Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año XIX — Núm. 61 — Abril, 1995

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"

PRESENTACIÓN

En esta entrega de la Revista Judicial, la **Sección de Estudios** contiene artículos en las siguientes materias: Derecho Constitucional, Derecho de Personas, Derecho Comercial Internacional (Arbitraje), Derecho Procesal Tributario y Derecho Administrativo.

Publicamos, en primer término, el interesante estudio del **Dr. Vicente Gimeno Sendra,** Magistrado del Tribunal Constitucional Español, titulado **"La independencia del Poder Judicial en Iberoamérica y Europa",** trabajo que consideramos de permanente actualidad; el autor muestra las distintas tesis para fundamentar esta independencia. Comienza por explicar la tesis de la justicia popularmente electa (jurado y jueces electos) y sus deficiencias por no garantizar que este sistema elija a los más capaces o que una vez electos sean imparciales. Luego se refiere a la designación ministerial (a la que considera como una racionalización de un privilegio del Poder Ejecutivo) y a la elección parlamentaria (que ofrece una mayor legitimación democrática e independencia del Poder Judicial frente al Ejecutivo), a la que también le plantea algunas objeciones. El distinguido colaborador se enfrenta posteriormente con el tema de la independencia judicial, partiendo de las exigencias sociales para llegar a las garantías de esta independencia como la inamovilidad judicial y el autogobierno de la Magistratura (estudiada desde la crisis del modelo bonapartista). Finalmente comenta diversos aspectos de la independencia judicial en Iberoamérica, donde predomina el sistema parlamentario de elección, al que le apunta algunos inconvenientes prácticos. En sus conclusiones recomienda separar las funciones gubernativas de las Cortes Supremas y encomendarlas a un órgano autónomo e independiente del Poder Ejecutivo, en la línea inaugurada por los Consejos de la Judicatura. Insiste finalmente en el autogobierno y la inamovilidad judicial.

Una vez más, nuestro asiduo colaborador el jurista puertorriqueño, **Dr. Pedro F. Silva-Ruiz,** para poner en el primer plano los valores de la personalidad, al estudiar, bajo el título **"La inseminación artificial, reproducción asexual. Implicaciones humanas de las nuevas tecnologías de reproducción humana",** ponencia oficial al VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, San Salvador, setiembre de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1992. El estudio comprende: en primer lugar, una referencia descriptiva de las técnicas de reproducción humana artificial, basadas en la inseminación artificial y en la fertilización (extracorporal) "in vitro"; seguidamente, nos aporta un enfoque de las preocupaciones éticas que el tema suscita, desde una perspectiva axiológica, donde nos informa sobre la posición de El Vaticano, de diversos juristas y del informe Warnock; finalmente, pasa al estudio de las cuestiones jurídicas que, especialmente, en el campo del Derecho de Familia, se plantean, como su aceptación o rechazo, para lo cual analiza la jurisprudencia norteamericana, donde el tema se relaciona con el derecho a la intimidad. En sus conclusiones y recomendaciones, nos habla de la importancia de considerar los aspectos éticamente objetables y sus repercusiones en el Derecho de Familia y de la necesidad de legislar regulando o prohibiendo las diversas facetas del tema.

El **Dr. Ulises Pitti,** distinguido jurista panameño, colabora con **"Ámbito de aplicación del Convenio Interamericano de Arbitraje Comercial Internacional",** donde nos brinda sus amplios conocimientos y experiencia (en organismos internacionales) en la materia. El autor hace ver, en primer lugar, la relevancia de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial. Seguidamente, el Dr. Pitti analiza brillantemente el ámbito de aplicación de los Convenios Internacionales, como el de Nueva York de 1958 y el de Panamá de 1975 a partir de cinco elementos: la naturaleza arbitral de la sentencia (en cuanto puede ser dictada por árbitros no nacionales, lo cual revela la necesidad de adecuar la legislación interna a los Tratados), la extranjería de la sentencia, los límites "ratione personae", los límites "ratione materiae" (en asuntos comerciales, en el Convenio de Panamá) y la forma (documentada, escrita, firmada o comunicada por ciertos medios) del acuerdo arbitral, con lo cual la regla internacional es más amplia que las reglas domésticas (que a menudo exigen instrumento público). Concluye destacando las diferencias existentes entre ambas convenciones (Nueva York y Panamá).

El señor Magistrado, **Lic. Luis Fernando Solano Carrera** colabora con su trabajo titulado **"La aplicación directa de la Constitución (el caso de Costa Rica)",** comunicándonos en su propia expresión "su percepción acerca de este trascendental tema". El autor plantea magistralmente el tema de conceder o negar este poder a los jueces. Se refiere en primer término al sistema de control concentrado de constitucionalidad anterior a 1989; seguidamente comenta la reforma constitucional de ese año y la promulgación de la Ley de Jurisdicción Constitucional (especializada, concentrada y reforzada y ampliada). En su análisis parte del carácter de norma cúspide de la Constitución (principio de supremacía constitucional). Posteriormente comenta los diversos criterios existentes sobre el problema, antes de analizar el caso costarricense y se refiere a la importancia de que los jueces consulten más frecuen-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

temente a la Sala Constitucional. Nos da cuenta, luego, de la posición de la Sala Constitucional en esta materia, de las aplicaciones directas de la Constitución por la Sala, dentro de las limitaciones que el sistema impone, ejemplificando su exposición con algunos casos de importancia particular. En sus conclusiones insiste en la promulgación de normas nuevas que hagan ajustes al sistema actual.

El **Lic. Luis E. Rodríguez Picado,** Presidente del Tribunal Fiscal Administrativo, participa con el importante estudio que lleva por título **"Aspectos fundamentales de la problemática actual del Derecho Tributario"**, trabajo presentado, en representación de Costa Rica, en el Seminario Técnico sobre Derecho Tributario, organizado por el Centro Interamericano de Administradores Tributarios, realizado en la ciudad de Guanajuato, México, en mayo de 1992 y publicado por ese centro. En esta valiosa contribución el autor enfoca diversos aspectos del Derecho Tributario Procesal, específicamente: el régimen de consulta previa (regulado en el artículo 114 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios) y sus aspectos fundamentales como la consulta sobre un caso concreto y actual, el silencio positivo como ficción de resolución expresa y la validez de la variación de criterio; se refiere luego a las medidas cautelares o de garantía (embargo preventivo, secuestro de bienes y otras como clausura (cierre del establecimiento comercial) e intervención de empresas, para proteger el crédito fiscal); finalmente, nos habla sobre el principio "solve et repete", dejado sin efecto como requisito para recurrir.

"Naturaleza jurídica del contrato turístico" es la interesante colaboración del **Lic. Joaquín Villalobos Soto,** especialista en Derecho Público. El autor afronta el tema del contrato turístico, referido al otorgamiento de incentivos por parte del Instituto Costarricense de Turismo. De él se propone determinar la naturaleza de la relación jurídica (si es contrato o es otra figura) y sus efectos jurídicos. Nos brinda información sobre el marco normativo: Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico, Nº 6990 y Decreto 16605-H, ambos de 1985 y analiza, seguidamente, diversos aspectos del contrato, como el tema de la competitividad; pasa luego a exponer las tesis contrapuestas que existen sobre el contrato turístico (como contrato propiamente y como acto administrativo), para afirmar que estamos ante una figura sui géneris. El autor nos brinda entonces su definición del contrato turístico y plantea observaciones sobre la nulidad del decreto de reforma al reglamento. Concluye afirmando que estamos ante lo que la doctrina llama un "contrato concierto" o "contrato condición".

En la sección **La Ciencia al Servicio de la Justicia** publicamos **"Estudio del niño agredido en el Hospital Max Peralta" de las licenciadas Lorena Monge Marín y Marta Solórzano Mora.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Como siempre brindamos nuestras secciones **Pronunciamientos Especialmente Relevantes,** valiosa colaboración de la **Licda. Cecilia Sánchez Romero y Jurisprudencia,** a cargo del **Centro Electrónico de Información Jurisprudencial.**

Dr. Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN. 5
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN I: ESTUDIOS

La independencia del Poder Judicial en Iberoamérica y Europa. 11
Dr. Vicente Gimeno Sendra

La inseminación artificial. Reproducción asexual. Implicaciones jurídicas de las nuevas tecnologías de reproducción humana. 19
Dr. Pedro F. Silva-Ruiz

Ámbito de aplicación del Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convenio de Panamá de 1975). 29
Dr. Ulises Pitti G.

La aplicación directa de la Constitución (el caso de Costa Rica). 35
Lic. Luis Fernando Solano Carrera

Aspectos fundamentales de la problemática actual del Derecho Tributario. 73
Lic. Luis E. Rodríguez Picado

Naturaleza jurídica del contrato turístico. 79
Lic. Joaquín Villalobos Soto

SECCIÓN II: LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA

Estudio del niño agredido. 93
Licda. Lorena Monge Marín
Licda. Marta Solórzano Mora

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SECCIÓN III: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés. 113

Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCIÓN IV: JURISPRUDENCIA. 139

Centro Electrónico de Información Jurisprudencial

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL EN IBEROAMÉRICA Y EN EUROPA

VICENTE GIMENO SENDRA
Magistrado del Tribunal Constitucional Español.

I. LA LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL

Antes de examinar la independencia del Poder Judicial en Latinoamérica (o, mejor dicho el grado de independencia, pues la independencia judicial no se erige en valor absoluto alguno), conviene que nos preguntemos por qué, al igual como acontece en el art. 117. 1º de la Constitución española, también la mayoría de los distintos países iberoamericanos han proclamado en sus distintas Constituciones la exigencia de que el Poder Judicial sea independiente y esté sometido exclusivamente a la Constitución y a la Ley.[1]

Preguntarse por el fundamento de la independencia judicial es lo mismo que indagar cuál sea la legitimación de la actividad judicial o, dicho en otras palabras, cuál sea la causa en virtud de la cual al soberanía popular ha decidido otorgar con exclusividad a los Jueces y Magistrados la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Distintas han sido las tesis que a este respecto se han sucedido en la historia y coexisten en el momento presente, pudiéndose resumir en las siguientes: la legitimación judicial a través de la elección popular, mediante la designación ministerial y la elección parlamentaria, o a través de la independencia judicial.

1. La justicia popular.

Cronológicamente en el Estado liberal los sistemas de designación popular fueron los primeros que intentaron dotar de legitimación democrática al oficio judicial. Y, así, frente a la justicia de funcionarios dependientes del poder real o "justicia de gabinete", inquisitiva, secreta e inhumana, el pensamiento liberal opuso la participación popular directa (el jurado) o a través de representantes (jueces electos) en el Poder Judicial. Esta idea, junto con la de evitar la venalidad de los Tribunales[2] y el anhelo de los ciudadanos de ser juzgados por sus iguales, fue la que impulsó la implantación de la participación popular en la justicia europea y americana durante los siglos XVIII y XIX.

1. Arts. 117.1º de la Constitución de Bolivia, 228 y 230 de la de Colombia, 154 de la de Costa Rica, 122 de la de Cuba, 172, IIIº de la de El Salvador, 303 de la de Honduras, 203 de la de Guatemala, 165 de la de Nicaragua, 207 de la de Panamá, 248 de la de Paraguay, 233, 2º y 242 de la del Perú y 4 de la de República Dominicana.

2. Este fue el motivo primordial que animó a MONTESQUIEU a propugnar por el sistema de la justicia popular. PEDRAZ, *La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu*, RDP Ib-filp, 1976, pp. 905 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En la actualidad el sistema de la justicia popular tan sólo permanece vigente en los EUA,[3] distintos cantones suizos[4] y Estados de la extinta URSS,[5] descansando su fundamento en el mismo principio que informa el sistema democrático: al igual que el Poder Legislativo también los integrantes del Poder Judicial han de ser elegidos por quien ostenta la soberanía, esto es, el pueblo.

La crítica al modelo de la justicia popular la efectuó en Alemania el Profesor Kayser[6] en los siguientes términos: si bien el sistema de la justicia electa ofrece una manifiesta legitimación democrática en el inicio del desempeño de la función judicial, no es suficiente, por sí misma, para sustentar dicha legitimación en su continuidad, ya que por el solo hecho de haber sido elegido el Juez por el pueblo no cabe presumir que a través de dicho sistema se seleccionen los más capaces, o que la imparcialidad y el acierto hayan de presidir sus fallos; antes al contrario, la experiencia demuestra que el juez electo, una vez designado, ha de pagar con no pocos favores al partido o maquinaria electoral que le promovió al cargo.

2. La designación ministerial.

Puesto que, como se ha indicado, el sistema de la justicia popular no garantiza que, a través de él, necesariamente accedan al Poder Judicial los más capaces, señalan Kern y Wolf[7] que también podría obtenerse una cierta legitimación mediante la designación de los jueces por el Ministro de Justicia, que, en una democracia, es responsable de sus actos ante el Parlamento.

En realidad esta tesis no constituye novedad alguna, pues, con mucha anterioridad a ella, fue ya inaugurada por la Ley francesa de 20, abril, 1810 y secundada por la práctica totalidad de las Leyes Orgánicas de la Magistratura europeas del S. XIX (entre ellas la Ley española del Poder Judicial de 1870 que se mantuvo vigente hasta el año 1985), originando el denominado "modelo napoleónico" de la Magistratura, conforme al cual el ingreso, la promoción o ascenso y el régimen disciplinario de los Jueces era confiado al "grand juge Monsieur le Ministre de la Justice".[8]

Dicha tesis se nos representa, pues, más como una racionalización o justificación de un privilegio del Poder Ejecutivo que una verdadera teoría, a través de la cual pueda legitimarse democráticamente el Poder Judicial, ya que, si una de las funciones esenciales de la Jurisdicción en el Estado de Derecho estriba en el control judicial de los actos y disposiciones del Ejecutivo, resulta atentatorio a dicha función y, en general, a la división de poderes encomendar al Poder Ejecutivo el nombramiento, promoción y ascenso de los miembros del Poder Judicial.

3. La elección parlamentaria.

Por esta razón una mayor legitimación democrática e independencia del Poder Judicial frente al Ejecutivo puede obtenerse a través de la elección por el Parlamento, si no de todos los jueces, al menos de la cúpula del Poder Judicial, esto es, de los Magistrados de la Corte Suprema.

Este sistema, que con los matices propios de los regímenes presidencialistas (en los que

---

3. Su crítica puede verse en KAYSER, *Die Auswahl der Richter in der englischen und amerikanischen Rechtspraxis*, Berlín, 1969, pp. 215 y ss.
4. CASTELLA, *La independenza dei giudici in Svizera*, en "Magistrati o funzionari", Milano, 1962, pp. 178 y ss.
5. CHAMBRE, *Le pouvoir sovietique*, París, 1959, p. 98; TSCHELZOW, *Der sowjetische Strafprozess*, Berlín, 1958, pp. 105 y ss.
6. *Op.* y *loc. cit.*
7. KERN-WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht, Munich*, 1975, p. 10.
8. PICARDI, *problemi attuali della responsabilitá del giudice*, RTDPC, 1979, p. 1491.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el Presidente de la República interviene directamente en la designación de los Magistrados de la Corte Suprema[9] aparece manifiestamente hegemónico en los países iberoamericanos,[10] se nos manifiesta como mucho más democrático que el de la designación ministerial, todavía vigente en la República Federal Alemana.

Con todo, se le han podido formular determinadas objeciones, de entre las que cabría señalar la confusión de intereses que, en la práctica, puede producirse entre la más alta Magistratura y la clase dirigente, élite o partido político que ha ganado las elecciones y que mantiene un interés objetivo en promover personas fieles a los denominados "puestos judiciales de confianza". Si a esa circunstancia se une la de que, en la práctica totalidad de los países iberoamericanos, los Magistrados de la Corte Suprema son "jueces a plazo"[11] y que, por lo tanto, pueden ser reelegidos o promovidos a otros cargos del Ejecutivo, fácil es colegir (todo sea dicho con el máximo respeto a la independencia individual de mis colegas latinoamericanos, de la que no abrigo duda alguna) que, desde un punto de vista objetivo, su independencia no es total, pues el sistema no garantiza una ausencia de vinculación no sólo con respecto al Poder Legislativo, sino también frente al Ejecutivo.[12]

4. La Independencia judicial.

Descartada, pues, la idea de que a través de los sistemas de designación (popular, parlamentaria o del Poder Ejecutivo) pueda obtenerse la legitimación del otorgamiento que, en régimen de monopolio, la sociedad efectúa de la potestad jurisdiccional a sus Tribunales o que dicha legitimación pueda alcanzarse por la sola existencia del proceso,[13] otro ha de ser el camino para determinar la causa de dicho encargo.

En nuestra opinión, dicha causa puede encontrarse dando una respuesta adecuada a la siguiente pregunta ¿qué es lo que la sociedad contemporánea reclama de la función judicial? La respuesta a la misma se nos manifiesta como muy sencilla: lo que se les pide a Juzgados y Tribunales es la solución de los conflictos mediante la aplicación imparcial del Derecho objetivo.

Pues, bien, partiendo de esta evidente exigencia social, puede inferirse que, en el momento actual, la legitimación de la potestad jurisdiccional estriba en la *independencia* y *sumisión* a la Ley de quienes hayan de aplicarla, esto es, de los jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial.

Los jueces, en primer lugar, han de estar sometidos al imperio de la Ley, porque la misión de la Jurisdicción consiste en aplicar, a los

---

9. Este es el caso de países, tales como Brasil, Argentina, México, Chile y Perú. Véase el interesante trabajo de SALAS-RICO, *Carrera judicial en América Latina, San José,* 1990, pp. 11-12.

10. Son nombrados por el Parlamento los miembros de las Cortes Supremas de Bolivia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Similar es el caso guatemalteco en el que el Congreso elige a cuatro Magistrados y una comisión integrada por los Decanos de las Facultades de Derecho, Colegios de Abogados y Organismo Judicial elige a otros cinco hasta integrar un total de nueve Magistrados. SALAS-RICO, *op. cit.*, pp. 12-13.

11. Con la sola excepción de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, México y Perú, en donde el nombramiento de los Magistrados de la Corte Suprema es vitalicio y la de Costa Rica, país, en el que se ha consagrado la reelección práctica de dichos Magistrados, en los demás países latinoamericanos tales Magistrados son elegidos por un periodo determinado, cuyo plazo es de 4 años en Ecuador, Honduras y República Dominicana, 5 en Guatemala y Paraguay, 6 en Nicaragua, 8 en Costa Rica, 9 en Venezuela y 10 en Bolivia, Panamá y Uruguay. SALAS, *op. cit.*, p. 21.

12. Para Luis Salas los principales inconvenientes que posibilita el sistema son "la influencia política, el compadrazgo y las relaciones de amistad". *Op. cit.*, p. 13.

13. Esta es la tesis de LUHMANN *(Legitimation durch Verfahren, Neuwied,* 1969). Su crítica puede verse en mi libro *Fundamentos del Derecho Procesal,* Madrid, 1981, p. 39.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

casos concretos, las Leyes que promulga el Parlamento y demás disposiciones con arreglo al principio de jerarquía normativa o de supremacía de la Ley frente al Reglamento. Lo que no significa, por lo demás, que el Juez haya de ser "la boca que pronuncia las palabras de la Ley",[14] pues en nuestro sistema jurídico también tiene cabida la creación judicial del Derecho, siempre que dicha creación sea integradora y no vulneradora de la ley.

Pero la aplicación de la Ley, en segundo, se ha de efectuar con absoluta independencia, tanto frente a las partes, como frente a los demás poderes del Estado, porque "todos los ciudadanos son iguales ante la Ley" y la Ley, en tanto que manifestación de la voluntad general, precisa ser judicialmente individualizada sin tomar en consideración situaciones hegemónicas de las partes o privilegio material alguno.

La independencia judicial abarca hoy todo un conjunto de garantías que preservan la actuación desinteresada del juez frente a eventuales presiones de las partes, los superiores del Juez y los demás poderes del Estado. De todas ellas que, conforman un estatuto peculiar del Juez como funcionario, merecen ser destacadas la "inamovilidad" judicial y el "autogobierno de la Magistratura".

II. La inamovilidad judicial

La inamovilidad judicial es, sin duda alguna, la garantía que, al nivel individual, mejor garantiza la independencia judicial.

Nacida durante el S. XVIII en la Francia prerevolucionaria, mediante un sistema tan rudimentario como lo fue el de la "compraventa de oficios", pronto reveló su eficacia en la fuerte resistencia que otorgó a los Tribunales o "Parlamentos" franceses frente al Ejecutivo.

Naturalmente esta concepción no se mantuvo mucho tiempo. Tras la Revolución Francesa y hasta esta fecha la inamovilidad judicial se ha obtenido, de un lado, mediante los sistemas públicos de acceso al funcionariado (concurso y oposición), que permiten la selección de los más capaces y, de otro y sobre todo, mediante la configuración de un estatuto jurídico del juez como funcionario que impida su arbitraria remoción, suspensión o traslado fuera de las causas que generan responsabilidad penal o disciplinaria.

Aparece así la inamovilidad judicial como un contrapeso al sistema judicial, "bonapartista", al que ya nos hemos referido, que configuraba a la jurisdicción como una organización fuertemente jerarquizada en la que se confiaba al Ministro de Justicia todo el estatuto funcionarial de los jueces: desde su ingreso hasta su promoción o ascenso, así como su régimen disciplinario. En este contexto, y a diferencia del resto de los funcionarios que se encontraban sometidos al régimen de la "cesantía", la inamovilidad judicial permitía mantener la neutralidad política de la Magistratura necesaria para el cumplimiento de sus fines.[15]

---

14. Como afirmaba MONTESQUIEU *(Oeuvres completes, II,* París, 1958, p. 404) o FEUERBACH para quien la función del Juez no debía ser otra "que comparar cada caso con este tenor literal (de la norma) y, sin preocuparse del sentido y espíritu de la ley, condenar si el sonido de la palabra condena, y si lo absuelve, absolver" *(Kritik des Kleinesrodtschen Entwurfs zu einem Peinlichen Gesetzbuch für die Hur-Pfalz-Bayerischen Staaten, II,* Giesen, 1804, p. 20.

15. En España la inamovilidad judicial se instauró con la promulgación de la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial. Con ocasión de la presentación de esta Ley en la apertura de los Tribunales, de 15 de setiembre de 1870, dijo el entonces Ministro de Justicia que "de hoy más tendrá (la judicatura) una estabilidad completa. Gozará de una inamovilidad bastante para permitirle funcionar libremente. Será, en fin, un verdadero Poder del Estado que llevará en sí mismo la razón y los medios de su existencia". *(Breves indicaciones acerca de las nuevas Leyes relativas al Derecho Penal y Organización del Poder Judicial,* RGLJ, 1870, núm. 37, p. 249.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

III. LA CRISIS DEL MODELO BONAPARTISTA Y EL NACIMIENTO DE "AUTOGOBIERNO" DE LA MAGISTRATURA

Pero, la inamovilidad judicial, en el marco del modelo administrativista o de designación ministerial lo único que garantizaba era la independencia *individual* del Juez o Magistrado, posibilitando, en el mejor de los casos, el surgimiento del mito del *Juez-héroe* (del que se ha hecho eco la literatura y el cine de nuestra época),[16] del Juez o Magistrado que, consciente de su alta función histórica, sabía resistir a las recomendaciones y presiones de todo tipo, razón por la cual era factible que, si bien pasara a la posteridad, en esta vida no fuera ascendido, cuando no trasladado.

En efecto, si bien no era frecuente la destitución gubernativa de los jueces, la existencia de un estatuto disciplinario, generoso en la inclusión de estándares morales[17] y la reserva ministerial de los más altos cargos de la justicia ocasionaban la existencia de un tipo de Juez pusilánime, preocupado más en ser grato a los ojos de sus superiores que en administrar justicia con absoluta imparcialidad en aquellos asuntos en los que pudiera estar comprometido el interés del Poder Ejecutivo.

Pero, cuando con el advenimiento de los Estados totalitarios en Europa se produjo una presión del Ejecutivo sobre la Magistratura fuera de los límites de lo tolerable, se potenció, con posterioridad a la segunda guerra mundial, el movimiento asociacionista de la Magistratura y, con él, los Jueces y Magistrados empezaron a cuestionarse la concepción individual de la independencia judicial, para pasar a obtener una visión colectiva de su propia independencia.

El resultado de todo este movimiento ha sido la instauración en la práctica totalidad de los Estados europeos del sistema de "autogobierno" de la Magistratura, en cuya virtud el ingreso,[18] ascenso y régimen disciplinario de los jueces y Magistrados se encomienda a un órgano ("el Consejo Superior de la Magistratura" o "Consejo General del Poder Judicial", en España) autónomo e independiente de los demás poderes del Estado e integrado, bien por representantes de la Magistratura, del Poder Legislativo o de ambos.[19]

En la actualidad, pues, todo el estatuto jurídico del juez, en tanto que funcionario, se le encomienda a dicho órgano de autogobierno con la particularidad de que los actos que de él emanan poseen naturaleza administrativa, lo que posibilita su revisión jurisdiccional, a través del recurso contencioso administrativo, por los Tribunales. Así, pues, el enigma "¿quid custodiat custodes?" se resuelve, al menos en España, confiriendo toda la materia de régimen jurídico de ingreso, promoción y estatuto disciplinario de los Jueces y Magistrados a su órgano de gobierno, quien ostenta la primera palabra, y al propio Poder Judicial la última, sin que exista, por tanto, posibilidad alguna de que ningún poder del Estado pueda interferir en el independiente ejercicio de la potestad jurisdiccional.

