pero también hay actos irregulares no sancionados que conservan su eficacia jurídica. Entonces puede concluirse diciendo que no hay dos procesos iguales, y cada uno tiene su sello distintivo, como una huella dactilar.

No obstante lo dicho, no puede darse el lujo un sistema republicano y democrático de Derecho, de permitir la anarquía y el desorden, que solamente vienen a causar en el ciudadano inseguridad y miedo. Un sistema de libertades públicas no tiene mayor sentido, si no hay paralelamente una organicidad de garantías como viene a ser la del debido proceso, con los principios procesales que informan al rito penal, protectoras del súbdito ante el Estado que por excelencia es titular de la acción penal pública.

Jueces nombrados, capacitados y con competencia delimitada por la ley, son los que realizan más ampliamente el debido proceso penal; pero si la competencia y sus límites son violentados por los propios jueces, entonces quién reestablecerá el Estado de Derecho y el orden de las cosas.

Pensar que las partes pueden consentir, o más peligroso todavía, decidir, cuáles jueces son los que integrarán un tribunal de casación en un caso concreto es un atentado frontal a toda la evolución del proceso penal y a los principios que lo informan. De igual modo, actos como los examinados en este ensayo, por los que jueces sin competencia deciden ilegalmente asuntos, no son nulos sino inexistentes y así deben declararse para conservar el rigor técnico y científico del proceso, por seguridad de los ciudadanos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal,* Edicio nes Depalma, Argentina, 1986.

BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal,* BOSCH Casa Editorial S.A., España, 1977.

CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal,* T. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950.

CASTILLO BARRANTES, J. Enrique: *Los principios fundamentales del procedimiento penal;* en **Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal,** Colegio de Abogados de Costa Rica, 1977.

CLARIÁ OLMEDO, *Tratado de Derecho Procesal Penal,* T. IV, Ediar, Argentina, 1964.

DALL'ANESE Y LLOBET, *La imperfección e inexistencia de los actos en el proceso penal,* en **Revista Judicial Nº 40,** Costa Rica, 1987.

DE LA RÚA, Fernando: *El proceso, acto y sanciones procesales;* en **Proceso y Justicia,** Lerner, Argentina, 1980.

GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal,* España, s.f.

GONZÁLEZ A., Daniel, *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense:* **Notas sobre la función requirente del Ministerio Público,** Colegio de Abogados de Costa Rica, 1986.

LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal,* T.I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1963.

LLOBET, Javier, *Código de Procedimientos Penales Anotado,* Costa Rica, 1987.

MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal,* T.V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina, 1954.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal Anotado,* Ediciones Lerner, Argentina, 1978.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal,* T. I, Argentina.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER EN EL AGRO

LICDA. CARMENMARÍA ESCOTO

ÍNDICE

Pág.

1. Regulaciones de la legislación internacional en relación con las actividades de la mujer en el agro. 88

2. La doble marginación de la mujer en las actividades agrarias. 90

3. Consideración de la situación de la mujer en el agro en cuanto a su estado civil. 92

4. Posibilidades legales de la mujer en ser beneficiaria de los programas de adjudicación de tierras. 93

5. Posibilidades de la mujer en el agro de suceder mortis-causa a la actividad agrícola. 95

6. Conclusiones 97

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. Regulaciones de la legislación internacional en relación con las actividades de la mujer en el agro.

Uno de los fenómenos más generalizados de lucha por parte de la comunidad internacional durante la época contemporánea, especialmente a partir del periodo correspondiente al decenio de la mujer establecido por las Naciones Unidas, ha sido la aspiración de vencer la opresión de que es y ha sido víctima la mujer, dándosele una creciente atención a la que trabaja en zonas agrícolas, dados los factores y situaciones que doblemente impiden su desarrollo, lucha que se orienta más que todo contra el menoscabo de derechos inherentes a la persona física.

Los derechos humanos de la mujer, como normas orientadas a la protección de una categoría de seres humanos, son un claro reflejo de esta lucha por la superación de un sistema de predominio masculino, enraizado desde hace siglos dentro del contexto sociocultural que ha originado la alienación y desigualdad del ser humano en razón de su sexo.

La mujer en el agro resulta doblemente marginada, no sólo por el hecho natural de ser mujer, sino también por las dificultades que las actividades agrarias representan en el contexto socioeconómico y político de nuestros pueblos, encontrándose los trabajadores agrarios, en especial la mujer ahí inmersa, en condiciones menos favorables que en el resto de otras actividades.

Es por esto y ante la necesidad de crear un mundo más justo que los derechos humanos de la mujer deben contener un claro reflejo de la aspiración moderna a que los mismos han evolucionado: de conceptos genéricos ius-naturalistas e independientes del sujeto, a hacer efectivo el principio de igualdad como valor ético esencial bajo presupuestos de una igualdad jurídica basada según Pérez-Luño, en exigencias de equipación y de trato diferenciado ante situaciones fácticas distintas, a fin de garantizar y consagrar la aspiración legítima a una vida digna que por su propia naturaleza a todo ser humano pertenece.[1]

Bajo esta perspectiva, al analizarse la normativa existente se observa que algunas disposiciones más bien cercenan esta aspiración respecto a la mujer en el agro, porque contemplan el principio de postulados de igualdad jurídica bajo presupuestos que responden a ideologías liberales ius-naturalistas y estática al enunciar premisas genéricas y obsoletas otras, desligadas de las circunstancias y época en que se hallan inmersas e ignorándose o sin tomar en cuenta ciertas situaciones y valores de la especie humana, las que innegablemente forman parte de ésta, convirtiéndose además el Derecho en un "obstáculo hacia el cambio social", como lo expresa Novoa Monreal.

La exposición de esta hipótesis no puede prescindir de un bosquejo, siquiera breve en la historia, dadas las consecuencias que las normas han acarreado en el tiempo, ocasionando entre otras razones, la situación actual. Debe tenerse presente que en un inicio la Organización Internacional del Trabajo trató de igualar o al menos proteger a la parte más débil en las relaciones laborales subordinadas y asalariadas; de ahí que se dictaron normas jurídicas tanto a nivel internacional como internas, viniendo a constituir protecciones mínimas para el trabajador asalariado, especialmente la mujer y el menor, en razón del abuso y explotación que del sexo femenino y de la edad se efectuó en centros industriales. Fueron medidas que se tomaron como necesidades históricas ante la aparición del fenómeno económico del capitalismo como el desarrollo del industrialismo y la aplicación de ideologías liberales e individualistas, así como las repercusiones sociales hijas de estas manifestaciones. En consecuencia, las regulaciones proteccionistas laborales de la mujer vienen dadas como medidas tendientes a solucionar los abusos que de ésta se hicieron en centros urbanos en el campo industrial y comercial. Aunque algunos opinan que tales beneficios, en especial las restricciones al trabajo nocturno femenino más bien restringen sus oportunidades de empleo y la excluyen de la esfera laboral.[2] Estas regulaciones no conllevan a una efectiva realidad global, puesto que las actividades agrícolas no se contemplan inicialmente; más bien, se excluyeron tales protecciones para los trabajadores del agro y en muchos códigos laborales aún perdu-

1. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Anuario de Derechos Humanos I, 1981*. "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales". Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Ciudad Universitaria, Madrid.
2. Seminario de graduación. Facultad de Derecho. Costa Rica. "Análisis de algunos aspectos del trabajo de la mujer dentro del marco de la legislación internacional". 1984. FACIO Alda y otros.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ran estas excepciones a beneficios mínimos, salvedades cuestionables de inconstitucionalidad (por el trato de desigualdad y discriminatorio que de unos y otros trabajadores se ha hecho en las leyes). Además, debe observarse que tales protecciones fueron dadas sólo para relaciones laborales subordinadas, y si por analogía o extensión se pretendió aplicar luego a las relaciones obrero-patronales "agrícolas" (proletariado agrícola), las peculiaridades del trabajo y el tipo del trabajador independiente agrícola no fueron tomados en cuenta. Al no ser suficientes y eficaces estos enunciados, ha sido necesario legislar sobre ciertas situaciones en forma especial, mostrándose así la magnitud del problema, notándose que tales medidas no cubrían al campesino (trabajador independiente agrícola), únicamente al trabajador asalariado. No puede evadirse que por diversas situaciones sociales, económicas y políticas, las actividades agrícolas han sido rezagadas en el proceso histórico, tareas que en gran medida son realizadas por mujeres[3] en el mundo, donde es doblemente marginada, como se expuso: primero, por ser trabajadora del agro y segundo, el mismo trabajador y campesino agrícola por el hecho de ser mujer, la han ido oprimiendo y marginando. Prueba de esto resulta ser la existencia de clases y estratificaciones sociales, situándose a la base de éstas los integrantes del sector agrario. Además, de ser la actividad en la que yacen sus trabajadores a los pies de toda jerarquía, la mujer del agro resulta estar en la situación más deplorable en ese estrato social[4] puesto que es participante marginal del proceso agrario sin reconocérsele esa participación ignorándose aun por las leyes algunos trabajos que efectúa y si trabaja como asalariada su ocupación frecuentemente es temporal o en forma parcial en empresas con alto grado de tecnificación.

La situación fáctica de la mujer en actividades agrarias, olvidada en parte por las leyes y dejada a su suerte, ha planteado la urgencia de prestar especial atención al sexo femenino, ser humano más oprimido y avasallado en las sociedades, no sólo por razones de equidad y justicia, sino también al tomarse en consideración que en última instancia de las actividades agrarias dependen las economías latinoamericanas y de ellas en un inicio se olvidaron aun las leyes proteccionistas.

Si se analiza la positivización de convenios y normas especiales que toman en cuenta las peculiaridades de trabajos agrarios, ocurren posteriormente y más recientemente se establece la concepción del trabajo en sentido amplio, como factor determinante y derecho esencial del ser humano. Pero, no es sino hasta hace poco que se determinan mediante los derechos humanos bajo exigencias de equiparación hacia una igualdad jurídica, los derechos humanos de la mujer. Sin embargo, entre otras lagunas, aun a nivel internacional, algunos trabajos como el doméstico, que se ha relegado al sexo femenino, no se incluyen en estadísticas mundiales ni entran en índices económicos, convirtiéndose sobretodo en zonas agrarias, en esencia y parte de la mujer. Ello demuestra que la evolución constante y progresiva de los derechos humanos está aún inconclusa, por un lado se establece el trabajo doméstico y por otro no se le incluye.

Es en este punto donde han de tomarse en cuenta dos aspectos: primero, suele darse también recientemente un transvase de derechos humanos a derechos internos y viceversa, ya no sólo en el primer sentido y segundo, y es con el Derecho Agrario, bajo la perspectiva de un Derecho económico-social con toda una nueva conceptualización de institutos, donde se evidencian transgresiones a derechos insoslayables de la especie humana, originando un planteamiento distinto del tradicional, variándose no sólo el contenido de aquellos institutos sino dejando ver la necesidad de normar nuevas situaciones más acordes con la desigualdad existente en las actividades agrarias a fin de dar un mayor estímulo económico, social y legal al agro. Al concebir los derechos humanos no ya en un sentido estático y genérico sino dinámico, se denota la urgente necesidad de elevar a tal categoría otros valores, puesto que no todos los atributos y condiciones físico-personales han sido reconocidos ni tomados en cuenta. De ahí el vínculo incuestionable que debe ligar los derechos humanos al Derecho Agrario. Dentro de este esquema, debe hacerse hincapié en que el Derecho Agrario y el nuevo contenido de los derechos humanos conciben valores como el trabajo y la igualdad bajo otra concepción, en la que no puede desligarse del hombre el ambiente en que se encuentre, para impregnarse en la relevancia social hacia las aspira-

3. PICADO. *La mujer y los Derechos Humanos, Decenio de Naciones Unidas: Igualdad, Desarrollo y Paz.* Editorial IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Primera edición. Costa Rica, 1976.

4. *Op. cit.*, págs. 22 y 23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciones más recientes de una igualdad más justa, tomándose en cuenta el trabajo en relación no sólo al sexo y la edad, sino las características propias de la actividad en que se desempeñe.

Al dársele al trabajo el valor de ser un acto humano y a veces único bien que se posee, por ende merece la protección y motivación. Resulta indispensable analizar que es con base en la labor realizada y desde el carisma del factor trabajo como se participa y como se adquieren en razón de herencias o participaciones económicas dadas.

2. La doble marginación de la mujer en la actividad agraria.

A la luz de esta concepción, la mujer en el agro constituye un eje fundamental en el desarrollo de las actividades agrarias. Tres son entre otras las funciones que a la vez realiza; tareas que no se han valorado como debiera ser.

a. Como medio de reproducción de la especie humana, necesidad vital de toda sociedad.

b. Por llevar a cabo el llamado "trabajo invisible del hogar", dentro del cual resulta trascendental el aspecto educativo de sus hijos.

c. Como integrante del núcleo familiar agrario (forma sociológica en que se la localiza), siendo un número considerable de familias las que son mantenidas por mujeres, donde además de las anteriores funciones, también participa y realiza trabajos propiamente agrarios.

El Derecho Agrario, bajo otras perspectivas, toma conciencia del cambio que también ha de darse en la regulación del modo de estructuración de la forma de llevar a cabo el trabajo; de ahí la búsqueda de organizaciones más productivas con énfasis en forma de explotación asociativa, donde la participación femenina en la esfera laboral sea reconocida socialmente y no permanezca ignorada por las leyes, desde este ángulo, es preciso señalar que han de tomarse en cuenta a la vez las peculiaridades del trabajo agrario, entre otras, el doble riesgo que enfrenta la producción: el ecológico y el económico (dependiente del mercado); de ahí su aleatoriedad, la discontinuidad e irregularidad de las actividades, cuyos ciclos productivos escapan al control humano. Común también a muchas actividades del agro suelen ser la fuerza (aptitud física y manual) que los trabajadores han de tener para realizarlas. De ahí que al considerarse al sexo femenino como débil, a la mujer se le relega al trabajo doméstico y a la crianza de los menores, sumergiéndosele en el hogar. Y las actividades de apoyo a la producción agraria no se cuantifican como trabajo ni como empleo, puesto que la mujer en el ámbito del trabajo agrario coincide con el hogar y en épocas que la explotación requiere mayor mano de obra, se le ocupa, pero además de ser una ocupación temporal, se le considera aún en tratados internacionales, como "colaboradora del jefe de familia", que en principio es el varón (padre, esposo o compañero) donde éste es el trabajador y por ende quien recibe la retribución del trabajo familiar. Permanece entonces desmonetarizada, al margen de todo control sobre el dinero, sin motivación alguna y sin posibilidad de capitalizar para hacer más productivo su propio trabajo. Su papel considerado auxiliar en la fuerza de trabajo del sector agrario, la ha marginado de toda iniciativa, capacitación y productividad efectiva al no tomarse en cuenta los importantes aportes que "las colaboradoras" dan.