---

16. Cfr. TOMEO, Il *giudice sullo schermo,* Bari, 1973.

17. "El Magistrado debía ser, pero sobre todo parecer, de un elevado y rígido sentimiento de moralidad en todo ámbito de su propia vida privada y pública". SENESE, *La disciplina del Magistrati,* QJ, 1977, núms. 38-39, p. 183.

18. En España, el ingreso en la Magistratura y su perfeccionamiento en el "Centro de Estudios Judiciales" todavía es una competencia del Ministerio de Justicia, si bien el actual Ministro, D. Juan Alberto Belloc Julbe ya ha manifestado a los medios de comunicación su intención de traspasar esta competencia al Consejo General del Poder Judicial.

19. Pueden distinguirse en Europa los siguientes sistemas: a) *Administrativista* o francés, en el que, junto con los Magistrados que integran el "Conseill Superieur de la Magistrature", aparecen elementos del Ejecutivo; b) *Mixto,* compuesto por representantes del Poder Legislativo y del Judicial, inaugurado por la Constitución belga de 1913, fue el sistema seguido en Italia tras la "Lege sul Consiglio Superiore della Magistratura" de 24 marzo, 1958, declarado inconstitucional por la Corte Constitucional italiana e iniciado también por España con la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial, de 10 enero, 1980, derogada por la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 julio, 1985; c) *Judicialista:* en la actualidad vigente en Italia, tras la promulgación de la Ley, de 18 diciembre, 1967, y d) *Parlamentario:* sistema en vigor en España tras la promulgación de la referida LOPJ de 1985.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

IV. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN IBEROAMÉRICA

Examinada la evolución de la independencia judicial en Europa, hemos de comprobar ahora en qué medida el modelo judicial iberoamericano se aproxima o distancia de ella.

A tal efecto, invertiremos el orden de esta exposición y examinaremos, en primer lugar, las garantías y principales condicionamientos de la independencia judicial colectiva de la Magistratura para pasar a estudiar, en segundo, el nivel de independencia individual de la Magistratura latinoamericana.

1. La independencia judicial colectiva.

Tal como se ha adelantado, el sistema hegemónico de designación de jueces en Iberoamérica es el parlamentario, lo que no impide, sin embargo, que el Poder Ejecutivo tenga una fuerte influencia en la judicatura americana. Dicha presencia se hace manifiesta en aquellos países de corte presidencialista, en los que se le encomienda al Presidente de la República o al Consejo de Ministros la facultad de designar a los miembros de la Corte Suprema[20] (Argentina, Brasil, Chile, México, Panamá y Perú), así como en la creación de jurisdicciones o Tribunales especiales (militares, laborales, agrarios, fiscales, de policía) dependientes del Poder Ejecutivo, de entre los que destaca el carácter expansivo de la jurisdicción castrense que, sobre todo en tiempos de inestabilidad política, atenta gravemente la exclusividad e independencia del Poder Judicial.[21] De aquí la necesidad de reinstaurar plenamente los principios de exclusividad y unidad jurisdiccional con sujeción de la jurisdicción militar al ámbito estrictamente castrense.

En los países que secundan el sistema de la designación parlamentaria evidentemente el grado de legitimación democrática e independencia del Poder Judicial es mucho más notable e incluso superior al de algunos Estados europeos que todavía permanecen anclados en el modelo "bonapartista".

Ello no obstante, también el sistema parlamentario presenta algunos inconvenientes prácticos. En este sentido, y al margen del apuntado problema de la confusión de poderes, puede señalarse la sobrecarga de trabajo de las Cortes Supremas latinoamericanas a las que, junto a su labor genuina de asegurar la aplicación uniforme de las Leyes ordinarias y de creación de la doctrina legal, se les adiciona, no solo las propias de los Tribunales Constitucionales,[22] tal como corresponde a un modelo difuso de jurisdicción constitucional, sino también todas las funciones administrativas y gubernativas que el modelo de autogobierno de la totalidad del Poder Judicial comporta,[23] lo que ocasiona una pérdida de tiempo y de energías en cuestiones burocráticas de tales Magistra-

---

20. En Panamá los Magistrados de la Corte Suprema son nombrados mediante acuerdo del Consejo de Gabinete y aprobación posterior por el Poder Legislativo. En Argentina, Brasil y México los designa el Presidente de la República con la aprobación del Senado; en Chile el Presidente de la República a propuesta de una lista presentada por la Corte Suprema y en Perú el acuerdo de dicho Presidente precisa la aprobación del Consejo Nacional de la Magistratura y la ulterior ratificación del Senado, SALAS-RICO, *op. cit.*, pp. 11-12.

21. RICO, *Independencia judicial, cit.*, pp. 13 y ss.

22. Con las solas excepciones de Chile y de Guatemala que conocen los Tribunales Constitucionales. Este último país mantiene un heroico (tal como lo han demostrado los recientes acontecimientos de usurpación del poder constituyente) Tribunal Constitucional. Asimismo, Costa Rica, ha concentrado la jurisdicción constitucional en la famosa Sala IV de la Corte Suprema que ha servido de modelo para su instauración en El Salvador (art. 174 de la Constitución) y Paraguay (art. 260 de la Constitución). En Venezuela existe también un Proyecto de implantación del modelo costarricense.

23. Lo que motiva, en ocasiones, la creación de un auténtico Ministerio de Justicia adscrito a la Presidencia de la Corte Suprema. Tal es el caso, por ejemplo, de la "Secretaría del Organismo Judicial" guatemalteca, dependiente de dicha Presidencia. En otros países se constituyen órganos disciplinarios "ad hoc", adscritos asimismo a la Corte Suprema, como es el caso del "Tribunal de la Inspección Judicial" costarricense u órganos autónomos como la "Supercorte" o "Tribunal disciplinario" colombiano, que es designado por el Congreso.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dos en detrimento del cumplimiento de su alta función casacional.

Por esta razón en ciertos países iberoamericanos (Colombia, Honduras, Panamá, Perú y Venezuela)[24] se ha procedido a desgajar de la Corte Suprema las funciones gubernativas de las jurisdiccionales para pasar a ser aquellas encomendadas a órganos que, como es el caso del "Consejo de la Judicatura" venezolano, constituye un auténtico germen del autogobierno.

2. La independencia judicial individual.

Pero, en donde se produce la gran quiebra, desde el punto de vista de la independencia judicial, del sistema iberoamericano es en el modelo de designación de los jueces y Magistrados y en la ausencia de una auténtica inamovilidad judicial.

A) En efecto, salvedad hecha de aquellos países que conocen los "Consejos de la Judicatura", constituye un común denominador de los países de esta área el de que los jueces inferiores son nombrados y destituidos por los Tribunales Superiores y en última instancia por la Corte Suprema. La ausencia, por otra parte, de una auténtica "carrera judicial" y de la inamovilidad de los Jueces y Magistrados ordinarios ocasiona que tales jueces, al igual que en el modelo "bonapartista", estén más preocupados en ser gratos a los ojos de sus superiores que en la aplicación desinteresada e imparcial de la Ley, sobre todo, a aquellos casos concretos en los que pudieran estar comprometidos los intereses del Ejecutivo.

Este sistema de "cooptación judicial", unido a la ausencia de la inamovilidad judicial, es fuente de amiguismos y de corrupciones,[25] lo que puede dificultar que a los puestos superiores de la Magistratura no siempre accedan los Jueces más capaces, sino los más dóciles y aduladores a sus superiores, a la vez que se manifiesta contraproducente para el buen funcionamiento del sistema procesal, pues el Juez de instancia, a la hora de valorar el material de hecho y aplicar el derecho, no puede tener otro límite que el de su propia conciencia, por lo que, sin perjuicio de la utilización de los medios de impugnación contra las sentencias erróneas, constituye un atentado a la independencia judicial el que los tribunales superiores puedan dar a los inferiores órdenes o instrucciones sobre el modo de resolver los procesos o, lo que es peor, efectuar presiones o veladas conminaciones de irrogación de futuras sanciones disciplinarias.

B) Junto a estos graves inconvenientes a la independencia judicial deben mencionarse otros no menos graves obstáculos que pueden ser sistematizados en especiales y comunes. De entre los primeros destacan la violencia terrorista y del narcotráfico e incluso del propio Ejército o de organizaciones paramilitares. Los afortunadamente ya históricos casos de Argentina, los más recientes de El Salvador o Guatemala y, sobre todo, el todavía desgraciadamente vigente de Colombia son lo suficientemente significativos para instar, a través de los instrumentos que proporciona la democracia y con el más absoluto respeto a los derechos humanos, por la lucha y colaboración internacional (ayuda financiera incluida) contra estas graves lacras de la sociedad contemporánea que con mayor virulencia sufren nuestros colegas hispanoamericanos.

De entre las limitaciones comunes a la independencia judicial cabe señalar la escasa remuneración de los sueldos de jueces y Magistrados, lo que constituye un buen caldo de cultivo de la corrupción judicial. No obstante el esfuerzo presupuestario de muchos de tales países, de entre los que destacan aquellos que mantienen una cuota mínima de inversión presupuestaria obligatoria en la justicia y establecida en la propia Constitución (Costa Rica, Honduras, Guatemala, Panamá y Perú mantienen cifras que oscilan entre el 6% y el 2% del

24. SALAS, *op. cit.*, pp. 16-18.

25. RICO, *op. cit.*, p. 37.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Presupuesto), los sueldos del personal jurisdiccional suelen ser bastante bajos[26] o, por estar mal distribuidos, pueden convertirse en fuente de agravios comparativos.[27] De aquí la necesidad de incrementar las dotaciones presupuestarias de la justicia, no sólo en gastos de personal, sino también en la formación jurídica de los miembros del Poder Judicial.

V. CONCLUSIÓN

Recapitulando las observaciones críticas anteriormente formuladas puede afirmarse que, si se desea que la Magistratura Iberoamericana alcance, al igual que la europea, unas mayores cuotas de independencia, se hace preciso, de un lado, separar las funciones gubernativas de las Cortes Supremas y encomendarlas a un órgano autónomo e independiente del Poder Ejecutivo en la línea inaugurada por los Consejos de la Judicatura a fin de que dicho Consejo asuma todo el estatuto jurídico de los jueces y Magistrados (esto es, su ingreso, perfeccionamiento, ascenso y régimen disciplinario) y, de otro, consagrar la inamovilidad judicial de todos los jueces y Magistrados.

Mediante la instauración del *autogobierno* y de la *inamovilidad judicial* no se trata de crear un omnímodo e irresponsable Poder Judicial, ni mucho menos de establecer una dictadura de los Tribunales, puesto que el afianzamiento de la independencia judicial, individual y colectiva del personal jurisdiccente no se manifiesta, ni mucho menos, incompatible, sino, antes al contrario, presupone la existencia de un eficaz régimen de responsabilidad, civil, penal y disciplinaria de Jueces y Magistrados que haga realidad la legitimación del oficio judicial, esto es, la independencia y sumisión a la Ley de quienes han de ser sus primeros servidores.

Pero, si se desea el eficaz sometimiento de todos los poderes del Estado al imperio de la Ley, si se quiere que el Poder Judicial contribuya a erradicar (como, por lo demás, está sucediendo en Europa con la denominada "revolución de los jueces")[28] la "corrupción política", que constituye uno de los más graves obstáculos al desarrollo económico de los pueblos latinoamericanos, preciso será culminar esta evolución siempre inacabada que es la independencia del Poder Judicial y consagrar definitivamente también en Iberoamérica el autogobierno de la Magistratura y la inamovilidad judicial.

---

26. Vide RICO, *op. cit.*, P. 32-34 y SALAS, *op. cit.*, P. 34-36.

27. Este es el caso, por ejemplo, de Venezuela en donde un Juez civil de primera instancia puede ganar más que un Magistrado de lo penal de un Tribunal Superior.

28. DUVERGER, *La révolution des juges.* "Le Monde", 26 marzo, 1993.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL. REPRODUCCIÓN ASEXUAL. IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA*

PEDRO F. SILVA-RUIZ **[1]

INTRODUCCIÓN

1. Con el propósito de lograr la mayor claridad expositiva posible, seguiremos el siguiente plan de trabajo, que constituirán partes del ensayo:

a. una breve referencia, básicamente descriptiva, de carácter informativo, de las técnicas de reproducción humana artificial, que integrará la primera parte de este escrito;

b. se impone —antes de avocarnos al estudio de las cuestiones y problemas jurídicos, en el ámbito del Derecho de Familia— ocuparnos de las preocupaciones éticas que la reproducción humana artificial suscitan. Ello constituye la segunda parte de este ensayo;

c. la tercera parte, como quedó dicho, es el estudio de las cuestiones jurídicas que, es-

---

* *Ponencia oficial VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, San Salvador. El Salvador, Centroamérica, septiembre de 1992, Tema 3, subtema 2. (C) PFSR, 1992.*
Revisado y modificado para publicación, por el autor, en el mes de octubre de 1992.

** *Catedrático de Derecho, Universidad de Puerto Rico.*

1. El autor de este ensayo lo es también de las siguientes publicaciones sobre temas relacionados con el de este trabajo: (1) *Manipulación de embriones humanos,* en (a) Revista Uruguaya de Derecho de Familia, Núm. 6, junio 1991 y (b) Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Vol. XXV, set.-dic. 1990, pp. 83-99; (2) *La maternidad subrogada o de alquiler,* Vol. III Libro Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1989, pp. 827-847; (3) *Surrogate Motherhood: A Comparative Law Overview,* Proceedings of the Eleventh Intenaticonal Symposium on Asian Studies, Asian Research Service, Hong Kong, 1989, pp. 505-516; (4) *Desarrollos recientes y tendencias del derecho civil para el Siglo XXI en Puerto Rico,* La Tercera Parte del ensayo, publicado en: (a) "Revista de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación", Vol. I, pp. 85, 94-103 (1989) y también en (b) "Anuario de Derecho Civil", Madrid, Tomo XLII, fascículo III, julio-setiembre 1989, la tercera parte del ensayo, pp. 895-904; (5) *La maternidad sustituta o subrogada, Revista Uruguaya de Derecho de Familia,* Año III, Núm. 4, 1988, pp. 72-78; (6) *Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial,* fertilización in vitro y maternidad sustituta, *suplente o subrogada) en los Estados Unidos, en el libro "La Filiación a finales del Siglo XX problemática planteada por los Avances Científicos en materia de Reproducción Humana (II Congreso Mundial Vasco)". Ed. Triviun, Madrid, España, abril 1988, pp. 85-97; (7) Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente,* Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Núm. 1503, 15 sept. 1988, Madrid, España, pp. 3897-3901; (8) *El Derecho de Familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro,* 48 Rev. Colegio de Abogados de Puerto Rico, 23-35 (1987); (9) *El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler,* Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Núm. 1447, 25 feb., 1987, Madrid, España, pp. 3-12; (10) *Artificial Reproduction Techniques, Fertility Regulation: The Challenge of Contemporary Family Law,* 34 American Journal of Comparative Law 125 (1986, Suppl.); (11) *La Familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina,* 19 Rev. Jurídica Univ. Interamericana de Puerto Rico, 533-554 (1985).
Párrafo(s) de este trabajo han sido transcritos literalmente de algunos de estos ensayos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pecialmente, en el campo del Derecho de Familia, se plantean; y,

d. unas conclusiones serán la última —y cuarta parte— de este trabajo.

PRIMERA PARTE: LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ARTIFICIAL

2. Estas técnicas[2] se basan en la inseminación artificial (IA) y la fertilización **in vitro** (FIV). En esta última, la fecundación ocurre fuera del cuerpo humano, esto es, es extracorporal.

Se denominan "artificial", como opuestas a "no-artificial", ("normales" si se quiere). Referidas a la reproducción del ser humano, significan medios no sexuales —asexuales— para lograr la procreación en la especie humana.

3. En la IA, una vez extraído el semen,[3] se introduce en el órgano femenino (vagina), por cualquier medio distinto de la relación sexual, bien en el cuello del útero —inseminación intracervical— o directamente en el interior del mismo, denominándose inseminación intrauterina.

4. En la IA se distingue la **homóloga** (IAH) (inseminación artificial con semen del marido) cuando por tratarse de mujer casada —o en el caso de pareja estable, como en el concubinato **more uxorio** o a manera de matrimonio,[4] no sin reparos, por algunos, este supuesto— el semen que se le inocula es el de su esposo (o del varón concubino en el caso del otro supuesto).[5]

En la IAD o con semen de donante —**heteróloga** (inseminación artificial con semen de un donante)— el material genesiaco no es del esposo (o del concubino), sino de un tercero.[6]

5. Es de rigor advertir que nos hemos referido a la mujer casada o a la concubina. No aludimos a la mujer soltera que vive sola. En la tercera parte de este ensayo —de planteamientos jurídicos— estudiaremos el derecho o no a la procreación de la mujer soltera. De tener o asistirle tal derecho, el medio para lograrlo, como la IAD, debería estar a su disposición.

6. En la fertilización **in vitro** (FIV), el óvulo[7] se extrae del cuerpo, en el laboratorio, usualmente mediante laparoscopia,[8] ante la imposibilidad de que el semen lo fertilice, naturalmente, en las trompas de falopio.[9]

---

2. Para una descripción detallada, véase Pedro F. Silva-Ruiz, *Manipulación de embriones humanos,* supra, nota 1, págs. 84-87.
3. El semen es un líquido que segregan los testículos y que contiene en suspensión los espermatozoides durante el acto sexual o la masturbación.
4. El concubinato **more uxorio** es "la unión de un hombre y una mujer, ambos solteros, que han vivido como marido y mujer por un tiempo, relativamente largo, sin que haya mediado entre ellos ceremonia o solemnidad matrimonial alguna. Pedro F. Silva-Ruiz, *Régimen patrimonial del matrimonio en el derecho puertorriqueño,* publicado en la "Revista Notarial", Nº 869, julio-agosto 1983, Buenos Aires, Argentina, el tema VIII: El concubinato, p. 1061 (citas omitidas). Para que exista concubinato ni el hombre ni la mujer convivientes tienen incapacidad para contraer matrimonio.
5. Los cónyuges pueden ser fértiles, pero la fecundación no es posible a través del acto sexual (p. ej.: la impotencia del hombre o la imposibilidad de realizar el acto carnal, que no implica su esterilidad).
6. Por ejemplo, el marido es estéril. El semen del tercero puede obtenerse en un "Banco de semen".
7. Es la célula reproductora o gameto femenino que se produce en las células del epitelio germinal de la parte externa de los ovarios.
8. Es el procedimiento por el cual se introduce en el abdomen un endoscopio (aparato que combina un ocular óptico y luz) que permite la inspección de los órganos internos y la extracción de los óvulos.
9. Es el tubo muscular a través del cual el óvulo se traslada desde el ovario al útero y, en el cual, es fecundado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Una vez fecundado el óvulo fuera del cuerpo de la mujer, se implanta[10] en su útero, con el propósito de que anide.[11] Se habla, entonces, de transferencia de embriones, para significar el transporte de embriones[12] producidos por FIV, desde el laboratorio al interior del útero femenino donde se implantan.

7. La transferencia intratubaria de gametos (GIFT)[13] es una variante de la técnica precedentemente aludida. Es una operación que consiste en depositar conjuntamente los óvulos, recientemente extraídos, y el semen, fresco o congelado, en el interior de las trompas de falopio de una mujer, en la misma intervención quirúrgica de recogida de óvulos, para producir la fecundación.[14]

8. Es conveniente significar que la fecundación extracorporal ha sido posible debido a la llamada "manipulación de los gametos y/o embriones". Con ello nos referimos "a cualquier clase de intervención, tratamiento o utilización de los embriones/ y gametos/ con fines procreativos, de diagnóstico, terapéutico o de investigación".[15]

9. Finalmente, las etapas del embrión humano son las siguientes:

(a) Desde la fecundación hasta el sexto día al no haberse iniciado la anidación, el ser humano se encuentra en una fase de "preembrión transplantable."

(b) Desde el sexto día inicia la interacción con la mucosa uterina hasta que se culmina su decimosegundo día, momento en que es "un preembrión transportable."

(c) A los catorce días se ha formado el disco embrionario y se ha decidido cuál de los genomas manifestará de los dos heredados.

(d) A los veintiún días se inicia la formación del sistema nervioso.[16]

10. Una maestra de ética en Irlanda ha escrito: "¿Qué clase de respeto se le debe al embrión humano? ¿Debe protegerse al embrión humano como ser humano o como propiedad? La única contestación posible... es que el respeto debido al embrión humano se diferenciará en clase o especie al respeto debido a cualquier otro ser humano. El embrión humano será protegido como un ser humano, no como una propiedad u objeto que pueda utilizarse. Esto significa que el embrión humano tiene el derecho a no ser asesinado, sin importar propósito o finalidad".[17]

---

10. Implantación es la fijación del óvulo fecundado en la mucosa uterina.

11. La anidación, es el proceso de fijación del blastocisto en las paredes del útero. Se inicia aproximadamente a la semana de la fecundación y dura alrededor de otra semana. El blastocisto es el conjunto de células que resulta de la división del cigoto en el momento de implantación en la pared uterina. El cigoto (zigoto) es la primera célula, diploide (con dos pronúcleos), con potencialidad para desarrollar un ser humano, y que es producida por la fecundación de un óvulo por un espermatozoide.

12. El embrión es el producto de la fusión de gametos humanos, desde la formación del cigoto hasta su transformación en feto. El embrión preimplantatorio o preembrión es el producto de la fusión de gametos humanos hasta su anidación. Gameto es la célula reproductora. El gameto masculino se llama espermatozoide; el femenino, óvulo.

13. Gamete Intra Fallopian Transfer.

14. Fecundación es la fusión del óvulo y del espermatozoide.

15. SILVA-RUIZ, *Manipulación de embriones humanos,* supra nota 1, p. 86.

16. BARBERÁ GUILLEM, Emilio. *La manipulación o mediación científica en la reproducción humana,* en el libro "La Filiación a Finales del Siglo XX —Problemática planteada por los Avances Científicos en materia de Reproducción Humana (II Congreso Mundial Vasco)", supra, nota 1, p. 14. Además de la descripción del "embrión" que aparece en la anterior nota doce (12), se ha dicho también que el embrión es el "organismo durante los primeros estadios de desarrollo. En la especie humana se considera que la fase embrionaria dura desde la fecundación hasta las seis semanas, pasando a continuación a denominarse feto". Y por "feto" se entiende el ser "a partir de las seis semanas de la fecundación que el embrión pasa a denominarse feto hasta el momento del nacimiento". Véase, SILVA-RUIZ, *Manipulación de embriones humanos,* supra, nota 1, pp. 85-86.
"Genoma" es el código genético particular, distinto e individualizado, de cada ser humano, que cada ser vivo lega a sus descendientes.

17. IGLESIAS, Teresa. *In Vitro Fertilization: The Major Issues,* en el libro "Embryos and Ethics (The Warnock Report in Debate)", ed. N.M. de S. Cameron, Rutherford House Books, Edinburgh, Scotland, Uk, 1987, p. 25.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SEGUNDA PARTE: EL CUESTIONAMIENTO ÉTICO

11. El 29 de noviembre de 1984 desde El Vaticano, el Director del Instituto Pontificio de Estudios sobre el Matrimonio y la Familia, señalaba:

> (El)... énfasis en el argumento básico de Juan Pablo —que el componente "procreativo" del acto sexual no se puede separar del componente de "la unión"— significa que los nuevos avances de la medicina, tales como la fertilización "in vitro" y la fecundación artificial, eran inmorales. Recurrir a la fertilización "in vitro" no es moralmente lícito... Sólo el acto conyugal expresado a través del amor de la pareja es el que debe dar la vida.[18]

12. La IAH puede ser cuestionada aludiendo que:

> En el matrimonio las funciones orgánico-sexuales son inseparables. Por tal razón, la licitud ética de la reproducción humana está condicionada a que se logre mediante la **cópula perfecta.** Lo contrario importaría una violación sui géneris de la ley natural.

Este pensamiento "...ha sido particularmente aludido en la ética católica". "...Es superfluo observar —decía el Papa Pío XII en su siempre recordado discurso a los medios católicos en ocasión del congreso internacional de 1949— que el elemento activo /de la fecundación/ no puede ser jamás procurado lícitamente por **actos contra la naturaleza**". Y más explícitamente lo repetía en el discurso a las obstetras de 1951: "el acto conyugal en su estructura natural, es una acción personal, una cooperación simultánea e inmediata de los cónyuges... muchos más que la unión de los gérmenes que pueden también efectuarse artificialmente, es decir, sin la acción natural de los cónyuges. El acto conyugal ordenado y querido por la naturaleza, es una cooperación personal a la que los esposos, al contraer matrimonio, se otorgan mutuamente el derecho."

Es decir, que se condena el **medio empleado** porque el matrimonio "no tiene por objeto"[19] la descendencia, sino los actos naturales que son capaces de engendrar una nueva vida y destinados a ella... La fecundación artificial[20] viola la ley natural y es contraria al derecho y a la moral". Pero, paralelamente, se acepta lo que se ha dado en llamar la **inseminación complementaria** que es "una ayuda para la consecución del fin de la procreación por el **medio natural**". En otras palabras, lo reprobable éticamente desde la perspectiva que analizamos sería el medio por el cual se logra la inseminación que exige la obtención del semen del marido por medios antinaturales como la masturbación, por ejemplo. Pero si el semen se obtiene de la vagina tras un coito normal entre marido y mujer será aceptable el procedimiento que complemente el acto conyugal para lograr la fecundación.[21]

---

18. "Juan Pablo II insiste que el sexo es para procrear", en el periódico *El Mundo* (San Juan, Puerto Rico), jueves, 29 de noviembre de 1984, p. 12-BB, citado en SILVA-RUIZ, Pedro F. *La Familia y los Avances Científicos: la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina*, supra, nota 1, p. 537.

19. Advierte el autor citado más adelante, en notas explicativas al texto: "En la doctrina canónica debe distinguirse el **objeto del fin** del matrimonio. El objeto alude al contrato matrimonial y, en cuanto a la materia que nos ocupa, dicho objeto es la prestación de la cópula ordenada a la generación. En fin de la prestación es la procreación, y, consecuentemente, la educación de los hijos. Por eso, el matrimonio se anula por impotencia y no por esterilidad. La impotencia afecta el **objeto** del contrato, la esterilidad impide el fin cuyo logro, en definitiva, cae fuera de la voluntad de las partes... "el fin es la prole; el objeto inmediato del contrato (matrimonial) es el coito mediante actos por sí aptos para la generación de la prole" (citas omitidas).

20 Explica el autor que citamos: "En realidad no es correcto aludir a la **fecundación artificial** en el caso, "porque lo que es artificial es la **inseminación,** o sea, la colocación o inoculación del semen en el seno materno. La fecundación, en cambio, es completamente natural" (citas omitidas).

21. A. ZANONI, Eduardo. *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina (proyecciones jurídicas)*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978, pp. 45-47 (citas omitidas; énfasis en el original). Véase también SILVA-RUIZ, *La Familia y los Avances Científicos: la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina*, supra, nota 1, pp. 538-9.

13. En la IAD o inseminación artificial con semen de donante el cuestionamiento ético

> ...radica en que los esposos, por un acto de voluntad, aceptan que intervenga en la fecundación el elemento activo de un tercero y éste, el tercero, cede ese elemento que le ha sido dado por naturaleza para procrear sin hacerse personalmente responsable del nuevo ser que contribuye a crear. Decía Pío XII: "A todo aquél que da vida a un pequeño ser, la naturaleza le impone, en virtud misma de este lazo, la carga de su conservación y educación. Pero entre el esposo legítimo y el niño fruto del elemento activo de un tercero (aunque el esposo hubiera consentido) no existe ningún lazo de origen, ninguna ligadura moral y jurídica de procreación conyugal."
>
> A lo cual deben añadirse otras consideraciones... el procedimiento ataca el significado que tiene, en el matrimonio, la transmisión de la vida: obra personal e indelegable de los esposos. A ello aludía también Pío XII diciendo que reducir la cohabitación de los esposos y el acto conyugal a una pura función orgánica para la transmisión de los gérmenes, "sería sólo convertir el hogar doméstico, santuario de la familia, en un simple laboratorio biológico".
>
> Es evidente que en todos estos pensamientos existe un **prius** evidente. Tal **prius** es el siguiente: el hombre no puede éticamente disponer, ceder o transferir sus componentes genéticos. Moralmente ello significa afirmar que es contrario a la naturaleza ofrecer el semen fecundante a quien no es la esposa (y, por supuesto... a través de la cópula perfecta), y, consecuentemente es contrario a la naturaleza recibirlo teniendo en cuenta que el hijo es participación personal de los esposos en su procreación.
>
> Sin embargo, no podemos ignorar que vivimos inmersos en un mundo concreto y en él obra toda una concepción antropológica obvia que nos condiciona. Desde otra perspectiva, quizás con el tiempo, el sentimiento ético pudiera ser distinto. Aún así quedarán siempre pendientes las valoraciones éticas respecto a quien se desprende de su semen para su utilización por terceros. Puede ser repudiable su motivación: por ejemplo, lucrar mediante su venta o prestarse a experiencias eugenésicas que esconden razones raciales. Pero también podría ser altruista, aunque en la actualidad difícilmente se lo justifique: por ejemplo, donar el semen para su utilización por aquellos matrimonios infértiles.[22]

14. La maternidad subrogada —que no se refiere a una técnica diferente de reproducción o procreación artificial, sino a la utilización de algunas de ellas— es rechazada por la Iglesia Católica Romana. *La Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación,* emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe, el 22 de febrero de 1987, señala:

> ¿Es moralmente lícita la maternidad "sustitutiva"? No, por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación artificial heteróloga: es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana. La maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.[23]

15. En el *Informe Warnock* también se condena la maternidad subrogada. Dice:

> Las objeciones morales y sociales a la maternidad subrogada (**surrogacy**) han pesado mucho sobre nosotros. En primer término, todos estamos de acuerdo que la maternidad subroga-

22. ZANONI, ibíd. pp. 50-54 (citas omitidas); SILVA-RUIZ, ibíd. pp. 541-542.

23. *Instrucción...* publicación de Mundo Cristiano, folleto 441, primera edición de abril de 1987, pp. 34-8. El propio documento señala que bajo el nombre de "madre sustitutiva" entiende "a) la mujer que lleva la gestación de un embrión, implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de "donadores", con el compromiso de entregar el niño, inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación; b) la mujer que lleva la gestación de un embrión o cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante la inseminación con el esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación. Véase, además, SILVA-RUIZ, *Maternidad subrogada o de alquiler,* supra, nota 1, p. 832.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

da por mera conveniencia, esto es, cuando una mujer está físicamente capacitada para procrear una criatura, pero no quiere/desea embarazarse, es totalmente inaceptable éticamente. Aun en circunstancias médicas apremiantes, el peligro de explotación de un ser humano por otro pesa más que los beneficios potenciales, en casi todos los casos, para la mayoría de nosotros. Que personas puedan tratar a otras personas como medios para sus propios fines, por muy deseables que sean las consecuencias, siempre es moralmente objetable-rechazable. Ese trato/uso de una persona por otra se convierte positivamente en su explotación cuando intereses económicos se envuelven/ comprometen. Es, por consiguiente, con la explotación comercial de la maternidad subrogada que principalmente, pero no exclusivamente, nos hemos inquietado/ preocupado.[24]

Lady Warnock, como parte del debate público que siguió a la presentación del documento, a título personal sostuvo que la maternidad subrogada es moralmente repugnante: "una mujer deliberadamente queda embarazada por dinero, a sabiendas de que entregará a su hijo; y (hay) otras personas, que por muy grande que sea su anhelo por tener hijos, ofrecen a la subrogada dinero para satisfacer sus fines". Ella concluía que "lo que es claramente percibido como erróneo es la maternidad subrogada **(surrogacy)**, no por amor, sino por dinero. Comprometerse a realizar un servicio impersonal —embarazo por dinero— para aquellos que pueden pagar, pervierte la relación entre madre e hijo".[25]

TERCERA PARTE: IMPLICACIONES JURÍDICAS DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, PARTICULARMENTE EN EL DERECHO DE FAMILIA

16. La primera implicación de las técnicas de reproducción artificial (IA y FIV; la maternidad subrogada, suplente o sustituta como aplicación de aquellas) aplicadas al ser humano que convive en sociedad organizada, y por consiguiente, al ordenamiento jurídico que rige las relaciones en ese grupo, es el de su recepción —con o sin limitaciones— o rechazo.

17. Un autor español, con elocuencia, significa:

> Una cuestión preliminar concita de inmediato la atención del jurista. Podría formularse así: ¿Las técnicas de FIV y de IA se han de aceptar como meros procedimientos terapéuticos contra la infertilidad o como soluciones alternativas para la reproducción humana?
>
> Si las técnicas de que nos ocupamos constituyen únicamente una terapéutica de la infertilidad, el problema se restringe: la infertilidad no tiene pleno sentido en la mujer soltera ni, en paridad de conceptos, en la que llamaremos, "pareja estable" —sin perjuicio de ulterior precisión—. La mujer sola o la pareja **de facto** no se presenta —**hic et nunc**— ante el Derecho con ningún tipo de "derecho subjetivo", al menos de valor absoluto, a tener hijos.
>
> Si la FIV o la IA se presentan sólo como un remedio de infertilidad, se acota el campo en que van a jugar: el matrimonio o la que, de momento, llamaremos "unión estable" en este último supuesto no sin graves disensiones.
>
> Si, por el contrario, se presentan como un "medio de reproducción alternativo", el tema se amplía y se agrava sensiblemente. Entran en juego otras consideraciones que afectan el or-

---

24. *Informe Warnock* que es el nombre por el cual se conoce al *Report of the committee of Inquiry into human Fertilization and Embriology*, Cmnd. 9314, julio 1984, párrafo 8.17, p. 46 (traducción nuestra). Es una publicación del gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. La Comisión, presidida por Lady Warnock, por cuyo nombre se conoce el informe, fue nombrada por el Gobierno de Su Majestad.

25. Según citado en L. WALLER, "The Waller Report and Australian Legislation", publicado en *Artificial Procreation, Genetics and the Law* (Instituto Suizo de Derecho Comparado), Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, Suiza, 1986, p. 144 (traducción nuestra). Véase, además, SILVA-RUIZ, *Maternidad subrogada o de alquiler*, supra, nota 1, p. 833.

> den público y a los fundamentos del orden civil de la convivencia.
>
> ...A mi juicio, el centro se encuentra precisamente ahí: las repetidas técnicas de que se trata se traducen en una fecundación asistida...[26]

En resumen: las técnicas de reproducción humana asistida ¿son tan sólo remedio para la infertilidad o, por el contrario, medios de reproducción alternativo?

18. Refiriéndose a un derecho positivo —el puertorriqueño,[27] que es el de mi país, y conozco mejor que otros— para ofrecer una contestación a la interrogante precedente, independiente de preferencias personales, afirmaría que esas técnicas son medios de reproducción alternativo. Dichas técnicas, además, estarían disponibles no tan sólo a la mujer casada, sino también a la soltera, la concubina inclusive, pues no está casada.

Las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América vinculan y son precedentes judiciales obligatorios en Puerto Rico. El más alto tribunal federal norteamericano —la Suprema Corte de Justicia (de los Estados Unidos), como se le llamaría en algunos países latinoamericanos; simplemente, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos— en *Eisenstadt vs. Baird* señaló:

> Es cierto que en *Griswold* el derecho a la intimidad... (es) inherente en la relación marital. Sin embargo, la pareja casada no es una independiente con espíritu y corazón propio, pero la asociación de dos individuos cada uno con su propio y separado intelecto y constitución emocional. Si el derecho a la intimidad significa algo, **es el derecho del individuo casado o soltero, de estar libre de intromisión gubernamental injustificada en asuntos que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de si engendrar o parir un niño.**[28]

Del análisis de esa jurisprudencia, un autor opina que el reconocimiento del derecho a procrear "debe lógicamente extenderse a la decisión de **cómo** ese niño debe ser concebido. La jurisprudencia demuestra que el Estado no puede prohibir a una pareja la decisión de engendrar o dar a luz a un niño. Esta decisión es el fundamento del acuerdo de maternidad subrogada y aparece como la alternativa constitucionalmente protegida. Una vez se decide tener un niño, el método empleado —reproducción natural/coital, inseminación artificial o maternidad subrogada— debe ser interpretado/entendido como parte de esta amplia garantía constitucional".[29]

Otro autor opina que la jurisprudencia no decide directamente el derecho de una pareja

---

26. MONTES PENADÉS, Vicente L. *La Genética Actual y el Derecho de Familia.* Ponencia, Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Cáceres, España, septiembre-octubre de 1987, p. 53 (de la publicación que recoge las cuatro ponencias del Congreso). Está conforme con este criterio, LLEDÓ-YAGUÉ, Francisco. *La regulación jurídica de la inseminación artificial y fecundación in vitro,* separata de "Estudios Filosóficos", núm. 100, Vol. XXXV, septiembre-octubre 1986, pp. 474-5.

27. El derecho puertorriqueño ha sido descrito como uno "híbrido" o "mixto", con el propósito de señalar la convivencia o el entrecruzamiento de significativas características de los ordenamientos legales propios de las familias romano-germánica (Derecho Civil) y anglo-americana *(Common Law).* Véase, Smith, T. B. *The Preservation of the Civilian Tradition in Mixed Jurisdiction,* vol. XXXV, Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, p. 263 et. seq. (1963). A la p. 265, el autor define una jurisdicción mixta como aquella donde un ordenamiento jurídico de Derecho Civil ha estado bajo la fuerte influencia del Derecho común anglo-americano y en consecuencia su derecho ha sido influido /sustituido ("overlaid") por este último. Véase, además, SILVA-RUIZ, Pedro F. *Desarrollos recientes y tendencias del Derecho Civil para el Siglo XXI en Puerto Rico,* Tomo XLII, fascículo II del "Anuario de Derecho Civil", Madrid, España, julio-setiembre 1989, pp. 887-9.

28. 405 U.S. 438, 453 (1972) (opinión de una pluralidad de jueces) (énfasis nuestro). En Carey V. *Population Services International,* 431 U.S. 678,685 (1977) se cita, por el Tribunal, con aprobación. *Eisenstadt* en el aspecto que nos interesa: la libertad individual de intromisión gubernamental en cuanto a la decisión de procrear. A la p. 687 dice: "Leído a la luz de su progenie, la enseñanza de *Griswold* es que la Constitución protege las decisiones individuales en asuntos sobre procreación de niños ("Childbearing") de intromisión estatal injustificada." Dice Tribe: "...el efecto de *Eisenstadt s. Baird* fue significar como decisivo en *Griswold* el elemento de autonomía reproductiva...," Tribe, L. H. *American Constitutional Law,* The Foundation Press, Mineola, New York, 2 a. ed., 1988, p. 1339. En *Skinner vs. Oklahoma,* el Tribunal caracterizó el derecho a procrear como "uno de los derechos civiles básicos del ser humano", 316 U.S. 535, 541 (1942) y mismo autor citado anteriormente.

29. CROW, Carol A. *The Surrogate Child; Legal Issues and Implications for the Future,* 7 Journal of Juvenile Law 80, 87 (1983) (traducción nuestra). Véase, SILVA-RUIZ, *La Maternidad subrogada o de alquiler,* supra, nota 1, p. 834.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

casada a la reproducción sexual. No obstante, sostiene que el Tribunal Supremo, en dicta, en numerosas ocasiones, ha reconocido a una pareja casada el derecho a procrear, en términos tan amplios, que comprende la reproducción coital como la no coital. Entiende, además, que si el Tribunal Supremo reconociese el derecho de una pareja casada a la reproducción coital, debería igualmente reconocer el derecho de una pareja a la reproducción no coital. Se expresa en los siguientes términos: "La necesidad de que un donante o suplente provea la esperma, el óvulo o el útero necesario para que una pareja engendre, dé a luz o de cualquier modo tenga un niño, bajo los principios de libertad reproductiva /procreadora, son también parte de los derechos a la procreación de una pareja casada".[30]

En resumen: el derecho al intimidad comprende el derecho del individuo, casado o soltero, a decidir si engendrar o parir una criatura. Este derecho posiblemente comprende también la decisión de **cómo** la criatura debe ser engendrada/concebida, esto es, por concepción/reproducción tanto normal o coital e igualmente no coital o asexual. Entonces, las técnicas IA, FIV, así como su aplicación, la maternidad subrogada, se traducen en medios de reproducción/fecundación/concepción alternativo.

19. La mujer soltera, en el derecho norteamericano, por estar fundamentado en el derecho a la intimidad, la alternativa constitucionalmente protegida, podrá también optar por procrear, utilizando las técnicas anteriormente descritas (reproducción no coital/asexual).[31]

Un profesor argentino cuestiona la inseminación artificial fuera del matrimonio, particularmente la de la mujer soltera. Escribe:

> El uso de la técnica de la inseminación artificial no puede transformarse en instrumento caprichoso para la fecundación en circunstancias en que la mujer que recibe el semen no se encuentra en las mejores posibilidades éticas de ser madre. La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico. Ni hablar del supuesto en que se seleccionarán "mujeres ideales" (por sus caracteres biológicos o raciales) para recibir el semen de "hombres ideales", como se dice ocurrió en las experiencias eugenésicas del nazismo.
>
> En tal sentido concordamos en que la procreación no es una pura **función biológica** que pueda ser objeto de consideración independiente de la **función institucional** que aquélla cumple socialmente...[32]

20. La presunción de que la mujer casada procrea de su marido —que el hijo, por haber sido concebido durante el matrimonio, se reputa engendrado por el marido de la madre—[33] acoge la recordada máxima romana, conocida a través de los textos de Paulo: **Pater is est quem lustae nuptiae demonstrat.** Esta presunción **iuris tantum** puede ser destruida mediante prueba en contrario. Así, "el concepto de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer, comprende e incluye la falta de fecundación, hoy científicamente demostrable, toda vez que no es el acceso carnal, y es la fecundación, el germen determinante de la paternidad en última consecuencia..."[34]

---

30. ROBERTSON, John A. *Embryos, Families and Procreative Liberty; The Legal Structure of the New Reproduction*, 59 Southern California Law Review 939, 958-960 (1986). (Traducción nuestra). Véase, Silva-Ruiz. *La maternidad subrogada o de alquiler*, supra, nota 1, p. 834-35.

31. ROBERTSON, *Ibid*, p. 962 y sigtes.; KERN, P. y RIDOLFI, K. M. *The fourteenth Amendment's Protection of a Woman's Rights to be a Single Parent Through Artificial Insemination by Donor*, 7 Women's Rights Law Reporter 251 (1982).

32. ZANONI, Eduardo. *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*, supra, nota 21, p. 54.

33. En Puerto Rico, artículo 113 del Código Civil, 31 LPRA 461, que reza:

> "Son hijos legítimos los nacidos después de ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución.
>
> "Contra esa legitimidad no se admitirá otra prueba que la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo."

34. *Moreno Álamo vs. Moreno Jiménez*, 112 DPR 376, 388 (1983).

La máxima se transmuta en **Pater is quem sanguis demonstrat.**[35] Así, en la eventualidad de una inseminación artificial heteróloga o con semen de donante (IAD), el propio hijo de "filiación enmarañada",[36] presuntamente hijo del esposo de la madre, podría impugnar su propia filiación.

21. La regla **mater semper certa est** —la maternidad siempre cierta es; comprobado el hecho de parto y la identidad del hijo, madre es quien pare—[37] tampoco está ajena a interrogantes hoy día, pues hay debate sobre su alcance, a propósito de la FIV y a la posibilidad de la madre sustituta o subrogada.

Se habla de "madre fisiológica", "madre genética", "madre portadora" y "madre legal" para distinguir los supuestos, en la maternidad subrogada, en los cuales: (1) la mujer que aporta el óvulo ("madre genética" o "fisiológica"), es también la que lleva la criatura en su vientre ("madre portadora") y la que lo pare ("madre jurídica o legal"), aunque el semen no sea de su marido, si fuese casada, como ocurrió en el caso de Baby M,[38] y (2) la mujer que aporta el óvulo no es la portadora de la criatura, sino otra, quien lo pare, considerada "madre jurídica o legal". Lo usual es que la misma mujer sea "madre genética", "madre portadora" y también "madre jurídica". Quizás será preferible decir "progenitora genética", reservando el concepto de "madre" para la mujer que pare/procrea, que es a la que el ordenamiento jurídico reconoce como tal.

En el caso de *Baby M,* la denominada madre subrogada, una vez procreó una criatura —para la cual aportó su óvulo, y llevó el feto a feliz término, pero el semen no era de su esposo— se negó entregarla al progenitor, también padre (jurídicamente hablando)[39] para que la esposa de éste la adoptara, renunciando aquélla a la maternidad que, tanto el contrato de maternidad subrogada como la legislación vigente en el estado de Nueva Jersey, le reconocían. Después de las correspondientes acciones judiciales, se le reconoció a la denominada subrogada, madre jurídica, su derecho filial, y, como tal, la maternidad de la criatura. Sin embargo, la custodia de la criatura se le adjudicó al padre biológico, también jurídico, y a la madre (subrogada) sólo derecho de visita.

22. Volviendo sobre el contrato de maternidad subrogada,[40] la legislación nacional deberá decidir su admisión o prohibición.

El CAHBI recomendó que la maternidad subrogada debería "prohibirse en principio; nulidad del contrato; prohibiéndose los interme-

---

35. Sobre las pruebas de sangre para la exclusión de la paternidad (HLA), como para su inclusión o determinación de la relación padre-hijo (DNA o ADN), véase mi ensayo (Pedro F. Silva-Ruiz), *Derecho Civil (de Familia) Constitucional Español y Puertorriqueño,* 50 Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico 41, 59-64 (1989).

36. Frase utilizada en *Robles López vs. Guévarez Santos,* 109 DPR 563 (1980), donde el propio hijo incoa la acción judicial impugnando su filiación.

37. Véase el artículo 125 del Código Civil, 31 LPRA 504, cuarto párrafo, que en su parte pertinente dice: "La madre estará obligada al reconocimiento del hijo... cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo."

38. *In the Matter of Baby M,* 537 A. 2d. 1227 (N. J. 1988) y 542 A. 2d 52 (N. J. Super, Ch. 1988); SILVA-RUIZ, Pedro F. y L. A., John de Passalacqua, *Derecho de Familia,* Tomo 2 del "Derecho de las Personas y de la Familia: Casos y Materiales", Equity Publishing Co./ Butterworth Legal Publishers, 1991, págs. 531-548, para una reproducción literal de las cláusulas contractuales en el caso de *Baby M.*

39. De conformidad con la ley de Nueva Jersey, se permite el "desconocimiento" de la paternidad de la criatura de mujer casada que es inseminada con semen de un hombre que no es su cónyuge. Así, cuando una mujer casada va a ser inseminada con material genético de un hombre que no es su esposo, consintiendo éste, y hasta advirtiendo de su abstención de relaciones maritales para evitar la confusión de la prole, se permite que el esposo "desconozca" la paternidad del hijo que procreará su esposa. Véase, N.J.S.A. 9; 17-44.

40. En otro lugar hemos escrito: "el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado, en España, denomina 'contrato de maternidad para otra (con prestación de óvulo y vientre) /a/ caso en que el hijo habrá de ser habido en las condiciones siguientes: fecundación artificial con semen del marido en mujer distinta de la esposa, previo convenio de los tres para que el hijo sea del matrimonio.' Lo distingue de lo que llama 'contrato de los servicios de incubación en útero ajeno', que describe como 'el convenio /por el cual/ se estipulan las condiciones por las que debe regirse la gestación en vientre ajeno a la dadera madre biológica.'" Véase, Pedro F. SILVA-RUIZ, *Maternidad Subrogada o de Alquiler, supra,* nota 1, p. 831.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

diarios y su publicidad propagandística, con la posibilidad, por excepción, oficialmente controlada, de permitirla, sin remuneración, y con el derecho de/la madre gestante de/quedarse con la criatura cuando nazca si así lo desea".[41]

España ha prohibido la maternidad subrogada. El artículo 10 (1) de la correspondiente ley,[42] reza: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero".

Pero, en Gran Bretaña legislación reciente tan sólo ha prohibido la propaganda comercial que promueva, con fines de lucro, la maternidad subrogada.[43]

23. Un último planteamiento: la inseminación **post mortem**, de mujer casada con el semen congelado de quien, en vida, fuera su cónyuge. Conocido es el caso *Parpalaix,*[44] en Francia, en el cual un tribunal resolvió que una viuda podía ser inseminada con el material genético de su esposo fallecido (conservado en un "banco de semen"), sin pronunciarse sobre las consecuencias legales de una inseminación exitosa.

A mi juicio, la inseminación **post mortem** con semen del marido no debe ser admitida por el ordenamiento, ya que "ontológicamente el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de ser. Podría afirmarse, entonces, que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no por su padre. Y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene padre."[45]

CUARTA PARTE: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

24. Las técnicas de reproducción humana asistida han de examinarse en su doble aspecto ético y jurídico. Algunos aspectos o supuestos de esas técnicas son éticamente objetables. Esos deben rechazarse y el ordenamiento jurídico debe prohibirlos.

25. Otros aspectos de las técnicas de reproducción humana asistida no son directamente temas de derecho de familia, pero repercuten sobre él.

26. Aunque el derecho civil vigente puede, por analogía, ofrecer solución a algunas de las cuestiones jurídicas que suscita la reproducción humana asistida, en algunas otras cuestiones no es aconsejable subsumir en la norma existente supuestos tan dispares y disímiles, pues la solución parece desacertada, cuando menos, no articulada, quizás injusta, en otras instancias.