La trabajadora permanente (asalariada) en el agro tiene poco acceso y viene a ser la excepción por cuanto las aptitudes para estos trabajos estriban, entre otras cosas, en la fuerza física y jornadas extraordinarias de trabajo que obligan a permanecer lejos del hogar a los trabajadores la mayor parte del día; por lo que las imposibilita para efectuarlos debido a las otras labores que conjuntamente llevan a cabo. Se limita entonces sólo a las mujeres solteras o sin hijos y a éstas únicamente se les contrata en plantas agrícolas más avanzadas, para la industrialización de los productos, o en tareas de siembra y abono de las cosechas, dándose así una restricción progresiva de las fuentes de trabajo asalariado permanente para el sexo femenino.

Tales circunstancias originan el éxodo de la mujer campesina hacia las ciudades y con ella la desintegración familiar y engrosamiento de anillos de pobreza en la periferia de centros de población urbanos, donde proliferan la prostitución, los vicios y el delito; además de sustraerse mano de obra importante en las tareas agrícolas. Notándose las consecuencias que acarrea el trato desigual que de la mujer se hace en labores agrarias.

Si se pretende el desarrollo de los pueblos y su solidaridad, bajo un concepto ideológico global, en que se reoriente el poder político-social con redistribución de ingresos y amplia participación de todos los sectores es en este campo donde evidentemente ha de darse un trato igualitario mediante la equiparación y diferenciación no sólo con otros sectores sino teniéndose presente a la mujer como eje esencial para el desarrollo dada la situación de ésta en el grupo familiar.

No puede obviarse que la situación de las mujeres en el agro está condicionada por una serie de factores que van más allá de su condición de mujer por lo que no todas viven una misma realidad. Ya se

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

destacó la situación diferente de las mujeres vinculadas a economías de mercado, donde se emplean como asalariadas, y las mujeres propiamente campesinas, que viven vinculadas a la producción directa y prácticamente en economía de subsistencia. Comprende este segundo grupo a la mayoría, cuyos trabajos varían también de acuerdo con el producto que cultivan, teniendo en común la constante dependencia del hogar, por los hijos y por el padre, esposo o compañero, con o sin tierra. De ahí que no se pueda extraer a la mujer del contexto o *núcleo familiar en que se encuentra.*

La importancia que en el Derecho Agrario se le ha dado al trabajo en sentido amplio, elevándolo a un instituto de mayor relevancia que el de la propiedad, viene a tener gran significado en esta lucha por la dignidad y derechos de la persona que plasman los derechos humanos de la mujer, porque contemplan las tareas que realiza como un pilar indirecto en la actividad agrícola, bajo el tamiz de que todo trabajo viene a ser la íntima esencia en un empeño o esfuerzo de la persona (física). Bajo una perspectiva agraria integral, se tiende a valorizar el trabajo que efectúa la mujer y su significado, no solamente en criterio de utilidad productiva empresarial, porque ésta representa *roles* importantísimos en distintos ámbitos como se ha visto.

Diferentes tipos de organización del trabajo en el agro se han creado, a través de los cuales se valora aquél conforme a su calidad y participación.

Tomándose en cuenta que en las actividades agrarias es común el trabajo familiar en el que se localiza a la mujer como se expuso, así como siendo el trabajo asociativo hacia donde se dirige el desarrollo en el agro,[5] por la necesidad de la ayuda mutua y el trabajo diversificado que ello significa, se señala la *empresa "familiar agrícola".* Si bien su origen se encuentra en Italia y muchos son de la opinión de que no han de trasplantar estilos a nuestra idiosincrasia, es lo cierto que el trabajo familiar agrario y el doméstico constituyen las labores comunes a todos los pueblos lo que varía en la forma de realizar y llevar a cabo esas tareas, los incentivos y distribución de los mismos. No solamente viene a ser esta institución un medio de garantizar la igualdad y participación efectiva de sus integrantes, sino que ante las condicionantes del agotamiento en la distribución de la tierra individual, el acceso a recursos productivos y ante el desempleo, el único recurso que puede controlar la familia campesina viene a ser la fuerza del trabajo familiar. Para lograr un mayor desarrollo de la producción agraria, se necesita y se valoran los trabajos domésticos, de reproducción y de crianza, aunque no estén ligados directamente al ciclo biológico porque vienen a ser determinantes e internamente forman parte de esa comunión organizada y activa de la llamada "azienda", como complejo de bienes familiares hacia un fin común. Todos los integrantes de la empresa familiar pueden participar y compenetrarse en el control sobre el poder de gestión con base en el trabajo prestado y de acuerdo con éste también obtienen una retribución que se caracteriza por la economicidad, dándose una relación de trabajo organizado y dirigido por el empresario que debe rendir cuentas de la administración, por cuanto no son para el beneficio propio sino familiar. Las actividades del hogar no se distinguen de las productivas agrarias que han de llevar a cabo los integrantes conforme a sus posibilidades y no necesariamente solo las mujeres. De esta forma, se esboza la importancia del trabajo no únicamente como un hecho constitutivo de derechos, sino también como parámetro de participación económica, englobándose tanto el trabajo familiar y la actividad agraria propiamente dicha. En esta manera, se elimina o al menos se atenúa la subordinación en que las mujeres y menores se encuentran, donde prevalece el hombre con poderes autoritarios, absolutos y sin control puesto que sólo el jefe familiar obtiene las utilidades y solamente en forma esporádica da para las necesidades de los demás integrantes; de ahí que no se dé ningún incentivo ni justa participación o retribución alguna. Basada la empresa familiar agrícola en conceptos de economicidad "aziendal" se acrecienta su producción con criterios de división del trabajo, hacia una producción mayor que la de subsistencia, permitiendo la formación de un patrimonio familiar.

Mediante los poderes de control que todos los miembros tienen en razón de su trabajo, se garantiza no sólo la participación desinteresada en forma personal sino que se integran al manejo de la empresa, obligándoles a superarse y exigiéndose mutuamente una mayor capacitación en las tareas que cada uno (conforme a sus aptitudes realice), ya que las gestiones extraordinarias de la empresa se

5. Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano. Ensayo de ZELEDÓN, Ricardo, *La Empresa Comunitaria de Autogestión Campesina.* Editorial de la Fundación Interamericana del Derecho Agrario Comparado, 1982. Págs. 159 a 166. GARCÍA, Antonio, *Modelos Operacionales de Reforma Agraria y Desarrollo Rural en América Latina.* Editorial IICA. San José, 1985.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tomarán por la mayoría. Esto exige conocimiento de todos en las actividades empresariales. De esta manera, se instauran legalmente, así como derechos de participación, gestión y control; también principios de colegiabilidad en las decisiones y concilio de gestión y de participación en las utilidades, de acuerdo con el trabajo dado.[6] Al dársele naturaleza colectiva al trabajo familiar y limitarse internamente los poderes y ganancias de todos, así como calificarse el trabajo, se garantiza una estructura plurisubjetiva que no necesariamente ha de limitarse a una familia sino tendiente a desarrollar empresas plurifamiliares. Esto conlleva a una participación y distribución de los factores y medios de producción basada en una estrategia que termina con la marginación y superioridad de un sexo sobre el otro, ya que la fuerza del trabajo puede representar la participación en las utilidades y no otras diferencias físicas, garantizándose una capacitación para todos, lo que en muchos casos también imposibilita a la mujer a integrarse plenamente en el desarrollo de la comunidad en igualdad de oportunidades para desarrollar y emplear sus aptitudes y eliminar así usos y costumbres contrarios a principios de igualdad y equidad. Cabe, sin embargo, tener presente que tales medidas no son la solución total de los problemas que afectan a la mujer en las actividades agrarias, pues también depende del contexto global en que ésta se ubica.

Pero ¿no es ésta una forma de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato de la especie humana sin distinción de sexos y de valorar y regular el llamado "trabajo invisible", aún marginado a nivel internacional?

3. Consideración de la mujer en el agro en cuanto a su estado civil.

Bastante se ha discutido sobre si las normas jurídicas no sólo deben regular lo que se considere ético y moral (deber ser). Las leyes deben normar la realidad existente (el ser). Una situación fáctica en que comúnmente se encuentra la mujer en el agro es en el estado conocido como "unión libre" en que no se haya bajo el vínculo legal del matrimonio. Muchas son las legislaciones que no contemplan regulación alguna para estas situaciones, encontrándose abandonada a su suerte y desprotegida de todo beneficio que la ley generalmente otorga a la mujer casada. Es decir, la mujer en la agricultura que vive en unión libre (situación civil común ya expuesta), está aún más desprotegida, ya que ni siquiera a nivel internacional se le contempla. En la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en New York, Estados Unidos, de 1979, se prevé la igualdad de la mujer en relación con el hombre, independientemente del estado civil que tenga. Sin embargo, se desarrolla ampliamente la igualdad de derechos y deberes entre cónyuges (se sobreentiende bajo la institución del matrimonio). Nótese que la concubina no podría incluirse por el hecho de no cumplir con determinadas formas sociales establecidas (el matrimonio). En situaciones donde la pareja e hijos comparten no sólo una mesa, un techo y a la vez realicen una actividad agraria en común por determinado tiempo, dependiendo su vida únicamente de esta unión y este trabajo ejercitado comúnmente para obtener beneficios, no se menciona en qué forma se participa en esos bienes conjuntamente explotados. Ocurre a menudo que el adjudicatario, arrendatario o cualquier otra forma de explotación agraria, generalmente es el jefe de familia (varón), al abandonar éste la actividad o la parcela, la compañera tiene que hacerlo por cuanto no se le otorgan derechos en la legislación ante la carencia del vínculo. Al no mencionarse nada respecto a la participación y derechos en los bienes conjuntamente explotados por los concubinos, se da una laguna insoslayable ya que carecen del justo título del matrimonio para hacerlos valer. Se dejan de lado y se ignoran estados civiles como el matrimonio de hecho, lanzándose a la mujer a su suerte en caso de abandono por parte del concubino y obligándola a acudir a los tribunales de justicia, en el mejor de los casos, a probar una eventual sociedad de hecho, a fin de no hacer nugatorio sus derechos en el patrimonio común, proceso engorroso y de alto costo.

Igualmente ocurre con la enajenación de la parcela, al no tener la compañera ningún vínculo legal que la acredite como cotitular de los bienes fundiarios, sin su consentimiento, bien puede el adjudicatario enajenar los medios de producción puesto que no se ha regulado su participación. Tales situaciones atraviesan también los hijos de adjudicatarios a quienes no se les garantiza poderes de control en la gestión agraria y se ven obligados a dejar su trabajo y medio de subsistencia, siendo otra de las causas del éxodo de las familias campesinas.

---

6. PANUCCIO, Vicencio. *L'Imprese familiare.* Milano-Dotl. A. Guiffrè Editora, 1976 y GALLONI, Geovanni. *La Organizzazioni del Lavoro. I tipi di im presa.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En muchas legislaciones se establece el conocido patrimonio familiar, a fin de que el inmueble que habita la familia (por supuesto, la constituida bajo vínculos matrimoniales) se le exima de ser embargado, pero solamente pueden constituirlo los cónyuges; en consecuencia se da un trato desigual e injusto para la mujer, no sólo aquella que cohabita en unión libre, sino la soltera, viuda y divorciada, puesto que no podría constituirlo ante la ausencia del cónyuge. ¿Se da o no un trato discriminatorio aún legal en base al estado civil de la mujer? ¿Cuántas familias dependen únicamente de la mujer y por ende, no están protegidas legalmente en cuanto a la inembargabilidad del techo que las cubre? Aparentemente uno de cada tres hogares en el mundo lo mantiene la mujer con esta desprotección legal e inseguridad que puede ocurrir.[7] La equiparación genérica que el convenio en mención hace al hablar de "mujer rural" demuestra la forma estática en el contenido de ciertas disposiciones, sin tomar en cuenta, como se ha visto, las distintas situaciones sino de la actividad, forma de llevar a cabo el trabajo (asalariado o independiente) y situación civil en que se halle.

Entonces el principio de igualdad bajo exigencias de equiparación y diferenciación a que han de aspirar los derechos humanos de la mujer no se cumple, pareciera que se hace solo una clasificación de la mujer con base en preceptos geográficos: rural opuesto a urbano, lo que desde el punto de vista del Derecho Agrario resulta superada.

La ausencia de normas jurídicas reguladoras de las familias de hecho se comprueba mediante la solución al problema que la jurisprudencia ha reconocido, en algunos aspectos esta situación fáctica por resoluciones, exigiéndose algunos requisitos, no sólo el simple hecho de convivir, sino la demostración de la existencia de una sociedad de hecho, ello deja ver la desigualdad jurídica en que se encuentran los concubinos de los cónyuges sobre todo en lo referente a la sociedad conyugal en que la mujer "por casualidad" resulta ser siempre la más perjudicada. [8]

La equiparación en derechos y deberes de la mujer que vive en unión libre a la que se encuentra casada, debe hacerse desde la óptica de llevar a cabo cualquier actividad agraria conjuntamente; aún ampliándose a otros estados civiles como la que yace separada o es madre soltera, pues si la igualdad de la mujer ha de equiparse al hombre, independientemente de la situación personal en que se encuentre, la no regulación de algunos aspectos recién expuestos indirectamente hace nugatorio el principio de igualdad efectiva, no tomándose en cuenta la contribución rendida en la actividad desarrollada. Notándose la importancia del Derecho Agrario al contemplar el factor trabajo como elemento determinante para la participación, obtención y explotación de los bienes en "la azienda". Deja de tener trascendencia el estado civil en que se encuentren las partes en este punto, evitándose discriminaciones y soluciones injustas que generalmente suelen contener leyes configuradas en concepciones tradicionales.

En el Proyecto de Ley de Reforma a la Ley de Jurisdicción Agraria costarricense, a iniciativa del doctor Ricardo Zeledón, se establece expresamente la posibilidad de que la compañera del adjudicatario en la producción "agrícola" (si cumple la función social asignada), sea no sólo preferida para continuar la actividad ante la ausencia del empresario asegurándose la continuidad en su trabajo, sino que es beneficiaria preferente de la actividad la persona que conviva con ésta, aun ante la existencia del cónyuge, siempre y cuando cumpla el requisito de profesionalidad en el trabajo agrario.[9]

No se toman en cuenta tanto los lazos consanguíneos o afines, pero sí se atiende a situaciones reales que ocurren en el agro en gran medida, dándose así un trato más justo y equiparándose en derechos y deberes a la mujer sin afectarse un trato desigual por el estado civil que se tenga.