27. Es recomendable legislar y en la legislación a aprobarse tratar con las varias facetas, áreas, y cuestiones que deben regularse, inclusive prohibirse.

---

41. CAHBI/INF. (87), 2, pág. 6. CAHBI-Ad Hoc Committee of Experts on Bioethics (Comité Ad Hoc de Expertos en Bioética).

42. Ley 35 del 22 de noviembre de 1988.

43. Surrogacy Arrangements Act. 1985.

44. *Parpalaix v. C.E.C.O.S.*, 1984, Gaz. Pal. 1-11.

45. ZANONI, obra citada, en Silva-Ruiz, *El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial In vivo e in vitro*, supra nota 1, p. 29.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO INTERAMERICANO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (CONVENIO DE PANAMÁ DE 1975)

DR. ULISES PITTI G.
Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convenio de Panamá), suscrita por doce países de América Latina, bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos (OEA); constituye un evento que denota un cambio radical en la política convencional mantenida en el continente desde la firma y ratificación del Código de Bustamante en 1928. Esto es, además, un acontecimiento de trascendental importancia en la Región, que permite ubicarnos de forma similar al nivel alcanzado por aquellos Estados que en Hispanoamérica y en Europa, han logrado ofrecer a través de la práctica arbitral, soluciones rápidas y económicas a los conflictos que se presentan en tráfico mercantil (interno e internacional); superando los escollos naturales a que están sujetos los juicios ordinarios, prolongados en el tiempo, con el consiguiente estancamiento de capitales, y cuya incidencia se deja sentir en el desarrollo comercial de los Estados.

La delimitación del ámbito de aplicación de los Convenios Internacionales como el de New York de 1958, o el de Panamá de 1975, podemos estudiarlo tomando como referencia cinco elementos básicos: *La naturaleza arbitral de la sentencia, la extranjería de la sentencia, límites ratione personae, límites ratione materiae, y la forma del acuerdo arbitral.*

1. LA NATURALEZA DE LA SENTENCIA

El Convenio de Panamá, a diferencia del de New York, además de aplicarse al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales en materia comercial (art. 5), también organiza el arbitraje. Así lo estatuye el artículo 3 que al respecto expresa: "A falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial".

Sin duda, la operación calificadora del órgano encargado de exequaturar la sentencia arbitral, en nuestro caso, la Sala IV, de la Corte Suprema de Justicia, para considerarla como tal, puede ocasionar inconvenientes si se mantienen criterios exclusivamente internistas. No obstante, el Convenio de Panamá no establece explícitamente, qué es lo que se entiende por sentencia arbitral, tal como lo preceptúa el Convenio de Nueva York en el artículo I,2

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que al respecto señala: "La expresión sentencia arbitral no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido".

Aunque, ciertamente, la Convención en Panamá, no nos proporcione dicha definición, la misma, a nuestro criterio, podemos inferirla del artículo 2, del aludido Convenio, en los siguientes términos: *Entendemos por sentencia arbitral el fallo dictado por un tercero o (terceros) nacionales o extranjeros nombrados por las partes, ya sea persona natural o jurídica.*

De otro lado, si confrontamos además el artículo I,2 de la Convención de New York que nos aproxima a una definición de lo que se entiende por sentencia arbitral con el artículo 2 de la Convención de Panamá, se observa que esta última introduce una variante muy importante, cual es, la de permitir que los árbitros sean o no nacionales.

Ello tiene importancia en aquellos supuestos en que la legislación interna exige que los árbitros sean nacionales, tal como pareciera desprenderse de la lectura del artículo 1432 del Nuevo Código Judicial de Panamá. Sin embargo, consideramos que si nos adentramos más allá de la superficie del artículo aludido, el mismo no apunta exclusivamente en esa dirección, ya que la referencia sólo podría guardar relación estricta cuando los árbitros designados deban tener la cualidad de letrados, es decir, profesionales del derecho, cuyo ejercicio está regulado por leyes especiales, las cuales, naturalmente, hay que acatar.

Sin embargo, cuando se trata de sentencias arbitrales de equidad pueden ser árbitros todas aquellas personas con capacidad para disponer de sus bienes por sí mismos, sin más.

Además de lo expuesto, y sin ánimos reiterativos, la función arbitral en la vertiente internacional no sólo se circunscribe a dirimir conflictos, ya que éstos puedan verse obligados a llenar vacíos o lagunas contractuales, particularmente en aquellos contratos que por su naturaleza se prolongan en el tiempo, tales como, la contratación en Panamá para la construcción de un canal a nivel, etc. Problemas de esta índole pueden dar lugar a contradicciones con la legislación interna del Estado receptor del exequátur si a los árbitros les está vedado suplir dichas lagunas.

Panamá no escapa de esos escollos a pesar de que para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, la nueva legislación judicial, adopta como régimen supletorio las mismas reglas consagradas en los Convenios neoyorkino y panameño. Decimos que no escapamos en nuestro país a esas dificultades, antes apuntadas, porque la legislación doméstica en materia arbitral tiene que adecuarse al régimen de los tratados que ya hemos ratificado, toda vez que las normas referentes al arbitraje interno consagrado en el Código Judicial ignoran el arbitraje internacional. El fenómeno se repite muy similarmente en todos los países de América Latina, ya que la fuente originaria lo fue España, cuya legislación obedecía a una concepción del arbitraje del siglo pasado, cuando la institución arbitral era de corte doméstico.

2. EXTRANJERÍA DE LA SENTENCIA

El Convenio de Panamá de 1975 no contiene cláusula de reserva, tal como lo estatuye el Convenio de Nueva York en el artículo I,3 que sobre el particular señala: "En el momento de firmar o ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención, al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la presente Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno".

El Convenio de Nueva York abre un marco de posibilidades para los Estados ratificantes, las cuales van desde reservarse el derecho a aplicar el Convenio para aquellas sentencias que provengan de otro Estado, también, parte del de dicho Convenio, e inclusive puede limitar además su ámbito de aplicación por razón de materia; o bien adoptar una posición abierta que permita amparar sentencias civiles, mercantiles que provengan de cualquier Estado, con independencia a su vinculación o no al Convenio. La Convención de Panamá sigue esta última orientación, con la excepción de que la misma sólo hace referencia a materia mercantil.

Lo anterior tiene soporte jurídico en los artículos 1, 5 y 9 del aludido Convenio de Panamá. El artículo 1, establece que: "Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil..."

Obsérvese, que el artículo establece la validez del Convenio arbitral en forma amplia, alcanzando las personas naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras que decidan someter a arbitraje cuestiones de índole mercantil.

En congruencia con el artículo 1, el artículo 5 referente a las causas de inejecución de las sentencias arbitrales, apreciables tanto de oficio como a instancias de parte, son de aplicación genérica, porque comprenden tanto las sentencias nacionales como extranjeras, ya sea que provengan de Estados ratificantes o no del Convenio. Y, nos da mayor fuerza a esta tesis el artículo 9 que faculta la ratificación del mismo, por cualquier Estado dentro o fuera del Continente. Obviamente, este tratado no tiene un carácter exclusivamente regional o geográfico como el europeo de 1961.

Por otra parte el Convenio de Panamá a diferencia del de New York versa sobre *arbitraje comercial internacional* exclusivamente, y de otro lado sigue textualmente las mismas normas referentes a la inejecución de las sentencias arbitrales consagradas en ambos en el artículo 5.

Si el Convenio de Panamá se propone regular el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales consideradas como internacionales, como su título pareciera indicar, nos encontramos frente a la desnacionalización de los laudos o sentencias arbitrales; cuya calificación ofrece cierta complejidad, si tratamos de determinar su internacionalidad tomando en cuenta los siguientes elementos: el objeto del litigio, la nacionalidad de los árbitros y las normas de procedimiento de la CIAC, estatuidas supletoriamente en el artículo 3 del Convenio.

Las tendencias y perspectivas del arbitraje han ido quebrando con las concepciones estrictamente geográficas para la determinación de la extranjería de los laudos o sentencias arbitrales, tal como es entendido por el Código de Bustamante y los Convenios ginebrinos de 1927.

Hoy, sin embargo, hay quienes trasladan mecánicamente las normas determinantes de la nacionalidad de las sentencias que emanan de los órganos estatales de la administración de justicia. Los laudos o sentencias arbitrales, quizás, por desconocimiento de que la nacionalidad de éstos no está determinada exclusivamente por el lugar que les sirve de soporte físico para dictarlos. En este sentido, el Convenio de Nueva York, en su artículo primero numeral 1, precisa que el Convenio se aplica al reconocimiento y ejecución no sólo de las sentencias que provengan de otro Estado distinto de aquél que se pide el exequátur sino también a las sentencias consideradas anacionales.

Conviene reiterar que las normas de procedimiento aplicadas a los arbitrajes pueden determinar su nacionalidad, e inclusive las de las sentencias judiciales. Así acontecía en nuestro país cuando en la Franja Canalera sometida a la jurisdicción de los Estados Unidos, existían Tribunales de ese país que aplicaban sus leyes. Las sentencias que amanaron de dichos Tribunales, fueron consideradas extranjeras por nuestra Corte Suprema de Justicia, al otorgárseles los respectivos exequátur. Eviden-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

temente, la nacionalidad de las mismas estaba determinada por las normas de procedimientos aplicadas y no por el lugar en que se dictaban. En los arbitrajes ello no ocurre por excepción sino que está patrocinado por el régimen convencional y las leyes internas, tal como sucede en nuestro país. (Véanse los artículos 1409 y ss. del Código Judicial). Por vía de ejemplo podemos sustentar que una sentencia arbitral dictada fuera de Panamá, aplicando normas de procedimiento estatuidas en nuestra legislación, está más vinculada a nuestro país que aquél donde se dicta, en consecuencia el trámite de exequátur debiera obviarse y proceder a su ejecución directa.

También, convenimos con aquéllos que, como en España, opinan que el criterio geográfico de localización del laudo o sentencia arbitral, sigue siendo de indiscutible importancia, aunque se abran paso otras alternativas, como las arriba expuestas, impulsadas por las instituciones arbitrales permanentes como la Cámara de Comercio Internacional, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, etc. Al respecto véase el artículo 16 de dicha Comisión.

3. LÍMITES RATIONE PERSONAE

El Convenio de Panamá, en forma similar al de Nueva York, no fija límites en su ámbito de aplicación por razón de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual ya se trate de personas naturales o jurídicas de conformidad con lo que estatuye el artículo 1 en su parte primera; pues, determina, que es válido el acuerdo de las partes (personas naturales o jurídicas) en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. Obviamente, ello hace que dicho Convenio no esté limitado, únicamente, en su ámbito de aplicación, a las sentencias dictadas con motivo de diferencias surgidas entre personas sometidas a la jurisdicción de una de las altas partes contratantes, tal como lo preceptúa el artículo 1, párrafo primero del Convenio de Ginebra de 1927.

Como se observa, el Convenio de Panamá no restringe su ámbito de aplicación a las sentencias, proferidas entre personas sometidas a la jurisdicción del tratado, de tal suerte que todo aquel país que ratifique dicho tratado, queda obligado a conceder el exequátur a cualquier sentencia arbitral, siempre que cumpla con los requisitos estatuidos en el artículo 5, apreciables tanto de oficio como a instancias de parte.

Para quienes defienden la tesis de la necesaria reciprocidad convencional, no cabe duda que constituye una ventaja para aquél que pacta un arbitraje y su país no sea ratificante del Convenio, si la sentencia que se pretendiese exequaturar allí, le fuere adversa. Pero, recuérdese, que la sentencia arbitral puede ser utilizada como excepción de cosa juzgada, en cuyo caso el aparente "beneficiado" por su reconocimiento, le está impedido hacer palanca con ella, en su defensa, si contra él se instaurase una nueva demanda, en su propio país, sobre la misma materia ya decidida. La ventaja, más que real, puede resultar sólo aparente.

4. LÍMITES RATIONE MATERIAE

El Convenio de Panamá fija sus *límites ratione materiae* dado que así lo estatuye en su título y en el artículo 1 cuando expresa, que se aplica exclusivamente, a las decisiones relativas a diferencias emanadas de asuntos comerciales. La calificación de la comerciabilidad del

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

objeto, obviamente corresponde al Estado receptor conforme al artículo 5 del mismo Convenio.

Sobre este aspecto, referente a la materia susceptible de arbitraje la Convención panameña difiere de la Convención neoyorkina, ya que como hemos visto, la misma puede aplicarse tanto a materia civil como mercantil. Ello resulta así, si el Estado ratificante no hace uso del derecho de reserva que prevé la propia Convención en el artículo I,3 cuando nos dice: "En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado, contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales considerados *comerciales* por su derecho interno". El subrayado es nuestro.

Por otra parte, téngase presente que para pactar un acuerdo arbitral el artículo 1 del Convenio de Panamá no presupone la existencia de un contrato. Similarmente aparece así estatuido en su homólogo en el artículo II,1. Estas analogías cobran mayor importancia para aquellos Estados que como Panamá, tuvo el cuidado de ratificar el Convenio de Nueva York sin hacer uso del derecho de reserva; lo cual amplía el horizonte arbitral, haciéndolo extensivo a cuestiones civiles provenientes o no de Estados ratificantes de dicho Convenio. Ahora bien, ¿cuáles serían las consecuencias si Panamá hubiese hecho uso al derecho de reserva estatuido en el Convenio de Nueva York en el artículo I,3? La respuesta es sencilla, sólo se aplicaría a materia mercantil, sin poder impedir que dichas sentencias pudieran exequaturarse aunque provengan de otro Estado no ratificante, toda vez que el Convenio de Panamá es un Convenio abierto, sin cláusula de reserva, y a su amparo, naturalmente pueden reconocerse y ejecutarse sentencias arbitrales extranjeras de naturaleza mercantil, sin que tenga importancia el país de procedencia de las mismas.

Lo expresado en el párrafo anterior podemos sintetizarlo así: Aquellos Estados que ratifican el Convenio de Panamá y Nueva York haciendo uso de la reserva que este prevé, por razón de reciprocidad y materia, para efectos prácticos, solamente alcanza las de índole civil.

5. LÍMITES RELATIVOS A LA FORMA DE ACUERDO ARBITRAL

Con el examen de los puntos anteriores que se refieren a los elementos que delimitan el espacio o ámbito de aplicación del Convenio de Panamá, referente a la naturaleza arbitral de la sentencia; extranjería de las mismas, personas y materia, nos avocamos al examen de la forma del acuerdo arbitral, como el último de dichos elementos.

El Convenio precisa en el artículo 1 que el acuerdo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex. En este sentido se ha adoptado una norma material uniforme, que exige que el acuerdo arbitral además de constar por escrito debe ser firmado por las partes, o bien mediante el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex.

Los Estados ratificantes, se obligan de acuerdo con el texto legal en estudio, a reconocer aquellos acuerdos arbitrales mediante los cuales las partes (personas naturales o jurídicas) se obligan a dirimir sus controversias comerciales presentes o futuras por árbitros. La Convención de Nueva York, que sirvió de base a la de Panamá, mantiene esta orientación en el artículo II,1.

Ambas convenciones adoptan una forma más liberal relativa al acuerdo arbitral que la legislación interna de algunos de nuestros países en Latinoamérica, que exigen que éste

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

conste además de escrito, en documentos públicos. Ello implica que ante un supuesto de divergencia entre el Convenio y la legislación doméstica, no le queda otra vía al juzgador que aplicar lo dispuesto en el Convenio, siempre y cuando no se refiera a sentencias arbitrales domésticas.

Por otra parte, la precisión y técnica empleada en la redacción del artículo 1 en cuanto a la forma del acuerdo arbitral, como elemento que nos ayuda a delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, hace pensar que no da lugar a dudas. Sin embargo, el tráfico mercantil como realidad práctica nos lleva a límites fronterizos donde pueden aflorar algunas interrogantes. Puede cuestionarse por ejemplo, si los Estados contratantes deben reconocerle validez a un acuerdo arbitral no firmado por las partes, cuando las mismas en un contrato de compra-venta, han estipulado la sujeción de este a las condiciones generales preparadas por una organización profesional, adscritas al contrato, sin estar firmadas por ellas, y en las mismas figura una cláusula arbitral.

Con fines ilustrativos, veamos otro supuesto que constituye prácticas cotidianas de los comerciantes. Se suele comprar y vender utilizando comunicaciones por télex o fax y en los mismos se hace referencia a los términos y condiciones anteriormente convenidos y en los cuales puede figurar o no cláusulas arbitrales. Nos atrevemos a afirmar que de mediar una cláusula arbitral, esta debe considerarse válida.

En nuestro país no existen precedentes que al respecto ofrezcan solución, pero por la naturaleza propia de nuestras relaciones comerciales, y la natural predisposición psicológica del juzgador, estimamos se inclinaría por una posición abierta, es decir, flexible al examinar los documentos que referentes al acuerdo arbitral hay que acompañar con la solicitud del exequátur. Exigencia que literalmente no la estatuye el Convenio de Panamá, tal como figura en el Convenio de Nueva York en el artículo IV.

Conviene precisar, también, que ambos Convenios no admiten una interpretación extensiva a formas verbales en la concertación de acuerdos arbitrales, aunque dentro de la forma escrita sí aceptan varias modalidades sin la exigencia de la necesaria autografía de los contratantes para todos los supuestos.

Finalmente, para concluir, debo indicar que el Convenio de Panamá ha sido poco estudiado y ello se justifica porque le sirvió de modelo el Convenio de Nueva York, el cual es ampliamente difundido; pero si no nos conformamos con un simple paralelo se trasparentan diferencias que no deben soslayarse, como en el presente trabajo queda acotado, a excepción de la solución a la colisión de tratados que tampoco prevé el Convenio de Panamá y la cual puede aflorar si el Estado ratificante concerta Convenios bi o multilaterales, verbigracia, para ejecución directa de las sentencias arbitrales. Esto constituye otro punto de vista a considerar en el análisis del ámbito de aplicación de los Convenios, cuya solución a mi juicio es la de aplicar el Convenio que más favorezca el cumplimiento de lo convenido por las partes.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN (EL CASO DE COSTA RICA)

LUIS FDO. SOLANO CARRERA
Magistrado Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Costa Rica.

A. EL ORIGEN DE LA CUESTIÓN

Con alguna frecuencia escuchamos en nuestro medio que la Constitución Política debe ser aplicada directa e inmediatamente por los órganos públicos y los sujetos privados. Por lo general, el tema se trae a comentario en tratándose de las actuaciones de los jueces que, se agrega, por virtud del juramento constitucional que rinden al asumir el cargo, prometen observar y defender la Constitución y las leyes, de modo que son los principales obligados a respetar y aplicar ambos tipos de normativa, cada cual en su lugar, es decir, guardando la jerarquía de cada cual, la Constitución y las leyes.[1]

No se ha escrito específicamente en ese sentido, pero como se escucha en algunos foros y se atribuye a esa concepción del tema una reforma legal que más adelante comentaremos, creemos conveniente y útil introducir unos comentarios al respecto, porque cualquiera de las dos conclusiones, ya la que confirma, ya la que niega ese poder en manos de todos los jueces, tiene consecuencias importantes.

El planteamiento del tema, de toda suerte, implica demasiadas cosas, algunas compatibles y otras totalmente contradictorias. Pretendemos en este corto análisis esquematizar el problema en relación con los jueces, para finalmente formular algunas conclusiones para la situación de Costa Rica, que pasa por el análisis del sistema de control de constitucionalidad —concentrado o difuso— que hayamos tenido en el pasado, o tengamos en la actualidad.

B. LA SITUACIÓN ANTES DE SETIEMBRE DE 1989

Primeramente deseamos advertir que cuando hablamos de sistemas de justicia constitucional, concentrado y difuso, nos referimos a la forma en que la normativa correspondien-

1. De conformidad con el artículo 194 de la Constitución Política, todo funcionario debe prestar juramento de "observar y defender" esa normativa. En general, sobre este tema se cita incluso el artículo constitucional 18, según el cual "Los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes..." que, por nuestra parte, creemos no da para sostener la argumentación en los términos que luego expondremos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

te dispone la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma o acto sujeto al derecho público (recurso de inconstitucionalidad o acción de inconstitucionalidad). Pero, no excluiremos del todo una referencia a procesos como el hábeas corpus y el amparo, porque también forman parte de la competencia de la justicia constitucional (al menos en la concepción que de ésta se tiene en nuestros países latinoamericanos) y se han llegado a constituir en un componente de gran importancia.

Sabemos que la primera persigue lograr una depuración del ordenamiento jurídico (el denominado verdadero *"control de constitucionalidad"*), eliminando de aquél la norma ilegítima (ex-tunc o ex-nunc, según sea la preferencia local), mientras que el segundo tipo de procesos, lo que se persigue es directamente la protección de los derechos fundamentales de personas o grupos de personas, en forma concreta (se dice que con efectos intraproceso, aunque no se puede desconocer la naturaleza irradiadora de la jurisprudencia constitucional, sea cual sea el proceso en que se dicte.

1. Hasta 1989 Costa Rica tuvo un sistema de control concentrado de constitucionalidad.

Con la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código de Procedimientos Civiles que se promulgaron en 1938, el recurso de inconstitucionalidad formalmente se constituyó en la vía para anular una norma jurídica por contraria a la Constitución Política. Antes de esa fecha, el control de constitucionalidad se venía ejerciendo por la jurisdicción ordinaria, desde que así se desprendía de la antigua Ley Orgánica de Tribunales, de 1888.[2]

Ya en 1949, fue la nueva Constitución la que expresamente vino a establecer un sistema concentrado de constitucionalidad para el control de las "disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo", mientras que se dejaba la previsión de que "La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo". Pero esto último no se concretó, sino con la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1966. Por eso es que el sistema concentrado se atenuó para que "inconstitucionalidades menores", desde 1966 fueran de conocimiento de los tribunales contencioso administrativos, normalmente reservados para verificar la "legalidad" (mera legalidad) de la actuación administrativa. De conformidad con el ordenamiento jurídico, a 1989, pues, la inconstitucionalidad (según la nomenclatura usada "recurso de inconstitucionalidad") era de conocimiento de dos tribunales:

a.i. si la norma impugnada era una ley (formal de la Asamblea Legislativa) o un decreto (norma general del Poder Ejecutivo), la inconstitucionalidad la declaraba el tribunal de Corte Plena;

a.ii. si lo impugnado eran disposiciones de carácter general de la Administración del Estado, Municipalidades, Instituciones Autónomas y demás Entidades Públicas, y cualquier otro acto de la Administración Pública, no comprendido en el aparte anterior, la competencia para resolver correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa.
(Así lo disponía el artículo 10 de la Constitución Política en relación con el artículo 20.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

b. No está de más que indiquemos cómo se regulaba lo relativo al amparo y al hábeas corpus, que siendo procesos constitucionales, nos permiten identificar una anterior actitud del ordenamiento en estas materias.

---

2. En aquella época y sistema, se dio el caso interesante de que en 1911, el Presidente de la República, Ricardo Jiménez Oreamuno, declaró que dos leyes eran inconstitucionales, por infringir los poderes de la presidencia y se negó a aplicarlas. Esta incidencia histórica la reseña BARKER (Robert S.) en *"Taking Constitucionalismo Seriously: Costa Rica's Sala Cuarta"*, en Florida Journal of International Law, Summer 1991, Vol. VI, Nº 3, p. 358.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El amparo, proceso para declarar la ilegitimidad de un acto subjetivo de autoridad, por ser violatorio de los derechos fundamentales de una persona, también podía radicar en dos tipos de tribunales:

b.i. si el acto impugnado emanaba del Presidente de la República, Ministros de Gobierno, Gobernadores de Provincia, Comandantes de Plaza o del Director de la Guardia Civil, el recurso era de conocimiento de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia;

b.ii. si el acto impugnado emanaba de cualquier otra autoridad, la competencia la tenía el Juez Penal de la jurisdicción en que se perpetrara la acción u omisión.
(Así lo establecía la Ley de Amparo Nº 1161 de 2 de junio de 1950).

c. El hábeas corpus.
Este —mal llamado— recurso, como proceso destinado a obtener la declaratoria de ilegitimidad de una restricción o privación de la libertad (tanto como su amenaza), era de conocimiento exclusivo de la Corte Suprema de Justicia. Y se disponía que fuera de conocimiento del más alto Tribunal de la República, tomando en consideración el derecho amenazado, o lesionado. Resulta extraño que, tal y como vimos en el acápite precedente, cuando el amparo se dirigía contra los altos funcionarios, que indicamos, una Sala de la Corte tenía la competencia para conocerlo, mas en tratándose del hábeas corpus no se pensó en la Sala Penal para resolver algunos casos, por la materia a discutirse, sino que se otorgó la competencia a la Corte en pleno, valga decir, la reunión de todos los Magistrados de las Salas de la Corte. Señalamos, entonces, que no había coherencia en el tratamiento jurídico de ambos recursos, pues ciertamente la Constitución Política no establece dos tipos de derechos, unos de primera y otros de segunda categoría.

Es evidente, entonces, que aun prescindiendo de esa regulación del hábeas corpus y el amparo, hasta 1989 Costa Rica contaba con un sistema concentrado de justicia constitucional, ya que lo que en el anterior sistema se llamaba *"recurso de inconstitucionalidad"* (hoy acción de inconstitucionalidad, era jurisdicción constitucional atribuida fundamentalmente a la Corte Suprema de Justicia, con el matiz que a continuación incluiremos.

C. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1989 Y LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Con base en lo que hemos afirmado supra, la verdad es que el sistema de control de constitucionalidad, vigente hasta 1989, si bien concentrado, también podría denominarse como "concentrado atenuado", especialmente a partir de la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que otorgó una competencia en ello también a la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, esa competencia era de alguna forma de "menor cuantía", ligeramente diferente a la que tradicionalmente la doctrina entiende por ella, ya que casi siempre la referencia a la declaratoria de inconstitucionalidad tiene relación directa con la de la ley. O, en otras palabras, esa competencia otorgada a la jurisdicción contencioso administrativa, como tenía relación con disposiciones (no siempre normativas) menores, no podía tener la fuerza para desvirtuar el carácter de control concentrado de constitucionalidad. En la práctica, de toda suerte, funcionó con mucha limitación, casi inadvertidamente, (a) ya por el número de decisiones tomadas, ya (b) por la escasa significación jurídica de las disposiciones impugnadas en esta vía.

Por la inconformidad con la forma en que venía operando el sistema, en ese año de 1989 culmina un largo proceso de gestación, y discu-

sión, por el cual se transforma el sistema de justicia constitucional, para fundar lo que podríamos denominar una jurisdicción constitucional especializada, concentrada y reforzada.

Decimos **especializada,** término que utiliza el nuevo artículo 10 de la Constitución Política, para referirnos al órgano al que se le atribuye esa competencia, la Sala Constitucional, que aunque pertenece a la Corte Suprema de Justicia, decide con independencia absoluta en todos los procesos constitucionales. Es especializada, en tanto que únicamente va a actuar como jurisdicción constitucional, en contraposición al sistema anterior, en que los tribunales —diferentes, según vimos—, ejercían la jurisdicción constitucional a tiempo parcial, esto es, en forma compartida con la jurisdicción común. Se llegó a entender, dentro de la crítica al sistema, que esta duplicidad de facetas, le hacía mucho mal a la jurisdicción constitucional en particular, porque era frecuente que se utilizaran en ella criterios de legalidad cuando los Magistrados de la Casación tenían que resolver recursos de hábeas corpus, amparo e inconstitucionalidad, con el agravante de que esos criterios se irradiaban hacia otros tribunales, de menor jerarquía, también a cargo de determinados procesos constitucionales.

Cuando se habla de jurisdicción especializada, no necesariamente indicamos que sus integrantes deben ser especialistas, a la manera de una exigencia profesional o curricular, pues sería difícil entender que el órgano a cargo de estas materias debe estar compuesto por académicos o expertos en Derecho Constitucional. Más bien se piensa en que haya una competencia especializada, o más propiamente, que los Magistrados se especialicen en el conocimiento exclusivo de los asuntos constitucionales, para evitar la situación anterior, repetimos, de jueces constitucionales y del fuero común, en forma paralela o simultánea. Por supuesto, una competencia especializada, al cabo del tiempo va forjando una especializada forma de interpretación, de la lectura y manejo del texto constitucional, de sus principios y de sus valores.

La que rige a partir de 1989 es una jurisdicción concentrada, porque aunque dijimos que hasta esa fecha la competencia era de diversa entidad en razón de la característica de los actos sometidos a control, la verdad es que como "distribuida" o "compartida", podía producir criterios encontrados, contradicciones y entonces la unidad de la interpretación constitucional se podía perder, por lo que se estimó preferible reunir todo pronunciamiento de constitucionalidad (control de constitucionalidad propiamente dicho y los otros específicamente de protección de derechos humanos) en un solo Tribunal.

En 1989, entonces, se optó por un solo tribunal que, con independencia funcional, conociera de los asuntos constitucionales, de un modo absolutamente concentrado, en el que no importara qué tipo de normativa se impugnara ante él, utilizara los mismos criterios.

Y finalmente calificamos a la actual jurisdicción constitucional como jurisdicción reforzada. Esto, en un doble sentido, porque, además de las tradicionales competencias que el ordenamiento le señaló de siempre, a saber:

a) la inconstitucionalidad de normas en el control de constitucionalidad;
b) el hábeas corpus para proteger la libertad ambulatoria;
c) el amparo en la protección de los demás derechos fundamentales;

en el nuevo esquema se ampliaron esas competencias, por ejemplo, al llamado control preventivo de constitucionalidad, por el que la Sala Constitucional conoce:

ch) consultas formuladas por la Asamblea Legislativa acerca de proyectos de ley, en unos casos *preceptivamente* (cuando se trata de la aprobación de reformas constitucionales, tratados o convenios internacionales o de la reforma a la ley de la jurisdicción constitucional misma) y otras, denominadas *facultativas*, por las que un determinado número de congresistas, voluntariamente, formulan la consulta.

Se innova también al otorgársele competencia en materia de:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

d) consulta judicial, porque el juez ordinario con duda acerca de la constitucionalidad de una norma que deba aplicar en un asunto sub júdice, formula consulta a la Sala, y en el caso de que resulte positiva, tendría las características anulatorias y por tanto retroactivas, tal cual si fuera una inconstitucionalidad común.

El rango de competencia de la actual jurisdicción constitucional actual es de tal magnitud, que la acción de inconstitucionalidad (antiguo recurso de inconstitucionalidad) no solamente procede cuando se alega en un proceso judicial en curso —la comúnmente denominada vía incidental—, sino que también se tiene legitimación para hacerlo cuando se invoca en un procedimiento administrativo en curso de agotamiento de la vía administrativa, siempre que la acción sea un medio razonable para amparar el derecho que se considera lesionado.

El proceso previo puede ser hoy, asimismo, el amparo o el hábeas corpus planteado ante la propia Sala Constitucional, camino muy utilizado en la actualidad, como la vía más sencilla, informal y barata, de acceder a la inconstitucionalidad. Pero también se puede plantear la acción en vía directa, o como otros lo denominan, en abstracto, para distinguirla de aquélla primeramente señalada en que hay un proceso de base en el que se aplicaría una eventual declaratoria de inconstitucionalidad.

También la calificamos como jurisdicción reforzada, porque a raíz de la reforma de 1989, además, la jurisdicción constitucional conoce y resuelve hoy,

e) los conflictos de competencia entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones (que en Costa Rica tiene rango de Poder), o entre cualesquiera de ellos y la Contraloría General de la República (que es un órgano constitucional), así como los conflictos de competencia o atribuciones constitucionales, entre cualesquiera de los Poderes u órganos ya dichos y las entidades descentralizadas, municipalidades u otras entidades de Derecho Público. Eso, a veces se comenta jocosa o admiradamente, pues se trataría, incluso, de que una Sala de la Corte Suprema de Justicia, es decir, una parte suya, pueda resolver conflictos entre la Corte y cualesquiera de los otros Poderes.

Ampliada, también, porque en protección de los derechos fundamentales se ha avanzado al crearse

f) el recurso de amparo contra sujetos de derecho privado, adicionándose al tradicional amparo contra actos de autoridad. Y en cuanto al hábeas corpus, este ya no solamente protege la libertad de tránsito o ambulatoria, como era la tradición de nuestro país, sino que su ámbito de acción se extiende a la protección de la dignidad y la integridad personales, en la práctica de un impacto extraordinario, así como que también queda protegida la libertad de ingresar y salir del país, materia desprotegida antiguamente y que hoy obliga a las autoridades administrativas a razonar cualquier tipo de restricciones en este sentido.

Finalmente, dentro de este apartado del reforzamiento a la jurisdicción constitucional, debemos señalar que se otorga una especial consideración a sus actuaciones: el artículo 11 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se dispone que *"no habrá recurso contra las sentencias, autos o providencias de la jurisdicción constitucional"*, mientras que el 13 lo hace así: *"la jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma"*.

Y un aspecto que refleja exactamente cómo el objetivo de la reforma de 1989 fue crear una renovada y reforzada jurisdicción constitucional, lo tenemos en que tanto la Constitución Política (artículos 10 y 48), como la Ley de la Jurisdicción Constitucional consagran la vigencia y protección efectiva, no solamente de los derechos que en la primera expresamente se contienen, sino que también ese mismo tratamiento se extiende a los Dere-

chos Humanos recogidos en instrumentos internacionales vigentes en Costa Rica, lo que significa que el rango de competencia (ratio materiae) de la jurisdicción constitucional, hoy cubre no solamente lo que llamábamos tradicionalmente derechos constitucionales, sino también los derechos humanos a que se refieren los instrumentos internacionales (tratados, convenios, declaraciones) suscritos por Costa Rica y debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa.

El artículo 48 de la Constitución Política lo establece así:

> "Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10."

Por su parte, el artículo 1º de la citada Ley de la Jurisdicción Constitucional dice:

> "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."

Otro reforzamiento, en fin lo encontramos en la forma de nombramiento de los Magistrados de la Sala Constitucional, que a diferencia de sus colegas en otras Salas de la Corte, se designan por votación no menor a dos terceras partes del total de diputados a la Asamblea Legislativa, lo que exige prácticamente nombramientos por consenso, mientras que en el caso de los demás Magistrados de la Corte, apenas se requiere una votación de simple mayoría, sin que por ahora debamos detenernos a analizar lo que esto significa en la práctica, pero que, unido a las otras notas previamente señaladas, nos da una impresión global del carácter calificado que se ha imprimido a la nueva jurisdicción constitucional en Costa Rica, lo cual debe tomarse muy en cuenta.

CH. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Asumimos como elemento apriorístico, el carácter normativo y más allá de ello, normativo calificado, como norma jurídica de cúspide, que ostenta la Constitución Política. Sería ocioso insistir sobre un punto que agotó más que satisfactoriamente el Prof. García de Enterría desde su monografía *"La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional"*, y sobre el cual la doctrina constitucionalista se ha extendido en forma muy puntual.[3]

Por otra parte, también debemos asumir un concepto de jurisdicción constitucional y la entendemos como el conjunto de órganos y procedimientos que el ordenamiento jurídico de un Estado establece, con el propósito de garantizar la supremacía de la Constitución y la vi-

3. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), *"La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional"*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

gencia plena de los derechos fundamentales de las personas. En esto seguimos el criterio utilizado por el maestro Cappelletti, según la referencia del Prof. Rubén Hernández.[4]

Aceptamos que el principio de supremacía constitucional es un prius del ordenamiento, aunque sea frecuente encontrar una norma que lo consagra. No es extraño, además, que se vaya más allá y se considere como innecesaria su existencia.[5] Así lo afirma Ignacio de Otto:

> "En definitiva, si la Constitución es norma, y además suprema, ello se debe a que suponemos que lo es; no a que su existencia y condición venga puesta por otra norma positiva, sino presupuesta por una norma lógica".

Y más adelante, refiriéndose al artículo 9.1 de la Constitución Española, agrega este extraordinario y prematuramente desaparecido autor:

> "Por qué esta norma puede prescribir tal cosa (que la Constitución es norma suprema) es pregunta sin respuesta en el propio derecho positivo".[6]

Tal vez, y terciando un tanto en este rubro, pueda agregarse que la supremacía de la Constitución no deriva de la existencia de una norma que textualmente la consagre, sino de la existencia de toda una gama de disposiciones que lleven, en la práctica, a entender que se da u ofrece a la sociedad, esa supremacía. Desde este enfoque, nos parece muy ilustradora la posición de Bidart Campos, cuando dice:

> "En sentido lato, toleramos visualizar y comprender a las garantías constitucionales, entendidas globalmente en toda su gama, como la cobertura coactiva o coercible de los derechos constitucionalmente declarados. Son garantías la propia seguridad que implica la escritura formal de la propia Constitución, su supremacía, su rigidez, la división de poderes, el control de constitucionalidad, las vías procesales comunes (incluyendo las recursivas, y entre éstas, las que consisten en recursos de inconstitucionalidad), las vías procesales sumarias y sumarísimas, y entre todas, el hábeas corpus y el amparo, con cualquier denominación que sea propia de cada ordenamiento jurídico. En ese plexo, la posibilidad de coacción y coerción luce claramente en las vías de acceso a la jurisdicción con todos sus matices, y especialmente en las de hábeas corpus y de amparo".[7]

Todo lo anterior incide directamente en nuestro tema, en tanto que, para encontrarle un sentido práctico (de eficacia) al principio que comentamos, nos corresponde definir en quién debe estar depositada, o mejor expresado quién debe ejercer al custodia de la Constitución y su fuerza normativa suprema.

Para definir a quién le corresponde garantizar la supremacía de la Constitución, y por

---

4. HERNÁNDEZ VALLE (Rubén), "*La Tutela de los Derechos Fundamentales*", Editorial Juriscentro, San José, 1990, p. 15.

5. Cabe citar los siguientes artículos constitucionales:
   "*10. Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público...*"
   "11. los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes..."
   "18. Los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes..."

6. DE OTTO (Ignacio), "*Lecciones de Derecho Constitucional*", Oviedo, 1980, cit., por J. BASTIDA (Francisco) et al., "*Derecho Constitucional*", Tomo I, Editorial Ariel, Barcelona, 1992, p. 142. No debe sorprender una posición como la anterior, y más bien debemos acostumbrarnos a asumir otras categorías constitucionales. Así, por ejemplo, sostienen MURPHY Y TANENHAUS, en "*Derecho Constitucional Comparado*": "La naturaleza 'preconstitucional' de estos requerimientos fue reconocida por el Tribunal Constitucional Federal en su primera decisión. Y, en 1951 (caso South West) el Tribunal dijo que "hay principios que son tan fundamentales que también atan a los escritores de la Constitución". Sugiere la Corte la existencia de un orden, de una jerarquía de valores constitucionales... y dada tal jerarquía, es perfectamente posible que una provisión constitucional específica o una enmienda constitucional, aun sin oponerse a un apropiado procedimiento podría ser "inconstitucional", desde que el legislador puede inadvertidamente promulgar normas o protecciones de valor menos fundamental que entren en conflicto con aquellas que son más fundamentales..." Cit. por FINN (John E.), "*Constitutions in Crisis*", Oxford University Press, New York, 1991, p. 190.

7. BIDART CAMPOS (Germán), "Teoría General de los Derechos Humanos", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 345.

afortunada añadidura, de los derechos fundamentales, en un país, debemos pues, mirar cómo se diseña y organiza el sistema de justicia constitucional. Del sistema podremos extraer criterio para entender si hay jurisdicción concentrada o difusa, si es uno o varios los órganos encargados, en particulares circunstancias, de la custodia de la Constitución Política y de vigilar por la vigencia de los derechos humanos.

En el caso de Costa Rica, el sistema elegido a partir de 1989, es de jurisdicción concentrada en grado máximo, por lo que adquiere especial relevancia la cuestión que inicialmente planteábamos: ¿es la norma jurídica que llamamos Constitución Política, de aplicación inmediata y directa por parte ya no solamente de la Sala Constitucional —principal órgano de la justicia constitucional—[8], sino de los demás jueces del orden común, y todavía más allá, de cualquier funcionario público?

1. Un primer criterio (afirmativo).

Un primer criterio, sería afirmativo en forma pura y simple. Esto se concluye fácil —y tal vez engañosamente— de la consideración de norma jurídica suprema, y como tal, imperativa, que atribuimos a la Constitución. Esta "norma de normas" es autoaplicativa y por ello no requiere la intermediación de ninguna otra norma (en condiciones normales y salvo, por ejemplo, cuando nos referimos a sus normas programáticas), para que sus contenidos y disposiciones cobren vida en la praxis política y social. No hay excusa, pues, para, con el pretexto de afirmar que la Constitución está en la cúspide, la coloquemos tan alto que al cabo no llegue a impregnar nada en particular o quede apenas como un adorno del sistema, a modo de un placebo sociopolítico.

Pedro Cruz Villalón, en una larga y profunda entrevista a quien fuera Magistrado del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el Prof. Konrad Hesse, nos informa así de esta advertencia sobre la que debemos reparar en el tema de nuestro interés:

> "En efecto, para Konrad Hesse, la Constitución no es simplemente un reflejo de la realidad social en el sentido que F. Sallae le daba al concepto, sino que la Constitución se caracteriza de manera muy principal por su pretensión normativa, es decir, por su voluntad de incidir en la realidad sobre la que tiene que operar, expresando un deber ser.
>
> Ahora bien, esta pretensión normativa no es separable de sus condiciones de realización, sino más bien al contrario. Una pretensión normativa que resulta irrealizable en la práctica, no es en realidad nada.
>
> La Constitución, por lo tanto, en cuanto norma jurídica, es inseparable de su proceso práctico de realización, de lo que Konrad Hesse define como "concretización".
>
> Ello supone, como fácilmente puede comprenderse, que la interpretación de la Constitución se convierte en una cuestión clave, si no en la cuestión clave del Derecho Constitucional..."[9]

Desde este punto de vista, la Constitución obliga a todos los jueces, a todos los funcionarios públicos y a todos los habitantes de la República, cuyos actos deberán ajustarse a los parámetros que aquélla establece. En tratándose de funcionarios, obviamente, eso es así, sea cual sea la competencia que el cargo les atribuye. Da igual que sea un juez, un Ministro de Gobierno, un jefe de cualquier departamento de la administración pública o un sencillo poli-

---

8. Esto lo decimos, porque en las acciones de inconstitucionalidad, en las que debe informar acerca de las pretensiones de la demanda, la Sala Constitucional le ha asignado a la Procuraduría General de la República de carácter de "órgano imparcial asesor" y no su condición, generalmente reivindicada en los procesos jurisdiccionales en que interviene, de representante del Estado. Aquí, la Procuraduría coadyuva con la Sala en la defensa de la Constitución, como un defensor objetivo.

9. CRUZ VILLALÓN (Pedro), *"Entrevista a Konrad Hesse"*, Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario, Nº 3, Universidad de Murcia, 1991, p. 235 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cía civil.[10] En sus cotidianas actuaciones, al momento de decidir sobre cualquier materia, deberá observar aquellos parámetros o criterios de aplicación e interpretación. Esas decisiones deberán, pues ser *"razonables"*, *"proporcionadas"*, *"motivadas"*, *"dictadas con competencia para ello"*, *"respetando el debido proceso"*, en fin, *"legítimas"*.

Pero, he aquí que algunos se permiten agregar a la anterior consideración este obligado corolario: si todo funcionario público, al ser investido jura respetar la Constitución y las leyes, al ejercer el cargo, se entiende que debe hacerlo ubicando a cada cual en su sitio, de conformidad con la jerarquía normativa que el sistema les otorga. De modo tal, cuando al realizar una actuación o tomar una decisión, se encuentra enfrentamiento entre la norma fundante de su acto y la Constitución, el funcionario no tiene forma de optar y debe preferir ésta a aquélla.

A raíz de lo anterior, encontramos ineludible introducir una matización.

Aceptamos sin reparos la primera parte del planteamiento y creemos que es un razonamiento lógico-jurídico que se impone en la realidad, a veces directamente, porque el funcionario se adapta a él, como parte del ejercicio responsable de su competencia. Aquí estamos en presencia de un "amoldamiento" natural del funcionario a la normativa superior. Pero también de un "amoldamiento" obligado y directo, por la vía del hábeas corpus o del amparo constitucional, en una especie, de "*revisión de constitucionalidad*" a cargo de la Sala Constitucional, cuando el funcionario ha actuado ilegítimamente, *"por acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz"*, o cuando ha dictado "actos arbitrarios, actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas", para citar los supuestos que la Ley de la Jurisdicción Constitucional incluye en el artículo 29. Entendemos, pues, ese deber de "adecuación" de la conducta del funcionario a la Constitución, en estos términos:

> "La vinculación debe ser entendida como un deber jurídico de respeto y de observancia de los derechos fundamentales, como un deber jurídico de remoción de los obstáculos que existan para su plena efectividad y como un deber de proporcionar al titular del derecho el contenido constitucional de ese derecho. La inobservancia de esta regla o de este deber comporta indiscutiblemente ilicitud y determina la nulidad del acto jurídico de los poderes públicos que así se produzca y las demás consecuencias que el ordenamiento jurídico pueda establecer. La vinculación, he dicho, es eficacia directa: Constitución directamente versus poderes públicos, salvo, naturalmente, en los casos en que exista un desarrollo legal de tales derechos fundamentales, que no queda, obviamente, excluido, supuesto en el cual, como es perfectamente claro, tendría que ser previo el juicio de constitucionalidad de la ley que haya desarrollado los derechos fundamentales..."[11]

---

10. No desconocemos, de toda forma, tal como reseña PÉREZ ROYO (Javier) en *"Los Derechos Individuales en la Constitución Española: La doctrina del Tribunal Constitucional"*, Fundación El Monte, Sevilla, 1993, p. 13, que el Poder Judicial (el juez) es el **"guardián natural de los derechos fundamentales"**, tanto si existe un Tribunal Constitucional, como si no, pues la única diferencia sería que en el primer caso esa tarea se compartiría con éste y en el segundo sería en condición de monopolio. Así lo ha sentado el propio Tribunal Constitucional Español, según refiere el autor. Nosotros hemos sostenido que como sería romántico considerar al juez como un fiel sirviente de los derechos fundamentales, y así lo enseña el ejercicio cotidiano del derecho, se han ideado mecanismos procesales de reparación, como son el hábeas corpus y el amparo, motivo por el que no admitimos (y consideramos ilegítimas a todas luces) las limitaciones que la legislación secundaria ha venido a imprimir al derecho constitucional. En igual sentido, TOMÁS Y VALIENTE (Francisco), *"El Tribunal Constitucional Español como Órgano Constitucional del Estado: Competencias, Riesgos y Experiencias"*, Revista del Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Nos. 23-24, San José, s/f., p. 47 y s. De tono más pesimista, mediante un enfoque a la realidad de los jueces latinoamericanos, debe leerse y releerse de ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *"Entrenamiento Judicial en Derechos Humanos"*, ponencia presentada al Seminario sobre Capacitación de Jueces, ILANUD, San José, 1987. Por último, remitimos a nuestro trabajo *"La Jurisdicción Constitucional: Incidencia en otras Jurisdicciones"*, pendiente de publicación en este mismo medio, que de alguna manera llama la atención a cómo, la jurisdicción constitucional (a base de una consideración legal calificada a su producción), ha ido educando a los jueces en el trato y manejo de derechos fundamentales, entendida esta tarea como algo cotidiano y no como excepcional.

11. DÍEZ-PICAZO (Luis), *"La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales"*, Universidad Complutense de Madrid, Editorial Civitas, 1991, p. 290.

Pero por aplicación, en esta primera aserción, no entendemos la mera reproducción de criterios preestablecidos principalmente por la jurisdicción constitucional. Evidentemente le reconocemos a toda autoridad pública, particularmente a todo juez, una capacidad para desarrollar y expander en sus contenidos materiales, los derechos fundamentales de las personas, como también dando una "interpretación conforme" con aquellos derechos fundamentales a cualquier norma.

Es interesante comentar aquí el papel que tiene el juez ordinario en tratándose de violaciones a derechos fundamentales en las relaciones de particulares. Reseñamos como un reforzamiento de la actual jurisdicción constitucional, la competencia que se le otorga en tratándose del recurso del amparo contra sujetos de derecho privado (artículo 57) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

Esta norma dice textualmente:

> "El recurso de amparo también se concederá contra las acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas o se encuentren, de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales a que se refiere el artículo 2º inciso a) de esta Ley.
>
> La resolución que rechace el recurso deberá indicar el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado..."

Es obvio, entonces, que la vía del amparo constitucional se otorga para reclamar lesiones a derechos fundamentales causados por un particular, en cualquiera de estos dos casos:

a) cuando éste actúe o deba actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas;
b) cuando se encuentre, de derecho o de hecho, en situación de poder frente al afecto.

Pero, además, y esto condiciona las dos situaciones anteriores, se concede el recurso siempre y cuando —conditio sine qua non— "los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos" para la tutela de los derechos que se consideran lesionados.

Con base en esta normativa, la Sala Constitucional ha conocido y declarado con lugar muchísimos recursos de amparo. A modo de ejemplo, cuando ante la mora en el pago de la escolaridad, un centro educativo privado niega al padre de un menor estudiante, el resultado de las calificaciones (estado del resultado anual del estudiante), con lo cual no solamente no le admiten matricularlo en el mismo centro, sino que tampoco puede acreditar ante otro —y con ello matricularlo— la condición académica de su hijo. Se ha dicho por la Sala aquí, que hay una lesión ilegítima al derecho de educación, garantizado por la Constitución Política (artículos 76 y ss.) así como por la Declaración Universal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros instrumentos.