4. Posibilidades legales de la mujer en ser beneficiaria de los programas de adjudicación de tierras.

Por lo antes expuesto en que se denota la problemática de la mujer en las actividades agrarias, tanto desde su regulación aplicable así como la situación fáctica existente, las posibilidades de ser beneficiaria en programas de adjudicación de tierras es otra lucha expresamente contenida en la convención sobre la eliminación citada, hecho que por sí solo demuestra la transgresión a los derechos humanos de la igualdad de oportunidades que en actividades

---

7. *Op. cit.*, pág. 22.

8. PRECIADO A., Darío. *De la sociedad de hecho y entre concubinos.* Editorial Editora Jurídica de Colombia. Primera Edición, 1985 y tesis de grado de FALLAS C., Zoraida y otra. *Posibles derechos sucesorios del concubino sobreviviente.* Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1986.

9. Proyecto de Ley de Reforma Agraria Costarricense.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

agrarias, respecto a la mujer, se da en este sentido de otorgarle la responsabilidad de la administración y producción. Ocurre efectivamente que en cuanto al acceso a la tierra y otros elementos necesarios como el agua, crédito y *capacitación,* le han sido limitados. Sin embargo, en estudios realizados se ha determinado que en situaciones esporádicas en que a la mujer se le otorgan los mismos medios o recursos que el hombre, inclusive ha llegado a superar la producción. Donde más se demuestra el trato desigual en razón del sexo, aparte del empleo remunerado, es en el campo de acceso a la explotación directa por la mujer, a pesar de constituir la mujer la mitad de la población del mundo, sólo recibe una décima parte del ingreso global y posee menos de la centésima parte de tierra de la población.[10]

Aunque vista como un factor potencial para el desarrollo económico de las zonas agrarias y no como derecho inherente a la persona, en este sentido la Conferencia Mundial sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural (CMRADR) celebrada en Roma en 1979, señaló lo siguiente: "...que el reconocimiento del papel vital de la mujer en la vida socioeconómica y en las actividades agrícolas es una condición indispensable para el buen éxito de la planificación del desarrollo rural y la ejecución de programas". En este sentido, la CMRDR declara que el desarrollo rural basado en el crecimiento con equidad exige la plena integración de las mujeres, incluidos el acceso equitativo a la tierra, el agua y demás recursos naturales, insumos y servicios y la igualdad de oportunidades para el desarrollo y empleo de sus aptitudes. Esto significa que los beneficios de los programas de desarrollo rural deben alcanzar plenamente tanto a las mujeres como a los hombres.

Si bien es cierto que de lo expuesto en el párrafo precitado se hace ver el papel de la mujer desde una perspectiva meramente económica, por lo que ella puede generar, también lo es que el trabajo femenino en actividades agrarias se ha obtenido sin remuneración y sin incentivo alguno, destacándose el valor que los *roles* de la mujer tiene en el hogar. Además la equipara al hombre otorgándole igualdad de posibilidades en lo que se refiere al acceso a los medios de producción que es en última instancia el modo más eficaz para su desarrollo pleno como persona, entendido no sólo la adjudicación de tierras sino también los instrumentos para llevar a cabo la actividad. Dada la trascendencia, merece analizarse que la convención establece la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, tanto en la posibilidad de acceso a la adjudicación de la parcela, como al otorgamiento de créditos, préstamos, servicios de comercialización y asistencia técnica, aparte de establecer un trato igualitario en lo que se refiere a los planes de la reforma agraria y reasentamiento. Notándose que para darse un trato igualitario en cuanto a adjudicación de tierras y posibilidad de que la mujer sea adjudicataria en los planes de reforma agraria y reasentamiento debe tenerse presente que generalmente establece el requisito de la profesionalidad y habitualidad o capacitación técnica y materias agrarias (por razones obvias). La mujer en la agricultura ha sido relegada a trabajos domésticos, considerados no productivos, y que no están ligados a la agricultura propiamente dicha. Aunque realice también trabajos agrarios, son esporádicos y considerados de "colaboración". En principio, no tiene una profesionalidad de todo el ciclo productivo para administrar la empresa. La que es asalariada tiene poco acceso a cursos de formación profesional, y por tanto no tiene unos y otros niveles de calificación que le permita optar por la adjudicación de trabajo independiente o de dirección de una empresa, ello las coloca en situación de desventaja por carecer de conocimientos de la actividad agraria en su conjunto. Además, han intervenido otros factores como su carga de trabajo reproductiva y las tareas de oficios domésticos, no tomadas en cuenta en políticas que se han orientado en programas femeninos de bienestar social. Factores socioculturales que tienden a concebir en el campesinado la educación como un derecho exclusivo del hombre, impiden a la mujer su posibilidad de capacitarse para ejercer la actividad agraria.[11] Su papel de auxiliar, "colaboradora" y marginal en forma discontinua, hacen que sea apta para muchas tareas pero en sí aisladas. Aun en países con altos índices de alfabetización, la mujer en el agro se encuentra rezagada en comparación con el desempeño de ésta en otro tipo de actividades. Entonces aunque se garantice una igualdad en la adjudicación de los medios de producción para ambos sexos, la mujer no está en igualdad de condiciones de profesionalidad porque se le ha marginado también en la educación.

Las tareas del hogar, realizadas por una persona requieren jornadas de trabajo de todo el día, no se tienen por el subdesarrollo en zonas agrarias los

10. Citado por PICADO, Sonia. Op. cit., pág. 16. "Un decenio para la mujer." Resumen de prensa.

11. MORENO, Ana Lucía. *Fundamentación del proyecto presentado para investigar la realidad de la mujer en el mercado.* MIDEPLAN, 1985.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

medios económicos suficientes para agilizarlas y separarse de la vivienda. Ello hace que la mujer esté aislada de otras, impidiéndosele el derecho a la asociación. De ahí la importancia de proponer políticas globales que la beneficien en aspectos de igualdad jurídica, organización, participación, educación, empleo, valoración de todo el trabajo y unión femenina. Por ello en un inicio, la empresa familiar agrícola le permitiría participar en la producción económica, quedándole más tiempo para capacitarse y educar a todos los integrantes en lo indispensable que es la solidaridad. Los derechos de educación, asociación, capacitación técnica, están elevados a la categoría de derechos humanos con énfasis en no marginar a la mujer. Por eso, sólo a través de un sistema global integral de reforma agraria donde en la rama educativa que se encarga al Estado no se reafirma la diferenciación de *roles* por sexo, la supremacía masculina, el pensamiento individualista, y la marginación en la capacitación técnica. En regímenes legalistas sólo así podrían erradicarse usos y costumbres contrarios a la igualdad bajo exigencia de equiparación y diferenciación, de los que la mujer, como se ha sostenido, no solo es víctima sino cómplice. Este cambio sociocultural viene a ser un factor determinante y previo hacia la efectivización de la posibilidad real de ser adjudicataria de los medios de producción. ¿Qué beneficio le acarrearía haberse estipulado la adjudicación de tierras legalmente para ambos sexos si sus aptitudes no le van a permitir ser adjudicataria? Además, al no tomarse en cuenta los otros *roles* que a la mujer se le han dejado en el trabajo familiar y no regularse la forma de compartir estas tareas, la jornada laboral de la mujer la llevaría a su destrucción por exceso de trabajo. De ahí el círculo vicioso de la mujer en el agro del que le es difícil salir, terminando al no preverse esto, en el escape hacia las ciudades y centros hurbanos por cuanto le extinguirán la adjudicación al no poder cumplir con la función social asignada. En consecuencia, aun antes de establecerse un trato igualitario o a la par de éste, deben tomarse en cuenta las situaciones de capacidad en que se encuentra la mujer, *roles* que realiza a fin de que se le capacite previamente y no se le excluya, ya no por el sexo, sino por su ineptitud puesto que está en clara desventaja al varón.

En algunas legislaciones, a nivel interno en materia de adjudicación de tierras y reasentamientos agrícolas, ya se establecen los requisitos de *profesionalidad,* capacitación técnica y experiencia en trabajos agrarios, existiendo una laguna al no estipularse políticas congruentes con la realidad, por cuanto estudios realizados demuestran que no se han tomado en cuenta todos los factores que intervienen en el agro y desde los distintos ángulos en que a la mujer se le han transgredido sus derechos como persona. De esta manera, al establecer la ley este requisito esencial y relacionarlo con la situación de hecho de la mujer en el agro, no está en igualdad de condiciones para ser adjudicataria (en principio). Se le ha transgredido el derecho a capacitarse. Desde otro ángulo, algunas normas dejan ver la discriminación por sexo que se hace a la mujer, por cuanto aunque se hable en sentido genérico para la adquisición de tierras "el solicitante y sus hijos" al hacer una interpretación integral de las disposiciones dejan ver que se refiere al varón como adjudicatario inicial, ya que sólo en ausencia de éste, su abandono de la parcela se contempla a la "esposa" o terceros que hayan convivido permanentemente con el aparcero. En el proyecto de ley de reforma agraria costarricense y fuero peruano, se contempla expresamente desde un inicio la adjudicación de la parcela, ya sea a hombre o mujer. Sin embargo, bajo la óptica del Derecho Agrario, lo más importante es la capacitación y profesionalidad que se tenga en materia agraria para optar por ser adjudicatario, terminándose legalmente con la desigualdad de trato con base en el sexo.

5. Posibilidades de la mujer en el agro de suceder mortis-causa a la actividad agrícola.

Tradicionalmente la sucesión legítima de los bienes, ante la muerte del causante se da sobre la base de vínculos consanguíneos y afines, estableciéndose en las leyes y orden de prelación en razón de ese parentesco. Asimismo, por el principio de libre testamentifacción, no se le restringe en nada la última voluntad del causante, en el caso de la sucesión testamentaria, por lo que en virtud del principio apuntado, la voluntad del testador definirá en última instancia los herederos y sucesores de sus bienes.

La base dogmática en que se funda el derecho del causante para disponer de sus bienes por testamento, radica en el respeto a su voluntad como expresión de su personalidad y también como reflejo político del principio de la propiedad individual, aun para después de la muerte del titular.[12]

12. FALLAS C., Zoraida y otra. Tesis de Grado, *Posibles derechos sucesorios del concubino supérstite.* Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho, 1983.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Como es sabido, existen dos formas de suceder mortis-causa: a) la testamentaria y b) la legítima (en ausencia de testamento). En cuanto a esta última, desde el punto de vista del Derecho Agrario, en programas de adjudicación de tierras o reasentamientos, conforme a sus distintas concepciones para la adquisición de los bienes, basada en el trabajo y bajo criterio de rendimiento y productividad, que reflejan su carácter económico-social, se establece una sucesión legítima sui géneris, en el sentido de que se instaura un orden de prelación, ya no tanto basado en criterios de parentesco o consanguinidad en órdenes, sino en criterios de trabajo, prevalencia, vocación y profesionalidad agrarias con miras a que se dé la continuidad de la empresa y asimismo garantizar el reconocimiento al trabajo y colaboración como la continuidad del medio de subsistencia para quienes estén explotándola con el causante, regulación entonces que permite otorgarle derechos a la mujer, independientemente de su estado civil y de su condición misma.

Lo anterior refleja dos aspectos: primero, que por familia agraria, ya la legislación agraria no contempla la tradicional, sino como se expuso, no solamente a quienes les unen lazos consanguíneos o afines, sino quienes comparten un mismo techo, una misma mesa y llevan a cabo una actividad en común de la cual depende su medio de subsistencia, lográndose ampliar así a otras categorías en lo que al estado civil de la mujer se refiere y segundo, se reconoce el factor trabajo como elemento definitorio no ya sólo para la adquisición de los bienes fundiarios, sino para después de la muerte, notándose el cambio de contenido de este instituto desde un ángulo más acorde a principios de equidad y justicia social. Nótese que distinto es el caso de las propiedades que no estén bajo políticas de reasentamiento, o que no sean estatales en los cuales se aplica la sucesión legítima tradicional.

Con respecto a la sucesión testamentaria, se da la limitación a la libre testamentifacción, principio rector en esta clase de sucesión tradicional, por cuanto en los programas agrarios citados se le exige al adjudicatario (aparcero, colono, etc.) que el heredero designado por éste, debe reunir las condiciones de profesionalidad o capacidad técnica y a la vez garantizar la no división de la parcela. Este se justifica por dos razones: a) Con base en los principios expuestos (continuidad y eficiencia de la actividad y productividad) y b) a efectos de evitar el minifundio y garantizar la explotación en conjunto, como unidad económica y familiar. Si bien es cierto que constituye un límite al principio de la libre testamentifacción que como derecho es la base de este tipo de sucesión, resulta plenamente justificable, por cuanto se tiende el logro de continuidad que beneficia a quienes efectivamente están explotándola. Nótese cómo no se establece límite alguno en razón del sexo y estado civil de la mujer, sólo en cuanto a la capacidad apuntada. Ha de tenerse presente que algunas legislaciones, en aras solo de la actividad y continuidad de la parcela, permiten que se herede a aquellos hijos o esposa que realicen o contengan los requisitos de profesionalidad sin notar que pueden en forma indirecta afectar a los que están explotándola. Esta situación iría en menoscabo de aquéllas que si bien es cierto carecen de un vínculo afín con el adjudicatario inicial, han explotado junto con aquél la parcela (caso de la concubina) u otros hijos que estén en igualdad de condiciones, pero que se escoja a otro (aunque con las mismas aptitudes) y que no necesariamente esté coadyuvando esa actividad. De ahí la importancia de dar prioridad al que se encuentre en el fundo, coadyuvando en forma activa, independientemente de su vínculo y sexo, como ya lo han legislado algunos Estados. Se cumple así el principio de prelación para quienes exploten la parcela. En el fuero peruano se sigue este sistema en su legislación agraria, así como lo contempla también el proyecto de ley costarricense citado.[13] Además, ante la ausencia de testamento, el organismo encargado toma más en cuenta los requisitos de capacidad técnica y prelación que los lazos consanguíneos o afines entre el causante y los coadyuvantes.