Sin embargo, ¿qué pasa con las situaciones no previstas en las hipótesis del artículo 57 de la Ley que regula la jurisdicción constitucional, en que el asunto no cabe plantearlo ante la Sala Constitucional, o si planteado, la Sala Constitucional, o si planteado, la Sala lo rechaza? En cualquiera de esos casos, será el juez ordinario quien se encargue de la tutela de esos derechos fundamentales lesionados, y en al última situación, finaliza la citada norma, "deberá indicarse el procedimiento idóneo para tutelar el derecho lesionado", que obviamente radicará ante el juez ordinario, reconocido por la ley, como el que debe tener la garantía de los derechos fundamentales en juego. No lo va a hacer en un trámite privilegiado, como es el del amparo, pero sí en un proceso establecido por la ley, que no obstante una mayor amplitud y formalidad, también conducirá al establecimiento de la verdad y a reparar, en su caso, la lesión a los derechos fundamentales que se acusan. Aquí, evidentemente, el juez ordinario adquiere un carácter de juez constitucional, por delegación de la propia Ley de la Jurisdicción Constitucional, si bien mediante la utilización de procedimientos normales y no en el calificado —sumario, con mínimo de contradictorio, e irrecurrible— del amparo. El "amparo", de toda suerte, lo recibirá el perjudicado, ya sea de la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sala Constitucional en las circunstancias especiales ya explicadas, o del juez ordinario, en todas las demás. Este dispositivo ha prestado ya, nos parece, incontables beneficios para las personas, si bien apenas se utiliza de modo incipiente.

Deberíamos tener claro, por supuesto, que en los caso en que no compete a la jurisdicción constitucional conocer de la violación a derechos fundamentales, causada por un sujeto de derecho privado, la Sala no emite opinión alguna acerca de si hay violación o no. Simplemente constata que no se está en alguno de los casos que señala la Ley como propios y remite, con indicación de dónde radicar el asunto, si es que el interesado deseara acudir a otra vía, descartada la ad hoc del amparo constitucional.

Será en esa otra vía, sugerida por la misma jurisdicción constitucional, donde se decida si hubo infracción o no.

2. Un segundo criterio (negativo).

Por ello, un segundo criterio es negativo.

Pero lo es únicamente en tanto implique extrapolar el papel que le corresponde al juez (sólo excluimos al juez constitucional, obviamente) dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En este segundo enfoque (fase segunda del problema), sostenemos que no puede un juez, y menos otro funcionario público, aplicar la Constitución de modo directo y por esa vía desaplicar una norma aunque la estime violatoria de la Constitución Política. En la situación particular de Costa Rica, habría que agregar que solamente la Sala Constitucional puede actuar así, dado que lo tiene dentro de sus competencias y que para que cualquier otro funcionario lo pudiera hacer, en acatamiento del principio de legalidad, sería necesaria norma expresa e inequívoca en ese sentido.

Ya lo expresamos. En cualquier sistema jurídico, el de supremacía de la Constitución debemos tenerlo como el principio fundamental. De él derivan todos los derechos, incluido uno que apriorísticamente tenemos como el de más valía y es el derecho de petición y por ahí el de acceso a la jurisdicción, o como con más estilo se denomina en España, el derecho a la tutela judicial efectiva. Esto es así, porque sin poder acudir ya no solamente ante juez, sino ante cualquier autoridad pública en procura de satisfacción a una vejación o violación de que hayamos sido objeto en nuestra persona o bienes, y sin que, además, aquélla esté obligada a emplear todos los medios —eficaces o de imperium— a su alcance para lograrlo, todo lo que encontremos en el ordenamiento jurídico, partiendo de las declaraciones constitucionales, queda reducido a mera ciencia ficción.

Por eso, llegados a la pregunta de quién es el custodio del principio de supremacía de la Constitución, no podemos menos que indicar que la misma se nos anticipa esencial. Y llegados a este crucial punto, en nuestra opinión, debemos atenernos al esquema que ha diseñado el ordenamiento para ello, pues no sería dable construir una teoría general, a manera de una carta de intenciones, por la cual, a base de nuestra íntima convicción, lleguemos a concluir en la necesidad de que cada funcionario aplique directamente la Constitución y, por ahí, desaplique cualesquiera normas o actos que la contraríen, si en el sistema tal cosa no es posible.

D. EL CASO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

De modo que, como va a adquirir cada día más relevancia en nuestro medio, ante el surgimiento de una nueva jurisdicción constitucional, nos interesa sobremanera dar nuestro aporte mediante unas consideraciones sobre el tema de la aplicación directa de la Constitución. Nuestra pretensión es orientar una opinión que nos sirva hacia futuro, sin que creamos, por lo demás, que esto cierre la discusión, puesto que más bien estimo que debe generarla y así acla-

rar aspecto tan fundamental de la vivencia de un régimen (Estado) constitucional de derecho.

Obviamente que recordamos con asombro y admiración cómo, allá en 1803, se produjo la sentencia del Juez Marshall (Marbury vs. Madison), que origina toda la revolución del control (normativo) de constitucionalidad. Su elaboración, típicamente representativa del valor de la jurisprudencia, la obtuvo de la aplicación de un principio implícito en el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de América.[12] De ahí que, no obstante que el pronunciamiento lo hizo un juez de la Corte Suprema de Justicia, en aquel país se tiene que cualquier juez puede desaplicar la ley, sin perjuicio de que la unidad del sistema esté reservada a la jurisprudencia o "stare decisis" que la Corte Suprema establezca, en un ejercicio de selectividad que conocemos como "writ of certiorari", todo dentro de un desarrollo fundamentalmente jurisprudencial, dadas las características del "common law". El Juez Marshall razonó de la siguiente manera:

> "Así, pues, si los Tribunales deben respetar la Constitución y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario del poder legislativo, la Constitución y no las normas legislativas, debe regular un caso en litigio en el que estas dos normas podrían ser aplicables.
>
> En consecuencia, quienes discuten el principio de que la Constitución debe ser considerada por los Tribunales como la ley suprema, se ven obligados a mantener que los Tribunales deben cerrar sus ojos a lo que la Constitución establece y atender solo al derecho establecido por el poder legislativo. Esta doctrina subvertiría los mismos fundamentos de todas las constituciones escritas. Con ello se declararía que una norma legislativa que de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro gobierno es enteramente nula, es, sin embargo, en la práctica plenamente obligatoria... Así se daría al poder legislativo una omnipotencia práctica y real apoyándose en el mismo precepto que restringe sus poderes dentro de estrechos límites. Vale tanto como establecer unos límites y declarar que estos límites pueden ser traspasados a voluntad..."[13]

Si tan noble fue el origen de la revisión de las leyes a través del control de constitucionalidad (judicial review), podría intentarse una solución igual para cualquier país o para el nuestro en particular? No puede entrar a discutirse precisamente el núcleo de la argumentación del Juez Marshall, que adquiere a través del tiempo mayor profundidad y frescura a la vez, sino únicamente la consecuencia que se ha derivado para que cualquier juez tenga esa posibilidad. Creemos que nuestra idiosincrasia jurídica, sin embargo, difiere notablemente, pues por una parte, hay una precisa y meticulosa reglamentación de la jurisdicción constitucional, en base a la cual determinamos quién, cuándo, cómo, por qué y con qué efectos, puede pronunciarse en esta materia. En este sistema, regulado como dijimos, por el principio de legalidad, nos atenemos al artículo 11 Constitucional que dice:

> "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad **y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede.** Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública." (El énfasis es del autor).

Como se ve, la Constitución misma es clarísima en cuanto al comportamiento de los funcionarios públicos, que si no es con norma expresa (constitucional u ordinaria, en su caso),

---

12. BURGER (Warren E.), como Presidente de la Comisión para el Bicentenario de la Constitución de los Estados Unidos de América, señala, sin embargo: "Aunque el significado de Marbury fue que declaró inconstitucional una ley del Congreso y así estableció el papel de la Corte Suprema en relación con las ramas políticas del gobierno federal, el principio de la judicial reviewen sí mismo, no era nuevo. Por ejemplo, en 1795, en Van Horne's Lessee vs. Dorrance, el Juez Paterson explicó que en la experiencia Americana, "(La) Constitución es el sol del sistema político, alrededor del cual todos los cuerpos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, deben girar. Cualquiera que sea el caso de otros países, aun así no puede existir duda de que cualquier acto de la legislatura, contrario a la Constitución, es absolutamente nulo". En *"The Supreme Court of The United States, Its Beginnings and its Justices, 1790-1991"*,1992, p. 18.

13. Traducción de SÁNCHEZ AGESTA (Luis), en *"Documentos Constitucionales y Textos Políticos"*, Editora Nacional, Madrid, 1975, p. 320.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

no pueden realizar ningún tipo de acto, por más que razones de conveniencia así lo aconsejen. Todavía más claro en este caso, en que no se trata de una omisión normativa, que permitiera el ejercicio de una competencia implícita, sino que existe norma en contrario, otorgando tal competencia de modo exclusivo y excluyente a un órgano específico.

El artículo 10 de la Constitución, establece:

> "Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público ... No serán impugnables ...
>
> Le corresponderá además ..." (El subrayado no es del texto).

Por supuesto, como sucede siempre en la ciencia social, esta tesis no es pacífica.

Algunos fundan opinión diferente en lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 8º.

> "Artículo 8º. No podrán los funcionarios que administran justicia:
>
> "1) Aplicar leyes, decretos, acuerdos o resoluciones gubernativas que sean contrarios a la Constitución, cuando la inconstitucionalidad haya sido declarada por los Tribunales correspondientes, de acuerdo con lo que dispone el Código de Procedimientos Civiles, de una manera especial o en casos iguales al que estuviere para ser resuelto..."

Con base en ello el Magistrado Constitucional, Dr. Luis Paulino Mora, ha argumentado:

> "Corrientemente se ha estimado que en dicha norma se dispone únicamente la no aplicación de las normas declaradas inconstitucionales por el Tribunal al que corresponde conocer de esta materia, e interpretándolo a contrario sensu, se concluye en la aplicación exigida de la norma, aunque el operador del derecho pueda estimar que tiene roces constitucionales, por no haber sido reconocida su inconstitucionalidad expresamente por el Tribunal correspondiente..."

Y luego se agrega en esa misma cita:

> "La tesis de la Sala se fundamenta en lo dispuesto en los artículos 11 y 194 de la Constitución Política y en el propio artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya transcrito. Pues si en éste no se establece prohibición alguna para que se aplique directamente la Constitución por las autoridades públicas, y en tal razón acuerden la desaplicación de las normas que estiman contrarias al marco constitucional y en los señalados artículos 11 y 194 de la Constitución se dispone expresamente la obligación de observar y cumplir con los términos de la Carta Magna, ello no puede lograrse cuando se aplican normas que se estiman contrarias al marco de la Constitución. *Si ello es así, todos los jueces de la República deben aplicar directamente la Constitución, razón por la que están en la obligación de desaplicar otras normas generales y los actos sujetos al Derecho Público que estimen contrarios al marco constitucional, aunque sea competencia exclusiva de la Sala Constitucional el reconocer la inconstitucionalidad de esas normas y actos...*"[14]

Nosotros sostenemos una divergencia con el anterior criterio, que sin duda proviene de algo anterior y por encima de la simple lectura que se da al artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Para nosotros, la citada norma claramente prohíbe a los funcionarios que administran justicia **aplicar leyes, decretos, acuerdos o resoluciones gubernativas que sean contrarios a la Constitución, "CUANDO LA INCONSTITUCIONALIDAD HAYA SIDO DECLARADA POR LOS TRIBUNALES CORRESPONDIENTES".** Y se habla de *"tribunales correspondientes"*, dado que el artículo sobrevive al sistema anterior en que unos pronunciamientos de inconstitucionalidad correspondían a la Corte Suprema de Justicia en pleno y otros a los tribunales contencioso administrativos. Entonces, cuando una inconstitucionalidad había sido declarada en la sede apropiada, el juez no podía aplicar la norma en cuestión, pues la resolución judicial aquélla significaba

14. MORA (Luis Paulino), "La Jurisdicción Constitucional Costarricense", en *"La Justicia Constitucional: una Promesa de la Democracia"*, cit. prev., p. 215 y sig.

que la norma había quedado anulada y eliminada del ordenamiento, no obstante lo cual, algún juez desubicado, por no haber leído el Boletín Judicial (Boletín Oficial), o por discrepar de la opinión del Tribunal Constitucional, podría seguir en la idea de su vigencia. Eso explica, por qué se regula de tal modo, condicionada, la prohibición de comentario.

Históricamente, además, podemos confirmar que tal es la única explicación al artículo de comentario. En efecto, el artículo 8º de la antigua Ley Orgánica de Tribunales (1887), disponía:

> "No podrán los funcionarios del orden judicial:
> "1º. Aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos que sean contrarios a la Constitución."

Esta norma rigió hasta 1938, en que la fórmula varió, para que el párrafo quedara como ya fue comentado, de que la prohibición de aplicación se da cuando la inconstitucionalidad ha sido declarada por el tribunal correspondiente, hoy Sala Constitucional, en el sistema concentrado con que contamos.[15]

Pero tengamos en cuenta, además, que a la fecha, tal esquema se daba por mero desarrollo legal, ya que la Constitución Política no se ocupaba de la materia.

Por eso, no compartimos para nuestro país, en la actualidad, la tesis de un "sistema mixto de control constitucional, en donde sistema concentrado y difuso pueden funcionar en forma paralela", en los términos que lo expresa el Dr. Luis Paulino Mora.[16]

Nos parece más razonable lo que afirma al respecto, el Magistrado Constitucional español D. Luis López Guerra, quien sostiene:

> "Cuando un juez, en el curso de un proceso, se encuentra ante la posibilidad de que la norma con rango de ley a aplicar sea inconstitucional, caben, en el marco de la teoría, dos posibilidades: que remita la cuestión a un Tribunal Constitucional que resuelva la inconstitucionalidad, con efectos generales (cuestión de inconstitucionalidad) o bien, que el mismo juez decida sobre la constitucionalidad de la norma (control difuso). Evidentemente, parece que ambas vías se excluyen mutuamente: no tiene sentido que un juez plantee al órgano superior una cuestión que puede resolver él mismo. No es por ello extraño que los países que han introducido un sistema de control concentrado en vía incidental no prevean la posibilidad de que el juez ordinario pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley. Ello se refleja en la normativa de Panamá y Costa Rica, en las que el control de normas es concentrado."[17]

Compartimos totalmente esa opinión, no obstante alguna observación adicional que dejamos para luego. En efecto, nuestra Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su artículo 102 establece una legitimación para que el juez común consulte a la Sala Constitucional, así:

> *"Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento..."* (El énfasis no corresponde al texto original).

Por su parte, el artículo 104 exige que al consultar, el juez dicte una resolución en el proceso de base en que indique con toda precisión las normas, conductas o actos cuestionados y *"los motivos de duda del tribunal sobre su validez o interpretación constitucionales"*. La ley va más allá: obliga a que el juez emplace a las partes para que comparezcan ante la Sala Constitucional (pueden coadyuvar en la consulta o hasta convertirla en una verdadera acción de inconstitucionalidad en su favor, según au-

---

15. Para un esbozo de la historia de la justicia constitucional en Costa Rica, ver "Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, Exposición de Motivos, Proyectos de Ley", en *"Revista Parlamentaria"*, Nº 1, San José, 1966, p. 144 y ss.

16. MORA (Luis Paulino), op. cit., p. 214.17. LÓPEZ GUERRA (Luis), "Protección de Derechos fundamentales por la jurisdicción Constitucional en Centroamérica y Panamá". Op. cit., p. 55.

17. LÓPEZ GUERRA (Luis), "Protección de Derechos fundamentales por la jurisdicción Constitucional en Centroamérica y Panamá". Op. cit., p. 55.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

toriza la ley) y a que suspenda el dictado de la sentencia.

Para el caso de que se declare inconstitucional la norma consultada, la decisión *"tendrá los mismos efectos y se publicará de igual manera que la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad"* (art. 107), con lo cual queda claro que el primer vinculado sería el juez consultante, que debe sujetar la decisión de su caso a lo resuelto por la Sala Constitucional.

El numeral 102 de la Ley, en vez de legitimar al juez para consultar, pudo haber dispuesto que no aplicara la norma que consideraba inconstitucional y, que de existir inconformidad de la parte afectada con la decisión, se elevara en consulta a la Sala, o algo parecido a lo que existe en Guatemala conforme a la Ley de Amparo. Exhibición Personal y de Constitucionalidad.[18] O, también, disponer directamente, como ley especial, la autorización pura y simple de que los jueces desapliquen normas inconstitucionales, como sería en un sistema claramente difuso, aunque esto colisionaría con la Constitución misma.[19]

No puede dejar de considerarse entonces, de modo paralelo, que hay ley especial —la de la Jurisdicción Constitucional—, que debería otorgar esa competencia de modo claro y no fundar nuestra percepción en la lectura de un artículo de una ley, que es, desde nuestro análisis, general.

Adicionalmente, tenemos enormes reparos sobre la constitucionalidad misma de que una ley —que dijimos no es la especial de la jurisdicción constitucional—, venga a contradecir el esquema de control concentrado que contempla nuestro sistema.

En ese sentido, nos confirma todavía más nuestra tesis, la también autorizada opinión que para nuestro medio constituye el Prof. Eduardo Ortiz, cuando indica la imposibilidad de que cualquier juez declare inaplicable una norma por violación de la constitucional. Lo expone así:

> "Misión del Juez, para fallar, es identificar la norma aplicable, lo que implica identificar la inaplicable, sobre todo si una es tal por violación de la otra, en razón de ser ésta superior. De este modo, puede decirse que todo Juez tiene el deber constitucional de desaplicar las normas inconstitucionales de cualquier tipo y de aplicar la Constitución en su lugar, salvo que ésta se lo prohíba, para permitírselo a otro juez especializado en la declaración de inconstitucionalidad de las normas en general. En la medida en que la Constitución introduzca limitaciones y reducciones contra tal potestad de desaplicación, atribuyéndola o concentrándola en otro órgano o Juez... el juez quedará total o parcialmente inhibido para hacerlo; pero podrá hacerlo, como es lógico, si no existen tales cortapisas normativas. Que es justamente lo que ocurre con la jurisdicción de constitucionalidad sobre actos estrictamente privados o, en general, sobre cualesquiera tipos de actos lesivos de la Constitución, respecto de los cuales ésta haya omitido una atribución orgánica de la competencia correspondiente: *en tales hipótesis el control de constitucionalidad se vuelve "difuso" y radicado en cada Juez, quien lo ejerce dentro del proceso con los recursos normales que en el mismo existan para impugnar sus errores, con alcance limitado al caso, por desaplicación —no anulación— del acto o norma inconstitucionales, nulos de pleno derecho. Todo lo cual conlleva la consecuencia capital de que el control de constitucionalidad es siempre posible salvo que la Constitución lo prohíba (sin que la ley ordinaria pueda sustituirla para tal tipo de disposición excepcional. POR TRATARSE DE MATERIA, COMO LA*

---

18. LÓPEZ GUERRA (Luis), op. cit. p. 58, quien analiza el artículo 120 de aquélla, cuando dispone que "la persona a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de una ley puede plantearlo ante el tribunal que corresponda según la materia, el que, en ese caso, **"asume el carácter de Tribunal Constitucional"**. Como se ve, en Guatemala no hubo reparo en reconocer expresamente una competencia especial —y con todas las palabras— a la jurisdicción ordinaria, situación muy diferente a la que comentamos de nuestro país, no obstante que en ambos casos hay un tribunal constitucional. Claro está, para garantizar la unidad jurisprudencial, de lo resuelto en la vía común se puede apelar para ante la Corte de Constitucionalidad, que es, precisamente, lo que pudimos hacer en Costa Rica si realmente se desea un sistema difuso o mixto.

19. En igual se pronuncia quien más ha escrito sobre temas de Derecho Constitucional en Costa Rica, el Prof. Rubén Hernández: *"La doctrina dominante sostiene que el hecho de existir un control sobre la constitucionalidad de las leyes que podemos denominara concentrado, como es también el caso de Costa Rica, implica una prohibición implícita para que los jueces comunes puedan desaplicar normas inconstitucionales..."* "La Tutela de los Derechos Fundamentales", Editorial Juricentro, San José, 1990, p. 163.

CONSTITUCIONAL QUE ESCAPA A SU RANGO Y A SU ÁMBITO DE REGULACIÓN)...".[20]
(El subrayado, el énfasis y las mayúsculas son obra del autor).

1. Prospección Legislativa.

En días recientes ha sido aprobada por la Asamblea Legislativa una reforma general a la Ley Orgánica del Poder Judicial (Nº 7333, de 5 de mayo de 1993 y cuya vigencia se fijó para el 1º de enero de 1994) en la que se contiene un aparente nuevo tratamiento del tema. En el nuevo artículo 8º se dice:

> "Los funcionarios que administran justicia no podrán:
> 1. Aplicar leyes u otras normas o actos de cualquier naturaleza que sean contrarios a la Constitución Política.
> Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, deberán hacer la consulta correspondiente a la jurisdicción constitucional.
> Tampoco podrán interpretarlos o aplicarlos de manera contraria a los precedentes o jurisprudencia de la Sala Constitucional." (Aquí también, el subrayado y el énfasis no son del texto).

Con esta modificación, alguien ha afirmado, le es mandado a los jueces desaplicar normas o actos contrarios a la Constitución. Y también se agrega que (en adelante) no se requiere que previamente haya declaratoria en ese sentido por parte de la jurisdicción constitucional. Aceptamos que nos encontramos con un texto novedoso en su primera parte, pero no puede soslayarse que a continuación mantiene (con la apariencia de un deber) que el juez con duda acerca de la constitucionalidad de una norma que deba aplicar en un caso concreto, ejerza la consulta correspondiente a la Sala Constitucional. Será ésta, entonces, la que, como lo manda la Constitución Política, en ejercicio de la competencia que se le reserva, declare formalmente si hay o no inconstitucionalidad.

Por tal motivo insistimos en que mientras la Sala no pronuncie esa declaratoria, que se convierte en una verdadera prejudicialidad para el caso en que se origina la consulta, no es posible entender que cualquier juez la haga. Porque, si reparamos en lo que se desprende de la norma comentada, a la par de

(a) no pueden los jueces aplicar normas inconstitucionales,

debe entenderse que se agrega: **y por eso mismo,**

(b) si tuvieran duda de su constitucionalidad, deberán hacer la consulta a la Sala Constitucional.

O lo que es igual, la norma (su compleja composición normativa) lo que está diciéndole al juez es que cuando decide con base en una determinada norma, es porque la entiende como constitucional, pero si al momento de dictar sentencia duda —fundadamente hay que agregar— de la legitimidad de la norma, entonces, y esto nos parece clave, **no le dice que declare una inconstitucionalidad ad hoc, o que desaplique al caso concreto esa norma, mediante un razonamiento apropiado, sino que lo que le indica es que debe consultar a la jurisdicción constitucional —léase Sala**

---

20. *"Legalidad y Constitucionalidad en la Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios)"*, San José, 1990, p. 70 y sig. El autor hace la advertencia en la presentación del libro, de que estando en prensa, se dio la transformación de la justicia constitucional en 1989. Tal circunstancia, habría que agregar, en nada desmerece el punto comentado, sino que posiblemente lo fortalezca, si el profesor Ortiz hizo sus afirmaciones en un sistema que ya nos atrevimos a calificar como concentrado atenuado (supra p. 4), mientras que hoy el sistema es concentrado en grado máximo, como igualmente lo reseñamos. También es oportuno transcribir la cita que se hace de otra opinión del Profesor Ortiz Ortiz, esta vez formulada cuando compareció ante la Comisión Legislativa que estudiaba el proyecto de Ley de la Jurisdicción Constitucional: "...el Juez es el único obligado a identificar la norma aplicable al caso que conoce y el único con potestad para aplicarla a este caso. Si está sujeto a la Constitución y a la Ley, en ese orden, resulta absolutamente imperativo que pueda desaplicar la Ley cuando viola la Constitución y, naturalmente, que no puede aplicarla si la viola. Este imperativo se hace imposible si el juez no tiene la posibilidad de levantar la cuestión de constitucionalidad ante la Sala Constitucional, cuando tenga la certeza o la sospecha fundada y razonable (de) que la ley aplicable al caso es inconstitucional. Un ordenamiento que no le otorgue esta potestad comete un pecado de lesa Constitución..." Vid. SANCHO (Eduardo), *"La Consulta en la Jurisdicción Constitucional"*, Cuadernos de Jurisprudencia, Iustitia, Nº 6, 1990, p. 16.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Constitucional—, para que ésta, en ejercicio de su competencia, sea la que resuelva el punto en cuestión. Y también es clave que la consulta judicial a la Sala no es una mera especulación del juez, pues, como se reseñó, la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que el juez "formulará mediante resolución en la que se indicarán las normas, actos, conductas u omisiones cuestionados y los motivos de duda del tribunal sobre su validez o interpretación constitucional" (artículo 104).

Lo novedoso de la nueva norma, entonces, queda reducido a que en caso de duda sobre la constitucionalidad de la norma a aplicar, el juez estará en el deber de consultar y no como sucede actualmente, en que la consulta es facultativa.[21] Pero tampoco podemos ignorar que ese "deber" lo es sólo en apariencia, porque nadie puede obligar al juez —que goza de absoluta independencia funcional— a tener duda sobre la constitucionalidad de ninguna norma.

Sobre ese aspecto no hay jurisprudencia nacional, pero en España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha sentado la tesis de que no es amparable la decisión de un juez de no consultar acerca de la constitucionalidad de una norma, no obstante que una de la partes en el proceso insista en ello.[22] Esto nos parece especialmente correcto para nuestro medio, en el que un generoso sistema de justicia concede a las personas doble legitimación para plantear la acción de inconstitucionalidad: de un lado, con el sistema tradicionalmente aceptado en nuestro ordenamiento, de plantearla dentro de un determinado proceso en el que se le vaya a aplicar la norma supuestamente inconstitucional (la constitucionalidad en "vía incidental" o "concreta"); y , de otro, sin proceso base ("vía abstracta"), instaurado por la reforma de 1989, *"cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto". (Artículo 75 párrafo 2º, Ley de la Jurisdicción Constitucional).*[23]

Por manera que, a la luz de un sistema generoso de justicia constitucional, que recoge fórmulas de diversos sistemas de justicia constitucional, la tesis que venimos sosteniendo no lleva a limitar, ni mucho menos, la legitimación de quienes deben obtener protección constitucional, sino a ofrecer un enfoque adecuado al contexto de nuestro ordenamiento. Esto lo decimos porque, como podría argumentarse

---

21. En estos momentos el único tribunal que debe consultar **preceptivamente** a la Sala Constitucional, es la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, cuando conozca de un "recurso de revisión" fundado en que la condenatoria previa fue pronunciada con violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o defensa. La Sala consultada, en estos casos, se limita a definir el contenido, condiciones y alcances de tales principios o derechos, sin calificar las circunstancias del caso concreto que motiva la revisión (artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional en relación con el 490 inciso 6) del Código de Procedimientos Penales).

22. Lo expresa de la siguiente forma RUBIO LLORENTE (Francisco): *"Yo he sido celoso defensor de la práctica seguida por el Tribunal (Constitucional Español) en el sentido de afirmar que la negativa del juez a plantear una cuestión de inconstitucionalidad, en ningún caso, puede fundamentar un recurso de amparo; ahora también, con la experiencia acumulada, creo que esta doctrina debe ser revisada profundamente, y que para eso también nos sirve el artículo 24..."* Vid. "Los Procesos Constitucionales", Cuadernos y Debates, Nº 41, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 139. En nuestro criterio, este enfoque abre una posibilidad de aplicación para la reforma del artículo 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no podemos menos que analizar seriamente, aunque lo reservemos para otra oportunidad o para otros interesados en el tema, porque tiene que ver con la posibilidad (diríase necesidad) de que las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales puedan ser amparables ante la jurisdicción constitucional, lo cual hasta el momento no ha sido posible, particularmente por la propia decisión de la Sala Constitucional, que ha entendido constitucional el artículo 30 inciso b) de la ley que rige su jurisdicción, que lo prohíbe, no obstante que la Constitución Política no se hace cuestión del asunto, otorgando el amparo para la protección de cualquier amenaza o violación misma a un derecho fundamental, sin distinguir la naturaleza del infractor (autoridad pública o sujeto de derecho privado, o autoridad jurisdiccional o administrativa).

23. La evolución en esta materia hace que, por ejemplo, el "sistema europeo", originalmente diseñado para que el control de constitucionalidad lo utilizaran determinados órganos públicos, hoy haya derivado (aunque a través de la "cuestión" que plantea un juez ordinario), en lo que ya alguno ha llamado **"control concreto de normas"**. Vid. FERNÁNDEZ SEGADO (Francisco), "La Jurisdicción Constitucional en España", Madrid, 1984, p. 94 y ss. Ciertamente, pues, hoy podemos hablar (especialmente en la región latinoamericana), de sistemas mixtos, si es que tuviéramos que compararlos con aquéllos originarios (y puros), sea, continental europeo y el de Estados Unidos de América. Vid. sobre este tema, HOYOS (Arturo), "El Control Judicial y el Bloque de Constitucionalidad en Panamá", Corte Suprema de Justicia, Serie Conferencias, Nº 5, Panamá, 1991, p. 10 y ss.

que nuestra interpretación angosta la protección de las personas, la verdad es que ya de por sí están suficientemente protegidas, al menos de 1989 a esta fecha.

El argumento contra el que aquí razonamos, se intensifica hoy afirmando que la última modificación a la Ley Orgánica del Poder Judicial implica un cambio en el sistema de justicia constitucional, que se torna así de concentrado en difuso. Pero este argumento ya se venía esgrimiendo aun con el texto anterior, con lo que se nota una cierta obsesión por esa forma de enfocar los hechos y, como toda obsesión, propensa a perder la dimensión de la realidad.

Como dijimos, la nueva norma no es lo suficientemente clara en atribuir una competencia amplia a los jueces disponiendo que pueden desaplicar una norma (o acto sometido al derecho público) cuando, ya en su texto, ya en su aplicación o por la forma en que ha sido interpretada, sea contraria a la Constitución. Además, la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien da un paso en el sentido de que los jueces deberán utilizar más el mecanismo de la consulta de constitucionalidad ante la Sala, no llega —ni podría llegar por sí sola— a establecer una modificación sustancial al sistema concentrado de justicia constitucional, que deriva de normas constitucionales y legales muy específicas, y que, separándose en ciertos aspectos de suyo importantes, evidentemente está inspirado en el sistema europeo y no en el estadounidense, este último el paradigma del sistema difuso.

Nos parece muy importante, aunque resulte ocioso decirlo, que los jueces consulten más frecuentemente a la Sala Constitucional, ya que ese ejercicio los obligará a *"razonar constitucionalmente"*, valga decir, a plantear *"razonadamente"* las dudas que generalmente se le atribuyen a diversas normas en ese sentido. Así, los jueces se convertirían en agentes muy determinantes de la depuración del ordenamiento y en activos colaboradores de la justicia constitucional, lo que de por sí nos parece muy estimulante dentro del proceso de legitimación en que se involucra la jurisdicción constitucional y especialmente la nuestra.

Por ese motivo, la reforma nos parece que podrá modificar ciertas actitudes de indolencia que en este campo se observan, pues no podemos ocultar que en estos tres años los jueces del orden común han pasado casi por alto el mecanismo de la consulta. Basta para ello analizar unas cuantas estadísticas:

> de 10.917 asuntos que la Sala Constitucional ha recibido entre 1989 y lo que llevamos de 1993, apenas 147 corresponden a consultas judiciales, lo que da un 1,35% del volumen total de sus casos. Y para tener una más clara idea de a cuánto equivalen las citadas 147 consultas de constitucionalidad que los jueces han formulado en estos casi cuatro años, comparadas con un volumen total de 281.148 casos que han manejado todos los tribunales del país solamente en 1991, nos da un porcentaje insignificante de casos en los que se consulta. [24]

Por supuesto, no queremos ni podemos afirmar que en todos los procesos ante la jurisdicción común se da la posibilidad de aplicar normas inconstitucionales y que por ello el número de consultas a la Sala Constitucional debe ser igual o similar al de casos conocidos por la jurisdicción ordinaria. Pero es público y notorio que el juez costarricense no se ha atrevido siquiera a consultar, y esto lo atribuimos nosotros un tanto intuitivamente, a que tal vez la cultura jurídica del país aún sea *"legalista"* y no *"constitucionalista"* o lo que es igual, a que aún los jueces están imbuidos de una cultura en la que las palabras de la ley sin mucha reflexión tienden a ser aceptadas, al margen o con prescindencia de si se adecuan o no a los parámetros constitucionales. Esta ausencia de la consulta judicial en el universo de procesos constitucionales, se debe tal vez también, por qué no, a que la ley obliga al juez consultante a dejar constancia en su expediente, de las

24. En lo que se refiere a la Sala Constitucional, la estadística ha sido elaborada por el señor Francisco Blanco, de la oficina del autor, con base en los registros que al efecto lleva esa Sala. En lo que a la generalidad de los Tribunales, vid. "Anuario de Estadísticas Judiciales 1991", Sección de Estadística, Departamento de Planificación del Poder Judicial, San José, 1991, p. 320.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

razones jurídicas que lo llevan a dudar de la constitucionalidad de la norma, y eso le puede causar cierta aprehensión desde que sus argumentos van a ser examinados por los jueces constitucionales (que en el ámbito administrativo son sus superiores jerarcas). Esto nos da margen para un reflexión que, si somos realistas, no podemos despreciar: si a los jueces se les dificulta ofrecer las *"razones"* de duda que la Ley de la Jurisdicción exige para la consulta a la Sala, ¿cómo esperar que desapliquen directamente normas inconstitucionales, cuando este ejercicio sí requiere un verdadero rigor de razonamiento?[25]

Y finalmente, aunque pensamos que es un avance el que el juez deba consultar cuando tenga duda acerca de la constitucionalidad de la norma que va a aplicar en un caso en particular, ese solo hecho no llega a modificar, sino que confirma, el esquema que la propia Constitución Política establece de una justicia constitucional que ya hemos calificado de concentrada en grado máximo y reforzada, con más funciones de las que normalmente otros países le han llegado a atribuir, al punto de que algunos, entre jocosa e irónicamente, hablan de la *"super Sala Constitucional"*.[26]

Por ello, adicionalmente preguntaríamos con toda la seriedad del caso: puede una modificación a un artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que no llega a transformar sensiblemente el texto anterior, y que no es la ley ad hoc de la justicia constitucional, cambiar el sentido de la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional **(ley superior, ley especial)**, que en su globalidad diseñan un sistema concentrado de justicia constitucional?[27] Conforme al texto del artículo 8.1 de la Ley Orgánica de Poder Judicial que venimos comentando, realmente es aventurado afirmar que pasamos de sistema concentrado a uno difuso.

Habrá que esperar a la vigencia de esa norma, para ver si se inicia una nueva etapa en materia tan importante, dado que por otra parte, estamos convencidos de que si los jueces llegan a aceptar que el nuevo artículo les otorga amplia competencia para declarar la inconstitucionalidad (inaplicabilidad) de una norma y aplicar directamente la Constitución, podrían

---

25. Mutatis mutandis, deberíamos tener en cuenta la observación de LÓPEZ GUERRA (Luis), en "Los Procesos Constitucionales" (supra nota 19), p. 143: "La garantía constitucional de unas prestaciones jurisdiccionales mínimas, cuando la estructura judicial es aún imperfecta, supone, lógicamente, una alta utilización del amparo, y una tarea correctora considerable por parte del Tribunal (Constitucional). Pero, a medida que la Administración de Justicia se adecue a las necesidades reales, no me cabe duda de que la importancia del amparo frente a resoluciones judiciales irá disminuyendo..." (p. 143).

26. Ilustra la situación, PIZA ROCAFORT (Rodolfo E.): *"Konrad Zweigert dijo no hace mucho que los alemanes tenían la justicia constitucional más amplia que existía sobre la tierra. Pocos años después, García de Enterría hace la afirmación de que "el modelo español excede en bastante el ámbito de competencias del Tribunal alemán". Posteriormente, aparecen los modelos peruano y guatemalteco de justicia constitucional, los que, en teoría al menos, superan en competencias a los tribunales constitucionales alemán y español, pero cuyas tradiciones jurídico políticas y las circunstancias dentro de las cuales avanzan sus primeros pasos, no les permiten desarrollar todas sus potencialidades. Aun así, a partir de la Ley Nº 7135, el modelo costarricense supera a todos los demás, por las atribuciones que otorga a la Sala Constitucional, por la independencia formal de sus miembros y por la particularidad de sus mecanismos procesales. Esto debe decirse con orgullo, pero también con cierto temor. Es de temer, en verdad, que un amplio sector de la sociedad costarricense no está todavía en capacidad de asimilar una justicia constitucional de tan largo aliento. Quizás hasta los mismos jueces constitucionales no se han terminado de percatar la tarea inmensa que se les encomendó..."* En "De la Corte Plena a la Sala IV", Revista Iustitia, Nº 69, 1992, p. 20. Esta expresada aprehensión del autor, realmente no se corresponde con la praxis de la Sala Constitucional, que nos permite ser optimistas: el uso que se hace de la Jurisdicción Constitucional, el nivel de los comentarios en radio, prensa escrita y televisión indican que hay mucho conocimiento público acerca de sus objetivos y la forma de acudir ante ella. Acerca de lo que ha significado para Costa Rica la nueva jurisdicción, pueden verse, aparte de los citados en este trabajo: BARKER (Robert S.), op. cit., pp. 350-397. Además, mi trabajo *"La Jurisdicción Constitucional: su incidencia en otras jurisdicciones"*, de próxima aparición.

27. Es muy significativo que la Ley de la Jurisdicción Constitucional anticipó posibles ataques a su texto, de modo subrepticio, y por eso dispuso en su artículo 96 inciso a), que toda reforma a su texto, debía ser consultada **en forma preceptiva** a la Sala Constitucional. Esto no se dio en la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial (aunque sí se hizo la consulta a la Corte Suprema de Justicia, en acatamiento de la norma constitucional 167). Esto nos deja una sensación de evasiva del legislador que, pudiendo afrontar el cambio que se dice, se logra, no se hizo a través del texto apropiado y especial, como venimos insistiendo. Esto, entonces, se acumula como un argumento más, contra quienes sostienen que vamos a un control difuso a partir de 1994.

perfectamente llegar a hacerlo. Se ofrecería, sin embargo, un amplio margen de conflicto, porque se podrían dar resoluciones contradictorias, según el tribunal de que se trate, y habría que esperar a un momento en que el mismo tema radique en la Sala Constitucional, para obtener un criterio definitivo, dado que ella no estaría sujeta a la opinión del juez ordinario. Pero es precisamente por ello que no ocultamos una cierta reserva acerca de la evolución que pueda tener el tema, en un momento en que no puede decirse que hay una cultura constitucional debidamente consolidada.

La norma que comentamos, en suma, confunde más que aclara y nuestro interés es hacerlo manifiesto, porque, si se desea un verdadero cambio, habrá que afrontarlo con más decisión o *"cientificismo"*.

Un proyecto de reforma a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que se encuentra en la Asamblea Legislativa (Expediente Nº 11.576), aunque para materia conexa a la ya comentada, expresamente introduciría un cambio en el actual sistema de concentración, cuando permite (potestativo) que el recurso de hábeas corpus pueda plantearse directamente ante la autoridad infractora, la que podrá corregir así su actuación, evitando que el caso llegue ante la Sala Constitucional. Así se evitaría, también, una eventual condenatoria de la Sala al funcionario infractor, al Estado (o entidad pública de que dependa aquél) al pago de los daños y perjuicios causados. En el caso del recurso de amparo, la reforma propone que deba (obligatorio) ser planteado ante la autoridad infractora, con aquellos mismos efectos. La gestión ante aquella autoridad tiene carácter de un recurso de revocatoria y si decide denegarla, queda obligado a remitir las actuaciones ante la Sala Constitucional. La resolución de la autoridad, tiene en estos casos, el carácter de un informe para la Sala y esta podrá resolver conforme a los atestados, salvo que encuentre necesaria la evacuación de alguna prueba adicional.

Esta reforma, aunque no atañe directamente al tema que venimos analizando, sí tiene enorme trascendencia, desde que coloca a la propia autoridad involucrada en una infracción constitucional ante la posibilidad de revertir la situación de la persona afectada, y por ahí economizar para sí y para la Sala Constitucional, un proceso adicional. Con esto, pues, se desahoga el sistema, al aliviar a la jurisdicción constitucional, de algunos cuantos casos. En lo fundamental, sin embargo, continuaríamos —pese a la reforma de comentario—, con un sistema de justicia constitucional en que el control de constitucionalidad (lo que la doctrina ha considerado su esencia), se mantiene incólume en un tribunal especializado, tal y como lo manda la Constitución Política.

Pero hay otro reconocimiento implícito a que nuestro sistema es concentrado, pues con anterioridad al Proyecto que hoy se encuentra con dictamen afirmativo de una Comisión de la Asamblea Legislativa y que solamente espera aprobación de su plenario para convertirse en ley, con participación de Magistrados de la Sala Constitucional, el Colegio de Abogados y miembros destacados de su cuerpo, representantes del Ministerio de Justicia y Diputados de la Asamblea Legislativa, se había preparado un anteproyecto de ley que preveía la creación de "Tribunales de Garantías", a manera de tribunales de primera instancia, en los cuales debían radicarse previamente los Hábeas Corpus y Amparo. Lo resuelto por estos tribunales solamente podía llegar en apelación ante la Sala Constitucional, en casos en los que denegaren lo pedido por el recurrente (fondo), o cuando inadmitieren el recurso (forma), pero obviamente, se trataría en la propuesta de reforma, de crear toda una estructura jurisdiccional, para desconcentrar la jurisdicción constitucional, es decir, para tornarla más difusa.[28]

---

28. Decía el anteproyecto: "Artículo 3º. 1. La Jurisdicción Constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política, y por los Tribunales de Garantías creados por la presente Ley, orgánicamente integrados en ella..." "Artículo 15º. 1...2...3. Para interponer el recurso de hábeas corpus ante la Sala Constitucional es requisito de admisibilidad haber agotado, ante el Tribunal de Garantías, el procedimiento previo establecido en este Título." Otro tanto se disponía

Y citamos estos esfuerzos de reforma, que tal vez no culminen en la promulgación de una nueva normativa, ya que aunque se trate de regulación específica para el amparo y el hábeas corpus, lo cierto es que se trata de un intento de hacer difuso el sistema, toda vez que en los países donde existe este tipo de justicia constitucional no hay un procedimiento ad hoc para declarar la inconstitucionalidad (desaplicación) de la ley, a lo cual se llega mediante los procesos comunes en los que se discute la aplicación de normas que al cabo, se llegan a declarar como contrarias a la Constitución. Esto lo repetimos, por supuesto, dada la incoherencia que sentimos ante una eventual coincidencia del sistema concentrado (que tenemos) y el sistema difuso (que algunos pretenden), porque ante nosotros solamente se nos presentan dos opciones: o nos dejamos llevar por tenerle plena confianza a la jurisdicción común en la desaplicación de las leyes, para lo cual bastaría con la estructura (jerarquía) de tribunales que existía y existe aún hoy, o entendemos que es una tarea extremadamente importante y delicada para la sociedad, y se la dejamos a un órgano especializado. Eso es lo que tenemos que afrontar con toda claridad y es lo que está en juego, al fin de cuentas.

Porque, no obstante que la doctrina afirma que el control de constitucionalidad es el núcleo esencial de la jurisdicción constitucional (***), en Costa Rica la Sala Constitucional está concebida con una amplia competencia que, como ya se entrevé de la apretada reseña que hicimos supra, la convierte en un Tribunal (Nacional) de Derechos Humanos, en donde todos los procesos bajo su cuidado, incluidas la consulta legislativa, están al servicio de los derechos humanos como el principal (y englobante) parámetro dentro del cual se formula el análisis de constitucionalidad. Y desde este punto de vista, pues, no se puede quebrar —al menos fácilmente— el énfasis del control de constitucionalidad existente en nuestro país. [29]

E. POSICIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL EN ESTA MATERIA

Como aspiración, nos uniríamos a quienes sostienen que la Constitución Política, norma de cúspide y por ello conformadora —formal y materialmente— de todo el ordenamiento jurídico, debe ser de aplicación directa por todo funcionario público, o al menos por todo juez. Los problemas jurídicos y prácticos, sin embargo, enervan un resultado positivo, pues por una

---

para interponer el Amparo, en el artículo 29.4. Pero, leyendo entre líneas, podríamos decir que los trámites previos ordenados ante los Tribunales de Garantías (creados por la Ley y no por la Constitución) debieron establecerse como "requisito de admisibilidad", pero sin poder negar el acceso a la Sala Constitucional, que mantenía, siguiendo el esquema constitucional, un papel decisorio en la materia, claro está, cuando al particular se le denegaba en alguna forma su pretensión, pues de no ser así, la intervención de la Sala sobraba.

29. Es incontrastable —en ese específico ángulo— que el modelo escogido por Costa Rica se separa abruptamente del europeo para el control de constitucionalidad, pues entre nosotros el "interés" (derecho, interés legítimo o interés difuso) en el accionante, legitima su acceso a la jurisdicción constitucional. En Europa, por el contrario, son (ciertos) órganos públicos los legitimados, en abstracto u objetivamente, para accionar. A ese respecto nos dice DE VEGA GARCÍA (Pedro):" Se explica de esta suerte por qué en Europa, y concretamente en Francia, aparte de otras razones en nada despreciables aducidas por Mauro Cappelletti, el control de constitucionalidad de las leyes comience tomando un carácter puramente político. Hubiera constituido una contradicción insalvable el proclamar, de una parte, al pueblo defensor político de la Constitución y entregar, por otro lado, a la justicia, en lugar de al Parlamento, el control de constitucionalidad, máxime en un momento en que los jueces , fieles servidores del antiguo régimen en el que vendían y compraban sus cargos au mème titre que leaurs maisons et leurs terres, representaban uno de los estamentos más decididamente beligerantes contra la corriente constitucional..." En "Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución", Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Nº 7, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 100.

parte, hay una definición clara de a cuál órgano se asigna una función de custodia constitucional, de modo que habría que estarse a lo dispuesto por el sistema. Pero, por otra, si no hay expresa posibilidad para ello y pusiéramos a funcionar, por nuestra mera decisión, un sistema de control difuso, nos enfrentaríamos a una inseguridad jurídica de grandes proporciones, en un medio judicial no preparado para el manejo del *"nuevo sistema"*, que, volvemos a señalar, en 1989 se desechó para, en su lugar, acentuar el control concentrado de constitucionalidad.

Nuestra posición es que en la actualidad —y aunque entre a regir el artículo 8º de la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, recién aprobado—, solamente la Sala Constitucional podría aplicar directamente la Constitución, desaplicando una norma para un caso concreto, y sin esperar a que en la vía destinada para ello, se produzca una declaratoria de inconstitucionalidad.

I. Aplicación directa de la Constitución por la Sala Constitucional. Limitaciones que el sistema le impone.

Creemos y hemos afirmado que el juez ordinario tiene limitaciones en el ordenamiento jurídico costarricense para aplicar directamente la Constitución, en el sentido de desaplicar la norma que enfrenta a aquélla.

Ahora nos interesa también destacar que aún en el caso de la Sala Constitucional, el sistema no le permite aplicar directa o inmediatamente la Carta Fundamental, en los casos en que se descubre que la autoridad demandada ha actuado (resolviendo, decidiendo, disponiendo, etc.) contra lo que aquélla ordena, si está de por medio una norma en que se fundamente. En este caso, establece nuestro sistema, la Sala Constitucional debe suspender el proceso y otorgar un plazo al afectado, para que establezca (formal) acción de inconstitucionalidad contra esa norma. Y solamente que efectivamente ésta sea declarada con lugar, entonces puede entrar a juzgar como ilegítima la actuación concreta de la autoridad.

El artículo 48 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone:

> "En cualquier momento en que la Sala considere que las actuaciones u omisiones impugnadas están razonablemente fundadas en normas vigentes, hayan sido éstas atacadas o no también como violatorias de los derechos o libertades reclamados, así lo declarará en resolución fundada, suspendiendo la tramitación y otorgando al recurrente un término de quince días hábiles para que formalice la acción de inconstitucionalidad contra aquéllas. Si no lo hiciere, se archivará el expediente.
>
> Cuando el amparo se interponga directamente contra las normas a que se refiere el inciso a) del artículo 30, el Presidente de la Sala suspenderá, sin más trámite el recurso, y procederá en la forma prevista por el párrafo primero." (El subrayado no es del texto).

En otras palabras, cuando se acude a la Sala Constitucional —principal o supremo órgano de la justicia constitucional costarricense— en reclamo de una actuación que ésta encuentra *"razonablemente fundada"*, en una norma vigente (ley, decreto ejecutivo), le queda vedado pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la norma, aunque, mediante un sistema bastante simple y ventajoso para el afectado, le concede un plazo para que formule una acción de inconstitucionalidad. Igual se ordena cuando el reclamo (amparo) verse sobre leyes u otras disposiciones normativas de acción automática (autoaplicativas), *pues en todos estos casos, ya no se puede examinar la situación concreta, propiamente radicable en el amparo, sino la situación de la norma fundante, en la correspondiente acción de inconstitucionalidad, que tiene características, requisitos, trámites y efectos mucho más complejos, por virtud de las consecuencias que tiene una estimatoria en esa vía.*

Parece obvio agregar, pero debemos resaltarlo, ese es el procedimiento usual en las actuaciones de la Sala, que cuando se presentan asuntos en que el acto impugnado se funda razonablemente en una norma vigente (y prima facie la ilegitimidad estaría radicada en ésta), (a) suspende el proceso constitucional, hábeas corpus y amparo y (b) paralelamente otorga plazo al afectado para que interponga acción de inconstitucionalidad contra la norma. Una vez resuelta esta acción, se regresa al hábeas o al amparo, para resolver de conformidad.