En lo que se refiere a la convención contra todas las formas de discriminación de la mujer, debe señalarse que es omisa al respecto, por lo que deja a las disposiciones legales internas de los Estados miembros, su regulación. Existe un convenio euro-

13. Artículo 37 del Derecho Nº 22175, Perú, La herencia en el Derecho Agrario Peruano. *"Revista del Instituto de Derecho Agrario"*, Lima, Perú, Nº 3, año III, 1979. Págs. 32 y 33.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

peo relativo al testamento internacional, pero no se establecen estas peculiaridades desde el punto de vista de la mujer en el agro.[14]

El trato especial de este instituto por el Derecho Agrario refleja una vez más el vínculo que se da entre los derechos humanos de la mujer en el agro y la ciencia agraria hacia una concepción más justa con base en las mencionadas exigencias de equiparación y diferenciación de trato en relación con la actividad y medio ambiente de la especie humana en ella inmersa, que pretende, entre otras aspiraciones, erradicar la marginación que en razón del sexo y de las actividades agrarias se ha dado.

CONCLUSIONES

Al término de estas consideraciones es evidente que, ante la flagrante contradicción entre el contenido de la ley y la realidad de la mujer en el agro, se ha originado una doble marginación: por encontrarse inmersa en alguna actividad agraria, rezagada aún a nivel internacional y por el hecho natural de la mujer.

Siglos de error se han enterrado en sistemas legales de tendencias estáticas e individuales, ocasionando la intensidad del problema de hoy en el agro, en especial a la mujer, quien yace a los pies de toda la estructura jerarquizada en la estratificación social, consagrando así su desigualdad política, económica y cultural.

La marginación se orienta esencialmente por el hecho de ser mujer, condicionado por la actividad agraria a la que en parte se dedica, por el estado civil en que se halle, por la forma de regularse el trabajo, tanto a nivel familiar como el propiamente agrario y por el atraso educacional de que ha sido víctima.

Ello demuestra el abandono y desestímulo en parte legal (transgresiones a derechos insoslayables del ser humano) de que ha sido objeto, no sólo la mujer sino la familia campesina. Las normas jurídicas como producto y reflejo de la especie humana evolucionan; y ello demuestra que la lucha por la no discriminación de la mujer, sobretodo en actividades agrarias, apenas se ha iniciado.

Es a la luz del Derecho Agrario, bajo toda una nueva ideología social educativa y económica, como puede percibirse tal apreciación.

Los derechos humanos de la mujer, en particular contra toda forma de discriminación, son prueba de esta doble marginación, que demuestran la necesidad de exigencias de equiparación y diferenciación para lograr una verdadera igualdad jurídica. Y es a través de este camino como podrá lograrse la aspiración ético-moral de la dignidad y efectiva igualdad de la especie humana.

14. Convenzione Sull'Amministrazione Internazionale delle successioni (L'Aja, 2 ottobre, 1973). Ver también reglamento interno del Instituto de Desarrollo Agrario; donde para la adjudicación de parcelas se mide al adjudicatario en razón de su fuerza, por lo que la mujer viene a tener una tercera parte de valor frente a las fuerzas que el hombre tiene o se le ha valorado. Considero que ello no debe ser a la luz de la igualdad del ser humano ante la ley; por cuanto un hombre es fuerza física y una mujer no necesariamente lo es. Con Rubén Hernández y Pérez Luño; la igualdad ante la ley significa igualdad de trato ante una misma situación y no podría compararse a los sexos en virtud de no fuerza física por razones obvias. Debe darse un trato diferenciado ante situaciones fácticas que originan una regulación diferente.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA SUSPENSIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

ALEJANDRO MONTIEL ARGÜELLO

SUMARIO:

Pág.

1. Terminología 100
2. Antecedentes 100
3. Constituciones modernas 100
4. Instrumentos internacionales 103
5. Jurisprudencia internacional 104
6. Doctrina 106
7. Conclusiones 108

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. Terminología.

Haciendo un análisis de los términos usados en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referente a la suspensión de las garantías de los derechos humanos y que se insertará adelante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo:

> "El artículo 27 contiene determinadas locuciones que merecen ser destacadas a los fines de la presente consulta. Así, el título es 'Suspensión de Garantías'; el párrafo primero habla de 'suspend(er) las obligaciones contraídas'; el párrafo segundo de 'suspensión de los derechos'; y el párrafo tercero de 'derecho de suspensión'. Cuando la palabra 'garantías' se utiliza en el párrafo segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las 'garantías judiciales indispensables'. Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una 'suspensión de garantías' en sentido absoluto, ni de la 'suspensión de los derechos', ya que siendo estos consustanciales con la persona lo único que podría suspender sería su pleno y efectivo ejercicio. La Corte estima útil tener presentes esas diferencias terminológicas a fin de esclarecer los fundamentos conceptuales sobre los cuales responde la presente consulta, sin perjuicio de las cuales la Corte utilizará la expresión empleada por la Convención de 'suspensión de garantías'."[1]

A pesar de lo dicho en ese pasaje, la Corte, en otros lugares de la misma opinión consultiva habla de "suspensión de derechos".

El jurista español Francisco Fernández Segado dice: "Pues bien, históricamente, la suspensión de 'derechos' y 'garantías' va a permitir hablar de una 'suspensión de garantías' que es una ficción jurídica por más de la cual lo que se quiere significar llegado el caso de proceder a la adopción de medidas excepcionales con la subsiguiente restricción de Derecho, que lo que se va a suspender es la garantía, esto es, la protección jurídica del Derecho, sin por ello suspender el Derecho mismo."[2]

En el presente trabajo se utilizará el término "suspensión de garantías" que parece preferible aun cuando no sea rigurosamente exacto.

2. Antecedentes.

Desde la época de la Roma Republicana fue reconocida la necesidad de otorgar a la autoridad poderes extraordinarios, por un tiempo limitado, en caso de guerra exterior o de revuelta interna, aun cuando ello implicaba una restricción a los derechos de los ciudadanos. De allí nació la institución de la dictadura, en realidad muy diferente a las conocidas con ese mismo nombre en épocas posteriores de la misma Roma y en los países modernos.

En 1689 el Parlamento británico decretó la suspensión de la garantía de la libertad individual concedida en el *Hábeas Corpus* Act de 1640 y el *Hábeas Corpus* Amenment Act de 1679.

3. Constituciones modernas.

La constitución de los Estados Unidos de 1787 que no comprendía una enumeración de derechos que sólo fue incluida mediante las diez primeras reformas, contiene una disposición sobre la suspensión de garantías y es el artículo 1 sección 9 cláusula 2 que dice: "El privilegio del mandamiento de Hábeas Corpus no debe suspenderse, salvo que en casos de rebelión o invasión la seguridad pública pueda requerirlo."

Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que no es inconstitucional el juzgamiento de civiles por tribunales militares y sin jurado, en tiempo de guerra y en la zona de operaciones militares efectivas,[3] de los violadores del Derecho de guerra [4] y de los acusados ante tribunales internacionales.[5]

Más aún, la jurisprudencia ha precisado que cuando se declara la ley marcial los tribunales militares pueden juzgar a los civiles, pero que "la ley marcial no puede ponerse en vigor por una amenaza de invasión. La necesidad debe ser verdadera y presente: la invasión debe ser real, de modo que efectivamente cierre los tribunales de justicia y deponga el gobierno civil... La ley marcial nunca puede existir cuando los tribunales están abiertos y en el propio e inobstruido ejercicio de su jurisdicción.

---

1. "El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías". Opinión consultiva OC-8/ 87 del 30 de enero de 1987. Serie A., núm. 8, párr. 18. Puede consultarse en Ventura, Manuel E. y Zovatto, Manuel. *"La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos"*, Madrid, 1989, pág. 444.

2. Fernández Segado, Francisco en Alzaga Villareal, Óscar (compilador) *"Comentarios a las Leyes Políticas"*, Madrid, 1974, T. IV, pág. 562.

3. Persltein vs. United States, 151 F., 2d. 167 (3d. Cir. 1945).

4. Ex parte Quirin, 317 U.S. 1 (1942).

5. Hirota vs. Mac Arthur, 338 U.S. 197 (1948).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

También se limita a la localidad en que hay realmente guerra."[6] Esta doctrina ha sido aplicada a casos ocurridos en Hawai en 1942 y 1944, a pesar de que se había dejado subsistente la ley marcial decretada con base en el ataque japonés a Pearl Harbour.[7]

Existen numerosas sentencias de la Corte Suprema americana en el sentido de que la declaración de la ley marcial no concede facultades arbitrarias, sino que las autoridades judiciales pueden examinar si una medida tomada en virtud de ella estaba justificada por las circunstancias. En el citado caso Milligan la Corte sostuvo que respecto al Hábeas Corpus lo que la constitución autoriza suspender es el privilegio y no el mandamiento, de manera que los tribunales conservan la facultad de examinar y determinar si la suspensión es constitucional y si el detenido está dentro de los términos de la suspensión. A principios de la guerra civil en 1861, el presidente Lincoln suspendió el Hábeas Corpus en ciertas regiones del país y en 1862 hizo extensiva la suspensión a todo el territorio nacional. El presidente de la Corte Suprema, Taney declaró inconstitucional la suspensión basándose en que el derecho a decretarla en forma general residía en el Congreso,[8] pero éste, el año siguiente, autorizó al presidente a hacerlo. Desde entonces ningún presidente ha decretado por sí la suspensión ni aun en caso de guerra.

De acuerdo con lo anterior, en los lugares y circunstancias en que se ha decretado la ley marcial, las autoridades militares pueden efectuar la detención preventiva de personas, siempre con la limitación de que subsista el peligro de invasión, pero "fuera de una zona en que prevalecen condiciones que justifican la ley marcial, el Ejecutivo no puede, a falta de autorización del Congreso, pasar por encima de la libertad personal ni siquiera en tiempo de guerra."[9]

En 1950 el Congreso americano emitió la Ley de Seguridad Interna, según la cual, en caso de invasión, declaración de guerra o insurrección en ayuda de un enemigo extranjero, el presidente puede proclamar una "urgencia de seguridad interna" y detener a cualquier persona que crea que puede participar en actos de espionaje o sabotaje. Esta Ley fue emitida en contra del veto presidencial y su constitucionalidad es discutible, salvo cuando se trate de extranjeros enemigos, pues éstos, como dice Blackstone, "no tienen derechos, ni privilegios, salvo por el favor especial del rey, durante el tiempo de guerra."[10] La detención y confinamiento de extranjeros enemigos ha sido práctica sancionada por los tribunales en toda la historia de los Estados Unidos a partir de la Ley de Extranjeros Enemigos de 1798. Durante la segunda guerra mundial se decretó la exclusión de nacionales de ascendencia japonesa de la costa oeste y su detención en campos de concentración en el interior por considerarse que había peligro de invasión. Los tribunales mantuvieron esas medidas,[11] pero el Congreso americano decretó en años recientes una indemnización en favor de esas personas.

En cuanto al derecho de propiedad, los tribunales americanos han decidido que se necesita una ley para que el Poder Ejecutivo pueda tomar la propiedad privada en tiempo de guerra, salvo el derecho de requisición de la propiedad realmente necesaria para las operaciones militares.[12] Tanto durante la guerra civil como durante la primera y segunda guerras mundiales, fueron dictadas leyes que permitieron la incautación de empresas industriales, aun de aquéllas no directamente ligadas con el esfuerzo bélico.[13] Tanto la requisición como la incautación generaban la obligación de indemnizar al propietario,[14] salvo que se tratare de un extranjero enemigo o de persona asociada directamente con la causa enemiga.[15]

---

6. Ex parte Milligan, 4 Wall 2 (U.S. 1866).
7. Duncan vs. Kakanamoku, 327 U.S. 304 (1946).
8. Ex parte Merryman, 17 Fed. Cass. 14 (D. Md. 1861).
9. Schwartz, Bernard, *"Los Poderes del Gobierno"*, México, 1966, T.II, pág. 307.
10. Blackstone, William. "I Commentaries", 372.
11. Karematsu vs. United States, 140 F., 2d. 128 (19th Cir. 1950).
12. United States vs. Russell, 13 Wall. 623 (U.S. 1871).
13. United States vs. Montgomery Ward & Co., 150 F., 2nd. 369 (7th Cir. 1945).
14. United States vs. General Motors Corp., 323 U.S. 373 (1945).
15. Brown vs. United States, 8 Cranch 110 (U.S. 1810).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Asimismo los tribunales han considerado constitucionales las autorizaciones legislativas al ejecutivo para el control de precios,[16] el control de alquileres[17] y el racionamiento.[18] En América Latina es corriente que las constituciones políticas contemplen expresamente la suspensión de las garantías de los derechos humanos, autorizando al Poder Ejecutivo para hacerlo y concediendo al Congreso alguna forma de control respecto a la duración y a los actos ejecutados durante la suspensión.

Por excepción, la Constitución vigente de Costa Rica, de 1949, dispone lo siguiente:

"Artículo 121. Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

...7) Suspender por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, en caso de evidente necesidad pública, los derechos y garantías individuales consignados en los artículos 22 (derechos de trasladarse y permanecer en cualquier punto), 23 (inviolabilidad del domicilio), 24 (inviolabilidad de documentos privados y comunicaciones), 26 (derecho de reunión), 28 (libertad de expresión), 29 (libertad de comunicación del pensamiento), 30 (libre acceso a los departamentos administrativos) y 37 (prohibición de detenciones ilegales) de esta Constitución. Esta suspensión puede ser de todos o de algunos derechos y garantías, para la totalidad o parte del territorio, y hasta por treinta días; durante ella y respecto de las personas, el Poder Ejecutivo sólo podrá ordenar su detención en establecimientos no destinados a reos comunes o decretar su confinamiento en lugares habitados. Deberá también dar cuenta a la Asamblea en su próxima reunión de las medidas tomadas para salvar el orden público o mantener la seguridad del Estado.

En ningún caso podrán suspenderse derechos o garantías individuales no consignados en este inciso".

También, la Ley Nº 7135 de la Jurisdicción Constitucional del 11 de octubre de 1989 dice así:

"Artículo 24. Al resolver, la Sala examinará entre otros aspectos, lo siguiente: ...ch) Si en caso de estar suspendidas las garantías constitucionales, la resolución se dictó dentro de las limitaciones de la Constitución Política, y de las razonablemente derivadas de la misma declaratoria."

En España, la primera constitución, la de Cádiz de 1812, decía en su artículo 308: "Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiere en toda la Monarquía o en parte de ella la suspensión de algunas de las formalidades presentes en este capítulo para el arresto de los delincuentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado."

La actual Constitución de España, que data de 1978, contiene el artículo 55 que dice:

1. "Los derechos reconocidos en los artículos 17 (garantías de la libertad personal: casos y formas de privación de la libertad, plazo máximo de la detención, derecho de ser informado de sus derechos y de la razón de la detención, a no declarar y a la asistencia de abogado, y Hábeas Corpus), 18, apartados 2 y 3 (inviolabilidad del domicilio y secreto de la correspondencia), artículos 19 (libertad de residencia y circulación), 20, apartados a) y d) y 5 (libertad de expresión y difusión del pensamiento, y prohibición del secuestro de publicaciones), artículo 21 (derecho de reunión), 28 apartado 2 (derecho de huelga) y artículo 37, apartado 2 (medidas de conflicto colectivo) podrán ser suspendidas cuando se acuerde la declaratoria del estado de excepción o de sitio. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 (derechos del detenido: ser informado de la razón de la detención, no ser obligado a declarar y asistencia de abogado) para el supuesto de declaración del estado de excepción.
2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2 (máximo de la detención preventiva) y 18, apartados 2 y 3 (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones) pueden ser suspendidos para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.
3. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes." (Las expresiones entre paréntesis no se encuentran en el original).

Más adelante, en el artículo 116 dispone la

16. Yakus vs. United States, 321 U.S. 414 (1944).

17. Bowles vs. Willingham, 321 U.S. 503 (1944).

18. O'Neal vs. United States, 140 F., 2nd. 908 (6th Cir. 1944).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

misma Constitución que una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio; que el primero lo decreta el gobierno en Consejo de Ministros por un máximo de quince días y luego deberá dar cuenta al Congreso de los Diputados que podrá ampliarlo; que el segundo requiere autorización del Congreso; y que el tercero lo declara el mismo Congreso.

Es de notar que la Constitución española contempla, además de la suspensión de garantías con carácter general, la suspensión en forma individual, la cual parece que sólo está prevista en la Carta Fundamental de la República Federal Alemana.

4. Instrumentos internacionales.

La Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, de 1950, dice así en su artículo 15:

1. "En caso de guerra o en caso de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquiera alta parte contratante puede tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en la presente convención en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales providencias no sean opuestas a las de otras obligaciones que dimanen del Derecho Internacional.

2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2 (derecho a la vida), salvo para el caso de muerte resultante de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3 (prohibición de torturas y de penas o tratamientos inhumanos o degradantes, 4 párrafo 1 (prohibición de esclavitud y servidumbre) y 7 (principio de legalidad y no retroactividad de la ley penal).

3. Toda alta parte contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al secretario general del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al secretario general del consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones de la convención vuelvan a tener plena aplicación."

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por las Naciones Unidas en 1966, dice así en su artículo 4:

1. "En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de ese Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho Internacional y no entrañen discriminación alguna únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 (derecho a la vida y limitaciones a la pena de muerte), 7 (prohibición de la tortura, tratamientos crueles y experimentos médicos y científicos), 8 (párrafos 1 y 2) (prohibición de la esclavitud y servidumbre), 11 (prohibición de encarcelamiento por obligaciones contractuales), 15 (irretroactividad de la ley penal en perjuicio del reo), 16 (reconocimiento de la personalidad jurídica) y 18 (libertad de pensamiento, conciencia y religión).

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada la suspensión." (Las expresiones entre paréntesis en esta cita y en la que antecede no se encuentran en el original).

También la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, dispone lo siguiente:

"Artículo 27. Suspensión de garantías.

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el Derecho Internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9 (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derecho del niño); 20 (derecho de la nacionalidad); y 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Conven-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción, por conducto del secretario general de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión".

Disposiciones similares a las anteriores existen también en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981.

5. Jurisprudencia internacional.

a) En octubre de 1955 y abril de 1956 el Reino Unido decretó un estado de emergencia en Chipre, en ese entonces su colonia, y el 7 de mayo de 1956 Grecia denunció ante la Comisión Europea de Derechos Humanos que no existía un motivo justificado para la emisión de ese decreto. Después de haber investigado la situación, la comisión presentó un informe al Consejo de Ministros de la Comunidad Europea, y éste, por haberse solucionado la cuestión chipriota, decidió que "no había lugar a tomar nuevas medidas." Así se terminó el caso, pero mediante él quedó establecido el derecho a cuestionar la existencia de un peligro que justifique el estado de emergencia y si las medidas que se tomen se ajustan a la situación "aunque el gobierno debe conservar cierto margen de apreciación."[19]

b) El caso Lawless vs. Irlanda difiere del anterior en que fue iniciado por un individuo y llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El 5 de julio de 1951 Irlanda decretó el estado de emergencia y durante él fue detenido el señor G. R. Lawless. Éste recurrió a la Corte y en la sentencia que se dictó ese tribunal afirmó su derecho a constatar la existencia de un peligro público que definió así: "Una situación de crisis o de peligro excepcional o inminente que afecta el conjunto de la población y que constituye una amenaza para la vida organizada de la comunidad que compone el Estado". En el caso sub júdice la Corte resolvió que había existido un peligro público; que la medida de detención había sido tomada de acuerdo con la situación; que no contradecía otra obligación internacional; y que se había notificado al secretario general del Consejo de Europa, concluyendo que la detención de Lawless aparecía como una medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación en el sentido del artículo 15 de la convención y que los hechos de la causa "no demostraban por parte del gobierno de Irlanda, una violación de la convención."[20]

c) El 3 de mayo de 1967 la Junta Militar de Grecia informó al secretario general del Consejo de Europa que había decretado la suspensión de varios artículos de la convención por existir un peligro interior que amenazaba el orden público y la seguridad del Estado. Los países bálticos y Holanda denunciaron ante la Comisión Europea de Derechos Humanos que no existía el peligro nacional que exige el artículo 15 de la convención, y Grecia alegó que, según jurisprudencia de la propia Comisión, debía concederse al gobierno un "margen de apreciación". La Comisión tramitó la denuncia, y después de investigar por medio de una subcomisión emitió su dictamen el 5 de noviembre de 1969 en el que concluye: "La Comisión no ha encontrado que la evidencia aducida por el gobierno replicante muestre que el desplazamiento del gobierno legal por la fuerza de las armas de los comunistas y sus aliados fuera inminente el 21 de abril de 1967; en realidad, existe evidencia que indica que tal cosa no era planeada a la época ni era seriamente anticipada, ya sea por la autoridad militar o policial."[21]

Ante la inminencia de su expulsión del Consejo de Europa, el gobierno de Grecia denunció la convención y se retiró del consejo en 1969, pero al llegar al poder un gobierno democrático la ratificó nuevamente en 1974.

d) El 16 de diciembre de 1971 Irlanda denunció al Reino Unido ante la Comisión Europea de Derechos Humanos por la aplicación de medidas de emergencia en Irlanda del Norte. El asunto llegó hasta la Corte de Europa de Derechos Humanos y en el curso del juicio Irlanda reconoció que el Ejército Republicano Irlandés había desarrollado una ofensiva y el Reino Unido había tenido que enviar contingentes militares para combatirla. La Corte, en su sentencia del 13 de diciembre de 1977, dijo: "Corresponde a cada Estado Contratante, con su responsabilidad por la vida de su nación, determinar si esa vida está amenazada por una emergencia pública y cuán lejos es necesario llegar para dominar la emergencia. Por razón de su contacto directo y continuo con las urgentes necesidades del momento, las autoridades nacionales están en principio en una posición mejor

19. Publicaciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Yearbook II (1958-9), pág. 174. Appl. 17/56 - Greece vs. U.K.

20. Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Serie A., vol. 3 (1961).

21. Publicaciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Yearbook XII (1969), The Greek Case.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que el juez internacional para decidir, tanto sobre la existencia de esa emergencia, como sobre la naturaleza y extensión de las derogaciones necesarias para dominarla. En esta cuestión el artículo 15 deja a esas autoridades un ancho margen de apreciación. Sin embargo, los Estados no gozan de un derecho ilimitado a ese respecto. La Corte, que junto con la Comisión, es responsable de asegurar la observancia de los compromisos de los Estados (art. 19) está facultada para decidir si los Estados han ido más allá de la extensión requerida por las exigencias de la crisis... El margen doméstico de la apreciación está así acompañado por una supervisión europea."

Entrando al fondo del asunto la Corte dijo: "El artículo 15 entra en operación sólo 'en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación'. La existencia de tal emergencia aparece perfectamente clara en los hechos que se han resumido antes (párrafo 12 y 29-73), sin que haya sido cuestionada por nadie ante la Comisión o la Corte. La crisis experimentada en la época por los seis condados, en consecuencia, cae dentro del ámbito del artículo 15."[22]

e) En la aplicación de Chipre contra Turquía, respecto a medidas de emergencia aplicadas en la zona que Turquía había ocupado, la Comisión Europea de Derechos Humanos resolvió que para poder aplicar el artículo 15 de la Convensión era indispensable la existencia de un acto declarativo oficial y público, de suspensión de garantías.[23]

f) Examinando el alcance de una reserva hecha por Guatemala al artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo: "El artículo 27 permite a los Estados Partes la suspensión de las obligaciones contraídas en virtud de la convención en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado afectado y siempre que tal decisión no implique la suspensión o derogación de ciertos derechos básicos o esenciales, entre los cuales está el derecho a la vida garantizado por el artículo 4. En esa perspectiva, toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta. Otra sería la situación, en cambio, si la reserva persiguiera simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico."[24]

g) En opinión consultiva del 9 de mayo de 1986, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó la diferencia entre restricción y suspensión de derechos, así: "En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27). En condiciones normales únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y suspensión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia convención (arts. 16.3, 29a y 30). Se trata de una distinción importante y la enmienda introducida al respecto en la última etapa de la elaboración de la convención, en la conferencia especializada, de San José, para incluir las palabras 'el goce y ejercicio', clarificó conceptualmente la cuestión."[25]

h) En opinión consultiva del 30 de enero de 1987 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos que no pueden ser suspendidos, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, eran los consignados en los artículos 25.1 y 7.6 de la misma convención, o sean el recurso de amparo y el Hábeas Corpus.[26]

i) En opinión consultiva del 6 de octubre de 1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictaminó que las garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse en el estado de emergencia, es decir, las referidas en la opinión an-

---

22. Publicaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Serie A., vol. 25, (1978), págs. 78-9.

23. Publicaciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Yearbook, XIX (1976), Cyprus vs. Turkey.

24. *"Restricciones a la pena de muerte"*. Opinión consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A., núm. 3, párr. 61. Ventura, Manuel E. y Zovatto, Manuel. *Op. cit.*, pág. 281.

25. *"La expresión 'Leyes' en el Artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos"*. Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A., núm. 6, párr. 14. Ventura, Manuel E. y Zovatto, Manuel. *Op. cit.*, pág. 386.

26. "El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías". Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A., núm. 8. Ventura, Manuel E. y Zovatto, Manuel. *Op. cit.*, pág. 439.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

terior, debían ejecutarse dentro del marco y según los principios del proceso legal recogidos en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto es, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable y ante un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.[27]

6. Doctrina.

Cuando se decretó el artículo 308 de la Constitución de Cádiz arriba trascrito, hubo críticas en el sentido de que vendría a ser instrumento de la tiranía; sin embargo, posteriormente la opinión general es que la suspensión de algunos derechos humanos no básicos, no solo es justificable, sino que es imperativa en caso de peligro nacional.

Como dice un jurista español, comentando la Constitución de su país, "el legislador constituyente, superando la inicial y optimista inspiración del constitucionalismo clásico, según la cual la constitución regía en todas las circunstancias, manteniendo invariable la técnica de la distribución del poder entre los varios detentadores del mismo, dotados de mutuos controles, iba a contemplar con innegable realismo la posibilidad de que en la comunidad política pudieran surgir perturbaciones de muy variada naturaleza que pusieran en peligro la existencia misma del Estado."[28]

Otro constitucionalista anterior había dicho: "...el régimen constitucional de los derechos de la personalidad experimenta a veces interrupciones que se estiman impuestas por circunstancias excepcionales de la vida política y que reclaman medidas sintetizables en la suspensión de las garantías constitucionales."[29]

Uno más, José M. Serrano Alberca, dice: "La aparición del Estado democrático liberal que consagra el reconocimiento de una serie de derechos subjetivos de los ciudadanos, hace necesaria también la imposición de limitaciones a tales derechos, limitaciones que a los efectos del artículo que comentamos (el artículo 55 de la Constitución española de 1978), tienen su fundamento en la noción clásica del orden público y que se manifiestan a través de la actividad administrativa de policía, entendida en su función específica, como referida precisamente al orden público o la seguridad ciudadana."[30]

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: "La suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática."[31]

Desgraciadamente, en numerosas ocasiones y particularmente en la América Latina, la finalidad de la suspensión de garantías ha sido desvirtuada al ser usada por regímenes antidemocráticos para dar una apariencia de legalidad a graves violaciones de derechos humanos y mantenerse en el poder en contra de la voluntad popular. A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: " ...no puede la Corte hacer abstracción de los abusos a que puede dar lugar y a los que de hecho ha dado en nuestro hemisferio, la aplicación de medidas de excepción cuando no están objetivamente justificadas a la luz de los criterios que orientan el artículo 27 y de los principios que, sobre la materia, se deducen de otros instrumentos interamericanos... La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático."[32]

También, el Tribunal Constitucional de España ha dicho: "...la limitación o suspensión de derechos fundamentales en una democracia solo se justifica en aras de la defensa de los propios derechos fundamentales cuando determinadas acciones, por una parte, limitan o impiden de hecho su ejercicio en cuanto derechos subjetivos para la mayoría de los ciudadanos, y, por otra, ponen en peligro el Ordenamiento jurídico de la comunidad nacional, es decir, el Estado democrático."[33]

Mas, aún estando justificada la suspensión de

---

27. "Garantías Judiciales en Estado de Emergencia". Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A., núm. 9. Ventura, Manuel E. y Zovatto, Manuel. *Op. cit.*, pág. 453.

28. Fernández Segado, Francisco. *Op. cit. T. IV*, pág. 556.

29. Posada, Adolfo, *Tratado de derecho público*, 5a. ed., Madrid, 1935, T II, pág. 394.

30. Serrano Alberca, José M. en Garrido Fallas, Fernando (compilador). *"Comentarios a la Constitución"*, Madrid, 1985, pág. 911.

31. "El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías". Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A., núm. 8, párr. 20. Ventura, Manuel E. y Zovatto, Manuel. *Op. cit*, pág. 444.

32. *Ibíd.*

33. Sentencia del 14 de julio de 1981.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

garantías, ella no significa el otorgamiento de una carta blanca al Poder Ejecutivo. En primer lugar, como puede verse en las disposiciones de instrumentos internacionales arriba trascritas, tanto de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo mismo que de muchas Constituciones Políticas, se enumera una lista de derechos cuyas garantías no pueden ser suspendidas en ninguna circunstancia.

Es de notar la similitud existente entre las tres Convenciones Internacionales citadas respecto a los casos en que puede decretarse la suspensión de garantías y los derechos a que la suspensión no puede ser aplicada. Ampliando un poco la opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida anteriormente en el Nº 5 f), es razonable sostener que a las disposiciones consignadas en esas convenciones sobre suspensión de garantías no puede hacerse reserva alguna porque sería incompatible con el objeto y fin de la convención (art. 19 c) de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969), sea que se tratare de ampliar los casos en que es permitida la suspensión o de reducir la enumeración de los derechos a que la suspensión no es aplicable.

Comparando las convenciones, puede llamar la atención el mayor número de derechos cuyas garantías no pueden ser suspendidas según la Convención Americana, mas hay algunos de esos derechos adicionales, como decir el derecho al nombre, los derechos de los niños o la protección a la familia, cuya suspensión no podría ser útil en ningún caso para enfrentar la situación que motiva la suspensión. Siendo esto así, la suspensión o las medidas que se tomaren al amparo de ella, no serían en ninguna circunstancia permisibles por no estar acomodadas a la situación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho: "Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a 'las exigencias de la situación', resulta claro que lo permisible en una de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella."[34]

Más adelante dijo la misma Corte: "La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobiernos a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes, ni cabe en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables."[35]

De la misma manera que la suspensión de garantías sólo puede decretarse cuando existan determinadas circunstancias, ella debe ser levantada una vez que desaparezcan tales circunstancias. El Concilio Vaticano II dijo: "Allí donde por razones de bien común se restrinja temporalmente el ejercicio de los derechos, restablézcase la libertad cuanto antes una vez que hayan cambiado las circunstancias."[36]

Entrando a considerar el carácter internacional y no puramente interno de las obligaciones de los Estados a que se ha hecho referencia, aún de aquellos no ligados por las convenciones internacionales citadas, debe recordarse que Grocio había justificado la intervención extranjera en el caso de cometerse por un tirano "atrocidades que no pueden ser aprobadas por un hombre justo" y en el siglo pasa-

---

34 *"El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías"*. Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A., núm. 8, párr. 22. Ventura, Manuel E. y Zovatto Manuel. *Op. cit.*, pág. 445.

35. Ibíd. párr. 24. *Op. cit.* pág. 446.

36. Constitución "Gaudium et. Spes". 75.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

do Gran Bretaña, Francia y Rusia se sintieron autorizadas para intervenir en la guerra de independencia de Grecia contra Turquía por las crueldades cometidas por los turcos. También se intervino varias veces en Turquía por las persecuciones contra los cristianos.

Sin embargo, hubo autores que no reconocieron la legitimidad de las intervenciones humanitarias, considerándolas como disfraces de la agresión imperialista y contrarias, a los principios de la soberanía y la igualdad jurídica de los Estados.

En los tratados que pusieron fin a la Primera Guerra Mundial se insertaron disposiciones de garantía de los derechos humanos de las minorías étnicas, pero no fue sino en la Carta de las Naciones Unidas que quedó definitivamente consagrado el reconocimiento internacional de los derechos humanos, es decir, el compromiso unilateral de cada Estado, frente a los otros, de respetar los derechos humanos de los habitantes de su territorio.

Este compromiso ha sido precisado y ratificado mediante declaraciones y tratados universales y regionales, a algunos de los cuales se hizo arriba referencia, y garantizado y hecho efectivo mediante la creación de órganos y organismos, también universales y regionales, encargados de la promoción y defensa de los derechos humanos.

Un autor chileno dice: "...el derecho de gente ha introducido a sus normas un elemento sustantivo nuevo, cual es el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, con lo que el individuo se incorpora progresivamente en un papel de sujeto de derecho internacional y se le reconocen derechos fundamentales que no pueden ser desconocidos por los otros sujetos de derecho internacional, en especial los Estados. Esta vía de asimilación de los derechos humanos es por extensión, ya que significa expander las normas del derecho internacional a un campo nuevo, cual es la dignidad de la persona, antes no considerada temática y directamente como un objeto jurídico separado del derecho internacional."[37]

El carácter internacional de los derechos humanos hace que su desconocimiento o restricción injustificados por un Estado constituya una infracción de sus obligaciones frente a los otros Estados, la cual amerita la acción que los órganos y organismos internacionales deben tomar.

7. Conclusiones.

1. La suspensión de las garantías de los derechos humanos solo puede decretarse cuando existan circunstancias absolutamente calificadas en que sea evidente que peligra la vida institucional del Estado; sólo puede comprender los derechos humanos no básicos; las medidas que se tomen al amparo de ella deben ser únicamente las indispensables para afrontar la emergencia de acuerdo con la situación; y debe ser levantada tan pronto como cesen las causas que la motivaron.

2. Los órganos y organismos internacionales encargados de la promoción y defensa de los derechos humanos tienen el derecho y el deber de velar por que los gobiernos se ajusten a las reglas atrás enunciadas y no abusen de la suspensión de las garantías.

37. Montealegre, Hernán. *"La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos"*, Santiago de chile, 1979, pág. 655.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL DE LOS ESTADOS: COMENTARIO DE UNA RESOLUCIÓN DE LA SALA SEGUNDA

LICDA. ANABEL GONZÁLEZ CAMPABADAL
LIC. FRANCISCO CHACÓN GONZÁLEZ

I. NOTA INTRODUCTORIA

En días pasados, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se vio abocado al conocimiento de uno de los temas más interesantes —y menos tratados en nuestro medio— del Derecho Procesal Internacional. Ante la demanda laboral por despido injustificado planteada por un trabajador contra la embajada y el gobierno de los Estados Unidos de América, esta Sala hubo de decidir si un Estado extranjero puede ser demandado en los tribunales de otro país, concretamente en los nuestros. La sentencia, no obstante ser bastante lacónica, consagra, con fundamento en el "Derecho Internacional", una posición muy definida frente a este tema. La tesis sostenida, sin embargo, dista mucho de parecerse a la solución dada no sólo por el Derecho Internacional mismo, sino también en muchos otros países.

Este breve análisis pretende demostrar que el Derecho Procesal Internacional en este punto, como toda rama del Derecho, ha ido evolucionando con el transcurso de los años y que las posiciones otrora incuestionables no siempre se presentan como las mejores soluciones a los conflictos que se generan en las relaciones jurídicas del mundo actual, razón por la que se hace necesario conocer cuál ha sido aquella evolución, a fin de poder brindar respuestas no sólo más realistas, sino también más justas a este problema.

II. SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SENTENCIA Nº 3, DE LAS OCHO HORAS TREINTA MINUTOS DEL CUATRO DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE

A. Hechos.[1]

El señor Rodolfo Mora Coto trabajó como agente de seguridad para la embajada de los Estados Unidos de América en nuestro país por espacio de 16 meses, aproximadamente. Con fecha 18 de mayo de 1987, el señor Mora recibió una comunicación de parte de personeros de la embajada, informándole que había sido separado de su cargo, sin responsa-

1. El recuento de los hechos se fundamenta en el escrito de demanda, por cuanto nunca se llegó a notificar el traslado de la misma a la parte accionada, no pudiendo ésta, en consecuencia, responder a tales hechos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

bilidad patronal, por la supuesta comisión de una falta en el ejercicio de sus funciones.

B. Pretensiones del actor.

El señor Mora Coto demanda a la embajada y al gobierno de los Estados Unidos de América ante el Tribunal Segundo de Trabajo de Menor Cuantía para que se le condene al pago de preaviso, cesantía y salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el momento en que recaiga sentencia firme en este asunto, alegando que tal despido es injustificado.

C. Procedimiento.

De previo a dar curso a la demanda, el tribunal dirige mandamiento al Ministerio de Relaciones Exteriores, solicitándole certificar quién ostenta la representación judicial de la embajada, Ministerio que no cumple con lo ordenado, sino que además se sirve transcribir los artículos 31 y 33 de la Convención sobre Relaciones Diplomáticas y Protocolo Facultativo, suscrita en Viena el 18 de abril de 1961 y ratificada por Costa Rica mediante Ley 3394 del 21 de setiembre de 1964, relativos a la inmunidad jurisdiccional del agente diplomático.[2]

No habiendo podido, por diversas razones, notificarse el auto de traslado de la demanda a la parte accionada, el tribunal resuelve y se declara incompetente para conocer del asunto, con fundamento en los siguientes argumentos:

"I) La presente demanda fue establecida contra la embajada y gobierno de los Estados Unidos de América, y el punto importante es determinar si un Estado extranjero puede ser demandado ante los tribunales de otro país.

II) El Derecho Internacional impone limitaciones a la jurisdicción, estableciendo inmunidades a los Estados, con fundamento en esta inmunidad un Estado no puede ser demandado ante los tribunales de otro Estado y menor (sic) tomar medidas coercitivas sobre sus bienes. (CFR "Manual de Derecho Internacional Público y Privado" Alejandro Montiel Argüello. Editorial Piedra Santa, Guatemala, 1982, p. 53). Además, regla general del Derecho Internacional que los jueces de un Estado son incompetentes para conocer de acciones en que sean parte Estados extranjeros, salvo lo previsto en el artículo 31 de la Convención de Viena del 18 de abril o que exista la aceptación voluntaria y expresa de la jurisdicción extraña de 1961 (sic) (CFR la misma Convención y "El Derecho Internacional Privado de Costa Rica". Gonzalo Ortiz Martín. Edición del Colegio de Abogados, 1969, p. 281).

III) Estos fundamentos doctrinarios en materia de inmunidad de los Estados se encuentran dispuestos en la Convención de Viena citada y en el Código de Bustamante, es de aplicación práctica en razón del respeto a la soberanía de los Estados, en virtud de lo cual solamente si un Estado acepta que un asunto en que es parte sea conocido por un tribunal internacional extranjero el mismo se pueda dilucidar, de lo contrario no es posible someterlo a una jurisdicción extraña a la propia."[3]

El actor, inconforme con esta resolución, solicita que la misma sea consultada con la Sala Segunda de la Corte.[4]

D. Resolución de la Sala Segunda.

Sometida a consulta la resolución, la misma es aprobada por unanimidad.[5] Para ello, la Sala transcribió la sentencia del tribunal y señaló que "Por ser correctos y ajustarse a las disposiciones legales que rigen en la especie, esta Sala comparte los razonamientos del tribunal a quo, y resuelve sin extenderse en mayores consideraciones que devienen innecesarias, que debe aprobarse la resolución consultada."[6]

---

2. Esta certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores resulta de suma importancia, por cuanto el tribunal parece basarse en la misma para resolver, según se analizará más adelante.
3. Tribunal Segundo de Trabajo de Menor Cuantía, Nº 1172 de las diez horas del once de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho.
4. Esto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley Nº 4284 del 16 de diciembre de 1968.
5. Sala segunda de la Corte Suprema de Justicia, Nº 3 de las ocho y treinta horas del cuatro de enero de mil novecientos ochenta y nueve.
6. *Ídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

III. COMENTARIO

La resolución en examen delimita con claridad cuál es el punto a dilucidar en este caso, a saber, la posibilidad de que un Estado extranjero sea demandado ante los tribunales de otro país, o, dicho de otra manera, la competencia de éstos para conocer de las acciones entabladas por particulares en contra de aquéllos. Con fundamento en el Derecho Internacional, supuestamente plasmado en la Convención de Viena,[7] y en el Código de Bustamante,[8] y por respeto a la soberanía de los Estados, la resolución concluye que el principio general en esta materia es que no es posible conocer de tales demandas, es decir, que la regla en la materia es la inmunidad jurisdiccional absoluta de los Estados, aceptando como excepciones a ésta únicamente la renuncia expresa por parte del propio Estado a su inmunidad, o bien, que el mismo se encuentre en una de las situaciones previstas en el artículo 31 de la citada convención.

A. La inmunidad jurisdiccional de los Estados en el Derecho Internacional.

La respuesta a la interrogante ¿puede un Estado ser demandado en los tribunales de otro Estado? no ha sido una sola a lo largo de los años, sino que, por el contrario, la misma ha variado conforme ha ido evolucionando el Derecho Internacional, el concepto mismo de soberanía, y, sobre todo, las actividades económicas en las que interviene el Estado moderno. A fines del siglo XIX y a principios del XX prácticamente ningún país del mundo autorizaba a sus tribunales a conocer de las acciones entabladas por un particular contra un Estado extranjero. Así, por ejemplo, en una decisión que ilustra el criterio imperante, las cortes inglesas sostuvieron en 1851 que "citar a un poder extranjero en una corte municipal... es contrario al derecho de las naciones y constituye un insulto que aquél está legitimado a resentir."[9] En ese entonces, se sustentaba en toda su extensión la llamada "teoría absoluta o clásica" de la inmunidad de los Estados, en virtud de la cual un Estado no podía ser demandado en los tribunales de otro sin su consentimiento.

Como ha señalado Wood, la inmunidad de jurisdicción que un Estado otorgaba a otro en sus cortes se ha justificado en doctrinas de independencia, dignidad e igualdad,[10] aun cuando en la práctica probablemente estaba basada más bien en el deseo de obtener reciprocidad (de modo que ese Estado que otorgaba la inmunidad tampoco pudiese ser juzgado por los tribunales de otro país) y a fin de evitar los antagonismos diplomáticos que podían surgir del conocimiento de tales acciones judiciales.[11]

Sin embargo, conforme los Estados ampliaban su ámbito de actividad, participando cada vez más en actividades comerciales ordinarias, como cualquier particular, la preservación de tal inmunidad resultaba en una gran injusticia para quienes contrataban con ellos. Se empieza a generar entonces aquella distinción entre los actos de imperio de un Estado ("iure imperii") y los actos de carácter netamente privado o actos de gestión ("iure gestionis"), para concluir, en la mayoría de las jurisdicciones de los países de mayor tráfico comercial, que "si el Estado desciende al lugar del mercado, debe aceptar las sanciones de ese mismo mercado."[12] Así, pues, desde el siglo pasado, se abre el camino para la denominada "teoría restrictiva" de la inmunidad, en virtud de la cual un Estado gozará de inmunidad, en

---

7. Convención sobre relaciones diplomáticas y protocolo facultativo sobre la jurisdicción obligatoria para la solución de controversias, suscritos en Viena el 18 de abril de 1961 y ratificados por la Asamblea Legislativa por ley Nº 3394 de 21 de setiembre de 1964 (en adelante denominada "Convención de Viena").

8. Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), suscrito en La Habana el 13 de febrero de 1928, aprobado por el congreso constitucional de Costa Rica, por Decreto Nº 50 de 13 de diciembre de 1928 (en adelante denominado "Código de Bustamante").

9. De haber vs. The Queen of Portugal (1851) 17 Q.B. 171, 207, citado en Wood, Phillip. *Law & practice of international finance* (International Business and law series, vol. 2), New York 1986, p.p. 4-10 (traducción libre).

10. En cuanto a este último punto, se sostenía que todos los Estados eran independientes e iguales, de modo que ninguno de ellos podía sujetar a otro a su jurisdicción, sin infringir un derecho fundamental. Entre iguales, se ha dicho, solamente puede existir consenso, no sujeción.

11. Wood. *Op. cit.*, p. 4-10.

12. *Ídem.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

relación con sus actos de imperio, no así con los de simple gestión.

Un ejemplo interesante de esta evolución se encuentra en el propio Estados Unidos de América, donde mediante la intervención de los poderes judicial, ejecutivo y legislativo se ha ido modificando la respuesta a aquella interrogante, fundamentada en un inicio en el concepto absoluto de no sometimiento de un Estado a tribunales extranjeros —salvo en caso de consentimiento expreso—,[13] hasta llegar a la adopción del concepto relativo de inmunidad de jurisdicción, dentro del cual se señalan casos específicos en los cuales ésta simplemente no existe. Este análisis resulta interesante no sólo desde un punto de vista doctrinario, sino porque permite determinar la manera en que los tribunales estadounidenses hubiesen resuelto el caso si éste se hubiese dado a la inversa, es decir, si el gobierno de Costa Rica hubiese sido demandado en las cortes de aquel país por un trabajador estadounidense que alega un despido injustificado. Veamos.

En uno de los primeros casos sometidos a los tribunales de los Estados Unidos en esta materia, The Schooner Exchange vs. M'Faddon,[14] la Corte Suprema de ese país resolvió, en 1812, que "parece, entonces, a esta Corte que es un principio de Derecho Público el que los barcos de guerra de un Estado, que entran a puertos de otro Estado amigo abiertos para su recepción, han de considerarse como eximidos de su jurisdicción, por el propio consentimiento de este último."[15] Es importante señalar que, en este caso, el Departamento de Estado recomendó a la Suprema Corte negarse a conocer el reclamo, tal y como ésta en efecto lo hizo.[16] Así, pues, el primer criterio que se sustenta durante más de cien años es que un Estado disfruta de la inmunidad jurisdiccional en aquel país si el conflicto se relaciona con la propiedad de un barco de guerra.

Posteriormente, en otra sentencia que viene a ampliar el precedente sentado en la resolución antes citada, Berizzi Bros. Co. vs. S.S. Pesaro,[17] el máximo tribunal señaló, en 1926, que "La decisión en el caso de The Exchange no puede entenderse como que excluya del principio allí enunciado a los barcos mercantes poseídos y utilizados por un gobierno (...). Consideramos que tales principios son aplicables igualmente a todos los barcos poseídos y usados por un gobierno para fines públicos y que cuando, con el propósito de fomentar el comercio de su pueblo o de obtener recursos para su tesoro, un gobierno adquiere, dirige u opera barcos de comercio, tales barcos son barcos públicos en el mismo sentido en que lo son los barcos de guerra..."[18] De conformidad con esta sentencia, un Estado será inmune ya no sólo si la disputa se origina en relación con barcos de guerra, sino también si la misma se refiere a asuntos comerciales.

En 1945, en Republic of Mexico vs. Hoffman (The Baja California)[19] la Corte consagra una situación de hecho que venía presentándose ya desde hacia varios años, manifestando que "más importante es, y consideramos determinante en estas circunstancias, el hecho de que, a pesar de haber contado con numerosas oportunidades como la presente para reconocer la inmunidad de juicio de una nave propiedad de un gobierno extranjero pero no utilizada por este último, el gobierno no lo ha hecho. Únicamente podemos concluir que es política nacional no extender inmunidad en la forma ahora sugerida, y que es deber de las cortes, en una materia tan íntimamente asociada con nuestra política exterior y que podría afectarla profundamente, no ampliar la inmunidad a un grado tal que el gobierno, aun cuando se le ha solicitado muchas veces, no ha considerado pertinente reconocerla..."[20] Como se desprende claramente de lo transcrito, la Suprema

---

13. Por consentimiento expreso ha de entenderse el otorgado por el Estado en el caso específico (en forma expresa o de hechos de los que necesariamente se deduzca), así como la renuncia a tal inmunidad efectuada en forma general, por ejemplo, en un tratado, en todas las circunstancias normadas por éste.

14. The Schooner Exchange vs. M'Faddon, Supreme Court of the United States, 1812. 11 U.S. (7 Cranch) 116,3 L. Ed. 287.

15. *Ídem* (traducción libre).

16. De Letelier et at. vs. The Republic of Chile. United States Court of Appels, Second Circuit. Argued May 14, 1984. Decided november 20, 1984.

17. Berizzi Bros. Co. vs. S.S. Pesaro. Supreme Court of the United States, 1926. 271 U.S. 562, 40 S. Ct. 611, 70 L. Ed. 1088.

18. *Ídem* (traducción libre).

19. Republic of Mexico vs. Hoffman (The Baja California). Supreme Court of the United States, 1945. 324 U.S. 30.

20. *Ídem* (traducción libre).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Corte varía el enfoque fundamental de la pregunta: ya no se trata de un asunto de Derecho, sino de política exterior, y, como tal, los tribunales deben acoplarse al criterio que al efecto emita el Departamento de Estado —el cual, de paso, sólo en poquísimas ocasiones consideraba pertinente levantar tal inmunidad—.

En el año de 1952, con una famosa carta enviada por el entonces asesor legal del Departamento de Estado al Departamento de Justicia, conocida como la *Tate Letter*,[21] se modifican sustancialmente los criterios anteriores. En dicha carta se hace un análisis de las dos teorías existentes en materia de inmunidad de los Estados: la clásica o absoluta, en virtud de la cual un Estado no puede ser demandado en los tribunales de otro Estado sin su consentimiento, y la restrictiva, de conformidad con la cual se hace una distinción entre los actos de imperio de un Estado ("iure imperii") y los actos de carácter netamente privado ("iure gestionis"), a fin de garantizarle inmunidad al mismo en relación con los primeros, no así con los segundos. Partiendo de esta distinción, se determina que prácticamente en todos los países —con la salvedad de la Unión Soviética y demás países socialistas, así como de la Gran Bretaña—[22] se ha abandonado la teoría absoluta de la inmunidad de los Estados. Igualmente, se alega que la extendida y creciente práctica de parte de los Estados de involucrarse en actividades comerciales hace necesario que los particulares que realizan negocios con los mismos puedan tener la certeza de que sus derechos serán determinados por una corte. Con base en ello, se concluye que "de aquí en adelante, será la política de este departamento adherirse a la teoría restrictiva de la inmunidad de los Estados en sus consideraciones ante las solicitudes de gobiernos extranjeros en tal sentido."[23] Además de ello, el Departamento de Estado se descarga de la responsabilidad que le había asignado la Corte en el caso de The Baja California, volviendo a ser de nuevo el tema un aspecto de decisión judicial, pero siguiéndose los parámetros indicados.

Finalmente, en 1976 el Congreso de los Estados Unidos de América aprobó el "Foreign Sovereign Immunities Act" (Ley sobre la inmunidad de Estados extranjeros),[24] mediante la cual se consagran, entre otros,[25] los principios de que la definición de estos asuntos corresponde exclusivamente a los tribunales, y no al Poder Ejecutivo, así como que la teoría a seguir en materia de inmunidad es la restrictiva. Igualmente, "la intención del Congreso fue que las disposiciones de la FSIA fueran los parámetros únicos y exclusivos a utilizar en la respuesta a las solicitudes de inmunidad jurisdiccional planteadas por los Estados frente a las cortes federales y estatales de los Estados Unidos".[26] Como fundamento de su decisión, en la declaración de principios de esta ley, el congreso señaló que "bajo el Derecho Internacional, los Estados no son inmunes de la jurisdicción de los tribunales extranjeros en lo que a sus actividades comerciales se refiere, y su propiedad comercial puede ser embargada a fin de satisfacer las sentencias dictadas contra ellos en conexión con sus actividades comerciales".[27]

De conformidad con lo anterior, la FSIA establece la regla general de que un Estado ostenta inmunidad jurisdiccional en los tribunales de los Estados Unidos (S1604), con las excepciones consagradas en las secciones 1605, 1606 y 1607 del mismo cuerpo legal. De estas disposiciones, la que presenta mayor relevancia para este estudio es la consagrada bajo el numeral 1605, titulada "Excepciones generales a la inmunidad jurisdiccional de un Estado extranjero". La misma consagra seis excepciones

---

21. Letter of Acting Legal Adviser, Jack B. Tate, to Department of Justice, may 19, 1952. 26 Dep't State Bull. 984 (1952) (en adelante The Tate Letter).

22. Según se señalará más adelante, la Gran Bretaña modificó radicalmente su posición años después, consagrando la adopción de la teoría restrictiva de la inmunidad al promulgar la "United Kingdom State Immunity Act" de 1978.

23. The Tate Letter, supra n. 9 (traducción libre).

24. Foreign Sovereign Immunities Act. Pub. L. Nº 94-583, 90 Stat. 2891. 558 F. Supp. at 361-63 (en adelante, FSIA).

25. Esta ley regula con bastante detalle otros aspectos procedimentales de suma importancia, que no son el objeto primordial de este análisis, tales como la notificación, plazos para contestar la demanda, la rebeldía, el embargo, la ejecución, etc.

26. Frolova vs. Union of Soviet Socialist Republics. Cite as 761 F. 2d 370 (1985) (traducción libre).

27. FSIA, S1602, supra n. 12 (traducción libre).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a dicho principio, resaltando fundamentalmente para los efectos de este análisis, una de ellas: la llamada "excepción derivada de la actividad comercial."[28] En virtud de ésta, el Estado no ostentará tal inmunidad si la acción se fundamenta en: a) una actividad comercial llevada a cabo en los Estados Unidos por ese Estado; b) un acto realizado en ese país en relación con una actividad comercial del Estado en cualquier otro lugar; y c) un acto realizado fuera del territorio estadounidense en conexión con una actividad comercial del Estado en cualquier otro lugar, siempre que tal acto produzca efectos directos en los Estados Unidos. Igualmente, resulta interesante señalar que el carácter comercial de una actividad se debe determinar en relación con la naturaleza del acto, y no con su fin,[29] de modo que, como lo señaló el Comité de Asuntos Judiciales de la Casa de Representantes, "el hecho de que los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato vayan a ser utilizados para un fin público es irrelevante, lo que es crítico es la naturaleza esencialmente comercial de la actividad o transacción."[30] Dentro de este marco, en el dictamen del proyecto de esta ley, el comité mencionado indicó que los tribunales deberían tener un amplio margen para determinar qué es una "actividad comercial" para los efectos de la ley, considerando impropio redactar una definición excesivamente precisa de este término. Sin embargo, fue claro en indicar como ejemplos típicos de lo que ha de entenderse como una actividad comercial la venta de bienes o servicios que realice un gobierno extranjero, el arrendamiento de propiedades, el préstamo de dinero, *el empleo o contratación de trabajadores,* etc.[31]

Con base en esta legislación, los tribunales de los Estados Unidos se han visto facultados para conocer de una serie de acciones entabladas por particulares en contra de Estados extranjeros en aquel país, Costa Rica entre otros, ha figurado dentro de estos Estados demandados que no han gozado de inmunidad por encontrarse dentro de una de las excepciones consagradas en el numeral 1605 antes citado, en un caso que marcó un hito en la historia judicial de los Estados Unidos —por razones diversas a las aquí comentadas—: Allied Bank Internacional vs. Banco Crédito Agrícola de Cartago.[32] Allied Bank International era el agente de un grupo de treinta y nueve bancos que le hicieron ciertos préstamos a tres bancos comerciales costarricenses que forman parte del sistema bancario nacional, en 1976. A esos efectos, los bancos nacionales extendieron una serie de pagarés a favor de los bancos norteamericanos, en dólares, pagaderos en Nueva York. Los bancos costarricenses cumplieron sus obligaciones de pago, hasta noviembre de 1981 cuando el Banco Central prohibió realizar todo pago de deuda externa en moneda de los Estados Unidos, momento a partir del cual se suspendieron éstos. Ante el incumplimiento de los pagos, Allied Bank reclamó el decaimiento del plazo y, en febrero de 1982, demandó a los bancos nacionales en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el distrito

---

28. Las otras cinco excepciones consagradas en esta norma (las cuales, a su vez, presentan ciertas excepciones) son:
    a. renuncia explícita o implícita de tal inmunidad por parte del Estado demandado;
    b. cuando la demanda se relacione con propiedades expropiadas y ubicadas en los Estados Unidos en virtud de la actividad comercial del Estado; o cuando tal propiedad pertenece a una agencia o instrumento del Estado extranjero y tal agencia o instrumento tiene actividades comerciales en los Estados Unidos;
    c. cuando se trate de derechos reales sobre inmuebles ubicados en aquel país;
    d. cuando la demanda persiga obtener una reparación económica por la comisión de daños personales o patrimoniales, ocurridos en los Estados Unidos y causados por la actuación y omisión culposa de un oficial o empleado de ese gobierno en el ejercicio de sus funciones;
    e. cuando la demanda se relaciona con cierto tipo de barcos comerciales.

29. FSIA, S 1603 (d).

30. H.R. Rep. Nº 1487, 94th cong., 2d Sess, 16 (1976) (traducción libre).

31. *Idem.*

32. 566 F. Supp. 1440 (S.D.N.Y. 1983), reversed 757 F. 2d 516 (2d Cir.), cert. dismissed, 106 S.Ct. 30 (1985).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sureño de Nueva York. En la decisión de primera instancia, el tribunal sostuvo que el otorgamiento de pagarés era una "actividad comercial" dentro de los términos del FSIA y que, por tanto, no era de recibo la defensa de la inmunidad estatal que los bancos costarricenses habían esgrimido.[33, 34]

A pesar de que en estas líneas se ha citado como ejemplo de la evolución del Derecho en torno al concepto de la inmunidad jurisdiccional de los Estados el caso de los Estados Unidos, no debe creerse que éste es el único país que ha adoptado la teoría restrictiva de la inmunidad. Por el contrario, esta tesis apareció en Italia en 1886, en Bélgica en 1903, en Suiza en 1918, en Francia en 1929, en Austria en 1950, y en Inglaterra en 1977.[35] Igualmente, la han adoptado también Grecia, Alemania, Francia, Canadá, Singapur, y Sudáfrica.[36] Adicionalmente, la Convención Europea acerca de la inmunidad de los Estados,[37] firmada por Austria, Bélgica, Chipre, Suiza, Inglaterra, Alemania, Luxemburgo y los Países Bajos, persigue, entre otros objetivos, el consagrar la teoría restrictiva de la inmunidad, señalando catorce excepciones al principio general de la inmunidad jurisdiccional de los Estados. Entre estas excepciones se encuentra una relativa a la actividad comercial,[38] así como otra que específicamente señala que *no procede el reclamo de inmunidad cuando la acción se relaciona con un contrato de trabajo entre el Estado demandado y un individuo,* siempre que el trabajo deba ser ejecutado en el territorio del Estado ante cuyos tribunales se plantea la acción.[39]

Si bien el grado en que se ha restringido la inmunidad jurisdiccional de los Estados en los diversos países no es el mismo,[40] y que todavía existen algunos que continúan respaldando la teoría absoluta,[41] lo cierto es que una gran mayoría de ellos no sólo siguen una tendencia,[42] sino que tienen una posición muy definida y clara en torno a este tema: el principio general en la materia es que el Estado debe disfrutar de inmunidad jurisdiccional en los tribunales de países extranjeros; sin embargo, cuando el mismo actúa en su carácter privado, como cualquier otro particular, debe estar sujeto a la competencia de dichos tribunales.

---

33. El punto no fue mayormente discutido en segunda instancia, por cuanto el conflicto giraba en torno a otras consideraciones, y la Suprema Corte rechazó conocer el caso en 1985.

34. Esta tendencia de someter a un Estado extranjero a la jurisdicción de los tribunales norteamericanos va incluso más allá, permitiéndose en algunos casos la adopción de medidas coercitivas sobre sus bienes, a efectos de satisfacer las sentencias recaídas en tales casos. Así, por ejemplo, en otro litigio en que se vio envuelto nuestro país, Libra Bank Ltd. vs. Banco Nacional de Costa Rica (676 F. 2d 47, 1982), se discutió si ciertos bienes costarricenses (concretamente ciertos depósitos de dinero hechos por el Banco Nacional de Costa Rica en bancos de la ciudad de Nueva York) podían ser objeto de un amparo preventivo, considerando que la sección 1610 de la FSIA requiere para ello de una renuncia expresa por parte del Estado a la misma. A tales efectos, la corte de apelaciones concluyó que si bien Costa Rica no había renunciado expresamente a su inmunidad en este campo, lo cierto es que había renunciado tanto a la inmunidad de jurisdicción, como a la de ejecución, y, en tales circunstancias en que un Estado ha renunciado a estas inmunidades por escrito, lo cierto es que debe entenderse que también renunció a la inmunidad en materia de embargo preventivo, aun cuando no lo haya manifestado expresamente.

35. Wood. *Op. cit.*, pp. 4-12, 4-13.

36. *Ídem*, pp. 4-14, 4-16.

37. Suscrita en Basle, Suiza, el 16 de mayo de 1972.

38. Artículo 7.1, que dice así: "un Estado contratante no podrá reclamar inmunidad jurisdiccional frente a una corte de otro Estado contratante si mantiene en el foro de este último una oficina, agencia u otro establecimiento por medio del cual interviene, al igual que un particular, en una actividad industrial, comercial o financiera, y si los procedimientos se refieren a una actividad de tal oficina, agencia o establecimiento" (traducción libre).

39. Artículo 5.

40. Wood. *Op. cit.*, p. 4-10.

41. Una manifestación clara de esta posición se encuentra consagrada en el Código de Bustamante, de conformidad con el cual el Estado gozará de inmunidad absoluta cuando se trate de acciones personales establecidas en su contra, con excepción de la sumisión expresa, la demanda reconvencional y de juicios universales, y en el caso de acciones reales o mixtas, el Estado será inmune si ha actuado en su carácter público, no así si lo ha hecho en su carácter privado. Obsérvese, sin embargo, que aún en este cuerpo de leyes se toma en consideración la teoría restrictiva, al menos en lo que a la inmunidad en acciones reales o mixtas se refiere.

42. Como lo señala incluso uno de los autores citados por la Sala Segunda en apoyo de su tesis, quien indicó que "la tendencia moderna, a partir de la Primera Guerra Mundial, es reducir la inmunidad en las acciones personales a los casos en que el Estado actuó en su carácter público, *iure imperii*, y no como sujeto de derechos privados, *iure gestionis*". Ver, en este sentido, MONTIEL ARGÜELLO, Alejandro. *Manual de Derecho Internacional*, Editorial Universitaria Centroamericana, 1976, San José, p. 72.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

B. Excepciones al principio de inmunidad de los Estados de conformidad con la resolución en examen.

La resolución dicha señala que "los jueces de un Estado son incompetentes para conocer de acciones en que sean parte Estados extranjeros, *salvo lo previsto en el artículo 31 de la Convención de Viena de 18 de abril o que exista la aceptación voluntaria y expresa de la jurisdicción extraña...*" (el subrayado no es del original). Así, pues, resulta importante analizar cada una de estas supuestas excepciones, para determinar, en primer término, si en efecto son tales, y, por otra parte, si operan o no en el caso en estudio.

1) Artículo 31 de la Convención de Viena.

Según se señaló, el tribunal considera que la primera excepción al principio de la inmunidad jurisdiccional absoluta de los Estados se encuentra en el artículo 31 de la Convención de Viena, lo cual resulta sumamente extraño, por cuanto ésta simplemente es aplicable en supuestos totalmente diferentes de los que se presentan en el caso.

En efecto, aun cuando ningún artículo de esta Convención señala específicamente el ámbito de aplicación de la misma, de su lectura se desprende claramente que este cuerpo normativo se dirige a regular lo referente al establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados, así como los privilegios, inmunidades y derechos de que disfrutarán los funcionarios diplomáticos. Concretamente, el artículo 31 de la misma, citado por la resolución en examen como uno de los casos de excepción al principio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados, señala que:

"1. El *agente diplomático* gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa excepto si se trata:

a) de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el *agente diplomático* los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión;

b) de una acción sucesoria en la que el *agente diplomático* figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario.

c) de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

2. El *agente diplomático* no está obligado a testificar.

3. El *agente diplomático* no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos previstos en los incisos a), b) y c) del párrafo 1 de este artículo y con tal de que no sufra menoscabo la inviolabilidad de su persona o residencia.

4. La inmunidad de jurisdicción de un *agente diplomático* en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante" (el subrayado no es del original).

Del texto de este artículo resulta claro que el mismo es de aplicación, al *agente diplomático*, el cual es definido por la propia convención en su artículo 1, inciso e) como "el jefe de la misión o un miembro del personal diplomático de la misión", entendiendo, a su vez, por éstos "la persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal", y "los miembros del personal diplomático, del personal administrativo y técnico y del personal de servicio de la misión", respectivamente.[43]

Ahora bien, habiéndose planteado la demanda contra la embajada y el gobierno de los Estados Unidos de América, y habiendo correctamente determinado el tribunal que el problema a tratar en este caso se refería a la inmunidad de los Estados, es a todas luces improcedente aplicar la Convención de Viena en tal supuesto, y más aún, establecer como un caso de excepción al principio de la inmunidad de aquéllos el citado artículo 31, por cuanto la acción fue entablada contra un Estado, no contra un agente diplomático. Tal confusión entre la normativa aplicable al representado (el Estado), y la aplicable a su representante (el agente diplomático), no resulta entendible desde ningún punto de vista, aunque probablemente encuentra su explicación en la certificación emitida por el Ministerio de Relaciones Exteriores el que, exoficio, decidió transcribir el mencionado artículo 31, como si fuese aplicable al supuesto en examen. En todo caso, lo cierto es que, con sólo haber leído el mismo, el tribunal debió de haber desechado tal fundamento, por referirse a la inmuni-

43. Convención de Viena, artículo 1, incisos a) y c).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dad de los agentes diplomáticos, y no a la de los Estados.[44]

Por las razones indicadas, la supuesta primera excepción al principio de la inmunidad jurisdiccional absoluta de los Estados, simplemente no es tal, pues se dirige a normar una situación totalmente diferente de la presentada en el caso: la demanda se planteó contra el gobierno de los Estados Unidos, no contra su embajador, su cónsul, o cualquier otro agente diplomático.

2) Aceptación voluntaria y expresa de la jurisdicción.

El tribunal señala como otra excepción al principio de inmunidad jurisdiccional absoluta del Estado el caso de la aceptación voluntaria y expresa de la jurisdicción , o, lo que es lo mismo, la renuncia que efectúe el Estado de su propia inmunidad.

Ahora bien, ya habíamos indicado anteriormente[45] que la renuncia a la inmunidad jurisdiccional puede ser otorgada por el Estado en el caso concreto —ya sea en forma expresa o, aun cuando el tribunal parece no aceptarlo, mediante hechos de los que necesariamente se deduzca— o, bien, en una forma general, cuando, por ejemplo, suscribe un tratado en el cual acepta la jurisdicción de otro Estado en términos generales en cualquiera de las circunstancias contempladas por el tratado.

De conformidad con lo anterior, presupuesto básico para que un Estado tenga la oportunidad de decidir si acepta o no la jurisdicción de otro Estado en que el mismo esté enterado de la existencia de una acción planteada en su contra, es decir, que se le haya notificado la demanda incoada en su contra, para que así pueda asumir una posición en relación con su inmunidad.

En el caso en examen, resulta interesante observar que, aun cuando el tribunal expresamente señala que la aceptación de la jurisdicción de las cortes extranjeras es una de las excepciones al principio de la inmunidad absoluta de los Estados, lo cierto es que no concede oportunidad alguna al Estado demandado para que manifieste su posición al respecto. En efecto, no obstante haberse dictado el auto de traslado de la demanda, el mismo nunca es notificado a la parte accionada y, a pesar de ello, el tribunal procede a dictar su resolución.

Tal proceder del tribunal resulta contradictorio con su propia opinión, por cuanto, por una parte, señala que si el Estado renuncia a su inmunidad, las cortes pueden conocer de la acción, y, por otro, simplemente, resuelve sin saber si los Estados Unidos aceptarían o no, en el caso concreto, su jurisdicción, presumiendo de alguna manera que no lo harían, todo ello en perjuicio del actor —quien, inexplicablemente, tampoco lo alegó cuando solicitó la consulta de la resolución ante la Sala Segunda—.

C. El Código de Bustamante y su no aplicabilidad al caso en estudio.

Finalmente, aun cuando, de conformidad con lo anterior, ya no tiene mayor importancia, resulta interesante acotar que la resolución en examen señala que el Código de Bustamante "es de aplicación práctica, en razón del respeto a la soberanía de los Estados...", lo cual, de nuevo, tampoco parece muy acertado.

Este código en su Libro Cuarto, Título Segundo, capítulo II, establece las "Excepciones a las reglas generales de competencia en lo civil y en lo mercantil". De conformidad con éstas, el Estado gozará de inmunidad absoluta cuando se trate de acciones personales establecidas en su contra, con excepción de la sumisión expresa, la demanda reconvencional y de juicios universales,[46] y en el caso de acciones reales o mixtas, el Estado será inmune si ha actuado en su carácter público, no así si lo ha hecho en su carácter privado.[47]

---

44. No ha de descartarse la posibilidad de que el tribunal conociese dicha confusión, pero, que, esperando proteger al trabajador, haya decidido ignorarla. En este sentido, una jueza nacional ha señalado que, en un caso similar al que aquí se trata "quedaría abierta la posibilidad de hacer el traslado de la demanda por medio de la Procuraduría del país acreditante, sin embargo esto haría nugatorio el derecho del trabajador por las dificultades que un proceso de este tipo conlleva". Ver, CARRO HERNÁNDEZ, María del Rocío, *La inmunidad diplomática en materia laboral*, en **Debate laboral, Revista Americana e Italiana de Derecho del Trabajo,** Ed. Iscos Cisl, Nº 3, año 1989, p. 204.

45. Ver, supra, nota 13.

46. Código de Bustamante, artículos 333 y 336.

47. *Idem*, artículos 334 y 335.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

No obstante ello, el artículo segundo del mismo cuerpo legal señala que "las disposiciones de este código no serán aplicables sino entre las repúblicas contratantes y entre los demás Estados que se adhieran a él en la forma que más adelante se consigna." Con fundamento en esta disposición, y considerando que los Estados Unidos de América no forman parte de ese grupo de países contemplados en el artículo segundo,[48] las disposiciones de este convenio no debieron ser aplicadas a dicho país, ni a ningún otro que no lo haya suscrito.[49]

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La resolución analizada consagra la regla —parece que, al menos, en materia laboral— de que nuestros tribunales son incompetentes para conocer de las acciones entabladas por particulares contra Estados extranjeros. Lo interesante del caso es que tal principio, si bien sustentado durante mucho tiempo, ha sido superado ya en muchos países, incluyendo el mismo Estados Unidos, donde si la demanda hubiese sido planteada por un trabajador norteamericano contra Costa Rica, ésta no disfrutaría de tal inmunidad de jurisdicción.

La razón de esta evolución no es antojadiza, ni creemos que pasajera, sino que encuentra su fundamento en un afán de hacer justicia a los particulares que contratan con el Estado, como si éste fuese un particular más; en el caso concreto en estudio, como cualquier otro patrón.

Un autor nacional señala que "podemos concluir que los trabajadores nacionales que laboran para embajadas o para agentes diplomáticos, en el momento en que finaliza la relación laboral, tienen serios problemas para reclamar sobre la causa de la terminación, así como para el cobro de los derechos que les corresponden, quedando, en consecuencia, a merced de la buena fe de sus empleados."[50] Tal situación tan lamentable, sin embargo, no necesariamente tiene que continuar así, sino que podría y debería ser modificada fácilmente por nuestros tribunales, al menos cuando se trate de demandas planteadas contra Estados que no hayan suscrito el Código de Bustamante.

---

48. Información suministrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

49. Es interesante acotar que, si bien el Congreso Constitucional de Costa Rica aprobó el citado Código, lo cierto es que lo ratificó con una reserva general, en el sentido de que el mismo no será aplicable en algún punto si contradice la legislación presente o futura. Ver, en este sentido RODRÍGUEZ SERRANO, Felipe, *Introducción al Derecho Internacional Privado,* Lehmann Editores, San José, 1986. pp. 16-17.

50. CARRO HERNÁNDEZ. *Op. cit.,* p. 208.