Esto quiere decir que el sistema impone a la propia Sala, una sujeción a la Acción de Inconstitucionalidad, cuando en cualquier otro proceso se encuentre con que una norma es ilegítima.

En otros términos, ni siquiera al tribunal constitucional se le ofrece la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, si no es por la vía legal *ad hoc*, que es la acción de inconstitucionalidad. ¿Cómo podríamos, sin advertir una contradicción afirmar lo contrario para los tribunales comunes? Vemos que no es un asunto, pues, que se pueda manejar a base de sentimiento, o con criterios de conveniencia, salvo a riesgo de caer en graves contradicciones o errores. Y decimos "criterios de conveniencia", ya que quienes se apasionan con el control difuso de constitucionalidad —que nosotros no adversamos en sí mismo—, lo defenderían aun en ausencia total de norma. Es decir, para quienes lo impulsan y apoyan, aunque haya una Sala o Tribunal especializado, mientras no se prohíba expresamente a los demás tribunales, estos tienen la competencia, que radica en la condición de juez y nada más.

II. Jurisprudencia de excepción de la Sala Constitucional en esta materia.

En algunos casos, particularmente de hábeas corpus, la Sala Constitucional —en mi opinión con clara conciencia de ser ese "órgano supremo de la jurisdicción constitucional— se ha separado de la regla anteriormente señalada, aunque no siempre con criterio de unanimidad. Estimamos conveniente reseñar los casos más relevantes, de manera que se pueda comprender el motivo que ha existido para una actuación de ese calibre, pero también a efecto de significar cuán excepcionales han sido esos casos para que se haya resuelto en un aparente contra legem (aunque no contra constitutionem).

1. Un primer caso. Desaplicación del artículo 474 del Código de Procedimientos Penales.

En un recurso de hábeas corpus fue desaplicada esta norma legal, que permitía el recurso de casación sólo cuando la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio imponía pena de prisión superior a los años, o si la sentencia era de juez penal, cuando la pena impuesta fuera superior a seis meses de prisión (incisos 1º) y 2º).

La Sala desaplicó esa norma, porque la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8.2 inciso h) otorga un derecho a todo condenado, *"de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior"*. Al hacerlo, declaró con lugar el hábeas corpus y dijo:

> "Que, si bien el artículo 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a los interesados a plantear la acción de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales que se opongan a las de un tratado internacional, considerando que al hacerlo violan la jerarquía normativa superior del segundo de conformidad con el artículo 7º de la Constitución Política, ella no obsta a que, cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, **las legales que las contradigan deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado.** De esta manera, la antinomia entre ley y tratado, a partir de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política (Ley Nº 7128 de 18 de agosto de 1989, vigente desde el 1º de setiembre) y, sobre todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Nº 7135 de 11 de octubre de 1989, vigente desde su publicación el 19), se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley..." (Voto 282-90).

Se agregó en las consideraciones, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no condiciona el derecho de recurrir del fallo condenatorio, y aunque el Código de Procedimientos Penales se promulgó con posterioridad a la aprobación y vigencia de aquélla, simplemente no nació a la vida jurídica, por ser una norma de rango inferior contradictoria con otra superior preexistente.

Es notorio en este caso, que se trata de otorgarle el más alto valor y rango a un tratado, que por regular aspectos de derechos huma-

nos, de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, integra el parámetro de constitucionalidad y conforme a él es que se resolvió.

No obstante que, como hemos dicho esta decisión de la Sala fue de *"desaplicación"* al caso concreto, por virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley que rige la jurisdicción constitucional, tenía efecto *"vinculante"* y *"erga omnes"*, y en la práctica hubiera surtido un efecto similar al de una declaratoria formal de inconstitucionalidad, aunque *ex nunc* y no *ex tunc.* Sin embargo, cuando la Sala resolvió el hábeas corpus, ya existía una demanda de inconstitucionalidad planteada y entonces en ésta tuvo oportunidad de referirse con más amplitud al mismo tema y con todos los efectos declarativos, retroactivos y por tanto anulatorios, propios de este tipo de proceso.

A ese respecto, se dijo:

"CONSIDERANDO:

"...II. Si bien en el mismo fallo Nº 282-90 citado se declaró la derogatoria pura y simple de dichas limitaciones, con lo cual debe admitirse a partir del mismo el recurso de casación contra toda sentencia penal por delito, sin necesidad de pronunciamiento específico en la acción de inconstitucionalidad, sobre todo porque, además, la jurisprudencia y precedentes de esta Sala son vinculantes erga omnes (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), no obstante, como ahí se dijo también (Considerandos I y II), **nada obsta a que la inconstitucionalidad de las normas así derogadas se declare también cuando se haya planteado en esta vía,** de conformidad con lo dispuesto expresamente por el artículo 73 inciso d) de la misma Ley..." Sentencia Nº 719-90. Las negritas son propias.

Debe notarse que la Sala advierte en esta sentencia, que no obstante la obligatoriedad que su jurisprudencia tiene, hay una cierta limitación intrínseca en lo que ha declarado como contrario a la Constitución en la vía del Hábeas Corpus, de donde es conveniente y necesario, siempre, declarar con lugar una inconstitucionalidad solicitada en la vía propia. Y, dice, pues, que en el hábeas corpus la Sala resolvió a manera de una derogatoria, mas la declaratoria de inconstitucionalidad tiene el carácter retroactivo, de nulidad, se publica en el Diario Oficial a los fines de hacerlo de conocimiento general y así opere plenamente erga omnes, pero también tiene la virtud de resolver sobre situaciones que en el pasado se hubieran presentado a la luz de la normativa anulada. Así, por ejemplo, en la parte dispositiva de la sentencia 719-90, se dijo:

"...La presente declaratoria de inconstitucionalidad es meramente declarativa, retroactiva a la fecha de promulgación de esas normas en los términos del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. El derecho de recurrir en Casación, que en esta sentencia se declara, deberá ejercitarse dentro de los 15 días que establece el artículo 477 del Código citado, los cuales se empezarán a contar a partir de la fecha de publicación de la reseña de este fallo en el diario oficial "La Gaceta", salvo en el caso del recurso..."

Como también se torna evidente, la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, por la naturaleza de este proceso, tiene características propias, conducentes ya no sólo a que produzca los efectos de la nulidad que contiene, sino, de manera muy especial, a dimensionar esos efectos, en el caso en concreto, a señalar un plazo —que podría reputarse de arbitrario, pero que ahí simplemente es reproductor del que tenía previsto la ley para plantear la casación—, pues de lo contrario, se podría plantear una confusión muy grande entre los tribunales a los que se les hiciera valer la sentencia dictada. Obviamente, estos dimensionamientos, que en ocasiones implican indicar cuál es la norma que se reincorpora al ordenamiento —por ejemplo, aquélla que había derogado la que ahora se estima inconstitucional—, no podría esperarse que lo hicieran los jueces ordinarios, de ahí que la jurisdicción concentrada en un órgano especializado no puede entenderse modificada en los términos que hemos venido señalando.

Bien podría afirmarse por alguien, que en la práctica, este último pronunciamiento (719-90) no vino a variar sustancialmente el tratamiento del tema, porque ya las normas del Código de Procedimientos Penales habían sido derogadas (Sentencia 282-90), pero tal afirma-

ción no repararía en los aspectos formales y de fondo, que según se vio, son de suyo importantes (publicación del aviso en el Diario Oficial, efectos propios de la acción de inconstitucionalidad, dimensionamiento, etc.), ya que ellos cumplen, adicionalmente, un requisito de seguridad jurídica, que de lo contrario se vería afectado.

Únicamente para completar la información, de modo que se entienda cómo se pudo presentar el caso que se viene comentando, debe agregarse que es posible en el sistema costarricense impugnar en la vía de inconstitucionalidad una ley que se oponga a un tratado internacional vigente en el país, porque éste tiene rango superior a la ley (artículo 7º constitucional para cualquier instrumento internacional) o un rango igual al de la propia Constitución, en tratándose de aquéllos que sobre Derechos Humanos ha suscrito y aprobado el país (artículo 48 de la Constitución Política). De donde la fuerza normativa del tratado lleva a que sirva como parámetro de constitucionalidad o, como se afirma en otras latitudes (España o Panamá, por ejemplo), los tratados —cualesquiera de los dos tipos— integran el bloque de constitucionalidad.

2. Segundo caso. Desaplicación del artículo 33 de la Ley de Psicotrópicos, Sustancias no Autorizadas y Actividades Conexas (Nº 7233 de 8 de mayo de 1991).

En recurso de hábeas corpus se desaplicó este artículo, que prohibía la excarcelación de los imputados por tráfico de drogas. En el momento en que se le resuelve el hábeas corpus, la Sala toma en consideración dos aspectos:

a) Por Voto Nº 688-91, la Sala había declarado con lugar una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 27 de la Ley de Psicotrópicos anterior (Ley 7027/1988), que prohibía la excarcelación en delitos de tráfico de drogas y lavado de dinero. La Sala estimó que la prohibición absoluta en una ley especial era ilegítima, desde que el artículo 39 de la Constitución Política establece que a nadie se le puede condenar sin antes haber sido oído y vencido en juicio, norma que, en el fondo, consagra dentro del derecho al debido proceso, el principio de inocencia. Esto significa, pues, que antes de que haya sentencia condenatoria firme, al imputado le acompaña un estado de inocencia y que mientras dure el proceso, su libertad no puede serle restringida, a menos que necesidades objetivas del proceso demanden tomar acción en ese sentido. Consideró la Sala, que si el homicidio calificado agravado puede merecer pena de veinticinco años, y en tal condición su posible autor podría ser acreedor a la excarcelación, ¿cómo podría la ley establecer distinciones por virtud de la pena imponible, si en el tráfico de drogas la pena mayor puede ser veinte años? Por su parte el Código de Procedimientos Penales, la ley procesal aplicable en la materia no tiene prohibiciones de ese tipo, sino que faculta al juez para, si tiene las razones objetivas, no acordar la excarcelación.

La razonabilidad de una norma es parámetro de constitucionalidad y en virtud de ello, se anuló el artículo 27 de la Ley de Psicotrópicos.

b) La Asamblea Legislativa, posteriormente al voto indicado de la Sala, le hace unas reformas a aquella ley, y mediante la Nº 7233/91, introduce un artículo 33, que con ligera variante de redacción, reinstala la prohibición de excarcelación para imputados en los delitos de la ley (exceptuados los cómplices).

Con vista de la nueva norma, los tribunales vuelven a denegar la excarcelación en las causas por tráfico de drogas, aduciendo que la ley es vigente y les prohíbe conceder aquel beneficio. Se plantea recurso de hábeas corpus y en él, la Sala —por mayoría—, desaplica ese nuevo artículo, ahora 33. Y se funda la Sala en que su jurisprudencia es vinculante en cuanto a la doctrina que establece, de modo que los criterios por ella vertidos son de acatamiento obligatorio de toda autoridad, desde la Asam-

blea Legislativa hasta el más sencillo funcionario público.

En otras palabras, los criterios de la Sala Constitucional, en su función de intérprete de la Constitución e integrando el llamado Derecho de la Constitución, también informan todo el orden jurídico y condicionan las actuaciones y decisiones de todos los funcionarios públicos. Cuando la Asamblea Legislativa promulgó una nueva norma, igual a la anulada por inconstitucionalidad, se colocó en una actitud de rebeldía, irracional, frente a lo ya decidido por la Sala con carácter vinculante y erga omnes, de modo que ésta no tenía por qué esperar a que se planteara formal acción de inconstitucionalidad, para volver a declarar que el nuevo artículo 33, como reiteración del anulado, era inconstitucional. Dijo la Sala, que el nuevo artículo no había nacido a la vida jurídica, ni podía surtir efecto alguno y lo desaplicó en el recurso de hábeas corpus. Por aparte, otro interesado también había formulado acción de inconstitucionalidad que la Sala acogió posteriormente. Lo que importa es que, entre tanto se daba una decisión más amplia en esa vía, la Sala no podía menos que actuar como lo hizo. El planteamiento de que se parte para actuar así, es que en esos momentos —aunque no haya una declaratoria de inconstitucionalidad, formalmente hablando—, el artículo de comentario no puede ser aplicado en ningún caso y en cuanto se aplicara, al conocerlo la Sala mediante un recurso del afectado, habría que dictar la sentencia de inaplicabilidad. En opinión de la mayoría de los Magistrados de la Sala, el caso se presentaba muy apropiado para aplicar directamente la Constitución. [30]

El voto de minoría no aceptó que la Sala misma —principal órgano de la jurisdicción constitucional— pudiera actuar desaplicando una ley válidamente promulgada. Se sostuvo en él que el sistema prevé un proceso especial para ello —la acción de inconstitucionalidad—, fuera del cual es imposible para cualquier tribunal declarar un vicio de inconstitucionalidad y desaplicar la norma. Como se ve, un criterio ortodoxo, quebrado —apenas parcialmente— en el voto de la mayoría, tal cual quedó reseñado.

3. Tercer Caso. Desaplicación de normas del Código de Procedimientos Penales (artículos 211 y 216) que autorizan el allanamiento, el registro y el secuestro.

Aquí la Sala declaró que no se podían desaplicar esas normas y se esperó a que se resolviera una acción de inconstitucionalidad sobre el tema. Por seis votos contra uno, finalmente, resolvió que las impugnadas, no eran normas inconstitucionales.

Nos ha interesado este caso, porque habiendo suscrito el voto en minoría (en absoluta minoría), guardamos una cierta incomodidad conceptual, y creemos que los antecedentes parecerían desembocar en una posición contraria a la de la mayoría, según exponemos sucintamente:

a) la Sala Constitucional, mediante sentencia Nº 1261-90 declaró inconstitucional el artículo 221 del Código de Procedimientos Penales que permitía al juez penal autorizar la interceptación telefónica de las comunicaciones de cualquier persona, incluyendo a un sospechoso de haber o

30. Se dijo en el voto mayoritario: "Al cobijo de una tesis amplia sobre la soberanía del Parlamento, obviamente debería afirmarse que si el legislador encontró necesario reproducir una norma similar a la declarada inconstitucional, solamente mediante la acción de inconstitucionalidad podría la Sala Constitucional analizar su legitimidad. Ese camino, que de toda suerte implica requisitos, formalidades y tiempo mayores a los de un recurso de hábeas corpus, como es el presente, tiene como virtud que en caso de que se concluya con sentencia estimatoria, sus efectos serían declarativos y erga omnes (ex tunc), mas en opinión de la mayoría que suscribe esta sentencia, no excluye la posibilidad de que, ante una clara reticencia de la Asamblea Legislativa a quedar sujeta a la tesis expresada por la Sala en su voto Nº 688-91 supracitado, en la vía del hábeas corpus se declare la inaplicabilidad al caso concreto de una norma que sea reproductora de otra similar anulada, ya que de lo contrario, estaríamos ante un juego dialéctico-jurídico, según el cual la Sala anula y la Asamblea vuelve a promulgar, prescindiendo de los criterios jurídicos —no de oportunidad— vertidos en la sentencia del caso..." (Sentencia Nº 12-92, de las 14:03 horas del 8 de enero de 1992).

estar cometiendo delito. Se dijo que se violentaba el derecho a la privacidad de las comunicaciones, consagrado por el artículo 24 constitucional;

b) por ese motivo, la Asamblea Legislativa, en su papel de constituyente derivado y mediante trámites calificados y agravados, procedió a reformar el artículo 24, para adecuarlo a las necesidades de investigación de los delitos. Esta reforma a la Constitución se produjo en condiciones muy críticas, pues un sector de opinión consideraba que la decisión de la Sala Constitucional era gravísima para la sociedad (o para la defensa social, según una terminología todavía utilizada) y debían apurarse acciones para corregir tal situación.
c) finalmente, se aprobó la reforma, que en lo que interesa, dice:

> "...Sin embargo, una ley cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de dos tercios de los diputados que forman la Asamblea Legislativa, fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento..."

La Asamblea no se limitó a regular lo relativo a las comunicaciones orales en la República, sino que, como se ve de lo transcrito, también incursionó en otros temas que contenía el artículo 24. No solamente dijo que los Tribunales *"podrán ordenar"* el secuestro, registro y examen de documentos privados, cosa que ya podían y venían ordenando, sino que se cuidó el constituyente derivado de agregar en la reforma de modo inequívoco, estos términos: **"Una ley cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de dos tercios de los diputados que forman la Asamblea Legislativa, fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el..."** La lectura atenta de las discusiones que se dieron en el seno de la Asamblea Legislativa al discutirse la reforma, nos permite darnos cuenta que si bien hubo una salida con el texto transcrito, lo cierto es que triunfó una tesis muy preocupada porque las limitaciones a derechos tan importantes para las personas, se dieran en condiciones excepcionales y en una ley excepcional. Lo importante es que esa ley no se ha dado a esta fecha, lo que en opinión del suscrito hace inaplicables las normas actuales del Código de Procedimientos Penales, que no son, ni por asomo, a las que se refiere el Constituyente, quien habla de una ley que *"requerirá"* una votación calificada, es decir, una ley que vendrá en el futuro.

No lo entendió así la mayoría y no prosperó la argumentación de los afectados. De tal manera, la rigurosidad, que evidencia el texto constitucional para permitir restricciones a la privacidad, se derrumba ante la interpretación de la mayoría de la Sala. Debe agregarse que en estos momentos la Asamblea Legislativa tiene en trámite la ley en cuestión, pero ya el asunto pierde todo interés, desde que la Sala Constitucional ha dicho, ni más ni menos, que tal ley no es necesaria y que con la que ya existía es suficiente.

En mi opinión este significa un ejemplo contrario a lo que sería la aplicación directa de la Constitución, y por eso he estimado conveniente citar y comentar el fallo de la jurisdicción constitucional, que me ha dejado una cierta desazón, como en cualquier otra en el que uno se constituye en minoría dentro del órgano jurisdiccional.

4. Cuarto Caso. Desaplicación del Tratado de Extradición Estados Unidos de América-República de Costa Rica, firmado en San José, en 1982 y aprobado mediante Ley Nº 7146 de 30 de abril de 1990.

En este caso, se plantea hábeas corpus por parte de una persona que a solicitud del Gobierno de los Estados Unidos de América, se encuentra sometida a un proceso de extradición. Se alega en el recurso, que como la Corte Suprema de aquel país legitimó el secuestro de personas, al margen o contra lo dispuesto en los tratados de extradición vigentes, la Sala Constitucional debe declarar inconstitucional e inaplicable ese tratado.

Una mayoría de la Sala, primero por seis votos a uno (Voto 123-93) y luego en caso similar por cinco votos a dos (Voto 666-93), se pronunció por desaplicar el tratado y ordenó a los jueces a cargo de las extradiciones que debían adecuar los procedimientos a la Ley de Extradición que está vigente (aunque con algunas disposiciones diferentes a las del tratado).

Dijo la mayoría entre otras muchas consideraciones:

> "En este sentido, la Sala no puede aceptar que la institución de la extradición, tanto da si regulada por el orden interno —constituciona y legal— como si por tratados internacionales —bi, pluri o multilaterales— se interprete o aplique como un mero mecanismo de cooperación, mucho menos alternativo u opcional, ni, por lo tanto, que le sea indiferente la utilización de otros medios, de una u otra índole, tendentes a producir o que se produzca un resultado equivalente, de poner al alcance de la jurisdicción de un Estado a personas sometidas o amparadas a la de otro. O la institución jurídica de la extradición, con todas sus condiciones y consecuencias, constituye el mecanismo único de esa cooperación, exclusivo y excluyente de todos los demás, al menos de todos los no autorizados por él, o carece de sentido y justificación, máxime para los Estados más débiles frente a los poderosos, porque su ausencia o desaplicación montaría a tanto como a consagrar en esa materia la ley de la selva frente a la que los primeros serían impotentes y los segundos gozarían prácticamente de un poder sin límites (...) La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, al fallar por mayoría de seis a tres de sus miembros el llamado caso "Álvarez Machain" —sentencia Nº 91-712 de 15 de junio de 1992—, ha venido a establecer, por obra de su más alto tribunal constitucional, cuyos precedentes y jurisprudencia gozan, además, de valor vinculante erga omnes —en virtud del principio llamado "stare decisis"—, que los términos pactados con otros Estados soberanos mediante tratados de extradición —en el caso, con los Estados Unidos Mexicanos— no constituyen un medio exclusivo de hacer llegar a su jurisdicción a personas residentes en otra, ni, por ende, excluyente de otros medios, entre los cuales, además de la entrega voluntaria de esas personas por las autoridades del segundo fuera de los procedimientos de extradición, sino incluso acciones claramente arbitrarias o inmorales, como el secuestro de personas..." (Voto 123-93).

Nosotros, no obstante que somos partidarios de que la propia jurisdicción constitucional pueda desaplicar normas por vía directa y en orden a casos concretos, en lo relativo a este tratado de extradición, en esta ocasión nos separamos del criterio de la mayoría de la Sala, porque en sí mismo, ese tratado no está argüido de inconstitucional, sino que se le está atribuyendo una carga negativa en base a lo actuado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Entendemos la frustración e inconformidad que esto último ha causado, y lo compartimos, pero de ahí a que por ese motivo se deba tener como inconstitucional el tratado, que, conforme a nuestra Constitución tendría un carácter reforzado, hay un gran trecho.

Deseamos transcribir una parte del criterio de minoría del segundo voto, que nos correspondió redactar. Nos parece obvio resaltar, como se indica en el texto, que para cuando se tomó, el primero de mayoría no estaba redactado y era difícil, si no imposible, tomarlo en consideración con un carácter de certeza:

> "I.—No es posible atender la petición del recurrente en el sentido de que "el Tratado de Extradición que existía con los Estados Unidos (sic), actualmente carece de validez, por ser contrario a la Constitución Política, tal y como lo estableció la Sala Constitucional..." y que como consecuencia de ello, la privación de libertad del señor Ronald Brian Stansel, deviene en ilegítima. Y no es posible acceder a lo solicitado, por varias razones. Por una parte, no parece exacto afirmar que el Tratado... haya sido declarado inconstitucional por esta misma Sala, como lo afirma el recurrente, no solamente por que no se toma la molestia de indicar mediante qué sentencia, si la hubiere, sino porque si se refiere a la Nº 123-93, de las 14 horas y 40 minutos del día 12 de enero último, del texto del Por Tanto no se desprende tal declaratoria y como no está redactada la parte considerativa, es improbable que eso hubiera expresado la mayoría que tomó la decisión."[31]

31. A la fecha de redactar estas reflexiones, el voto de mayoría no estaba redactado, y no podríamos esperar a que ello sucediera.

"II.—Por otra parte, debe tenerse presente que, a la luz de lo dispuesto por la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Nº 7135, de 11 de octubre de 1989), la propia Sala Constitucional emitió una Opinión Consultiva acerca del mencionado Tratado de Extradición, en la que afirmó no encontrar vicios de constitucionalidad y así lo hizo del conocimiento de la Asamblea Legislativa, la que procedió de conformidad a emitir la respectiva ley. Véase al respecto el Voto 323-90, del 3 de abril de 1990".

"III.—Si todo lo anterior es cierto, como lo es, solamente restaría, como foco de análisis, y esto a manera de anticipo de lo que puede radicar en el fondo de la cuestión, lo relativo a la sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, decisión del 15 de junio de 1992, caso Estados Unidos vs. Álvarez—Machain (91-712) que, en lo fundamental, legitimó el procedimiento de sustraer subrepticiamente a una persona de un país extranjero, para someterlo a proceso penal en Estados Unidos de América, aun cuando entre ambos países exista un Tratado de Extradición. Tal legitimación fue fundada en que, según la opinión de la Corte, al no haber en el Tratado una cláusula que prohíba el secuestro, no hay impedimento para que agentes de uno de los Estados actúen en el otro, con ese propósito. No es del caso argumentar contra el contenido de esa sentencia, pues no es eso lo que está bajo examen, en opinión de los Magistrados que suscriben, pero de toda suerte no es ocioso señalar que ya sobre ese extremo la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica... se pronunció...: "...Por la grave lesión que el fallo implica a las normas del derecho internacional y la soberanía de los Estados, esta Corte acuerda dejar constancia, para hacerlo saber así, de lo inadmisible de tal pronunciamiento, y no duda de que en corto plazo sea enmendado por la misma Corte que lo emitió, en aras de la supremacía del derecho y del mutuo respeto que debe imperar entre aquel Estado y los otros con los que —bajo el principio de la buena fe— sujetó sus relaciones..."

Se deja constancia en esa opinión de minoría, que la sentencia de aquella Corte, no fue en aplicación del tratado de extradición con Costa Rica, lo que sí podría haber a su vez legitimado la decisión de nuestra Sala Constitucional (el Tribunal Constitucional de este país), al no ser así, resulta desproporcionado el criterio de la mayoría de acoger la solicitud del recurrente en hábeas corpus, especialmente porque no se tomó acuerdo respecto de la privación de la libertad a que estaba sujeto por virtud de la aplicación del tratado. En uno de los pasajes, acerca de responder con un *"desconocimiento"* del tratado ante una sentencia cuestionable de la Corte extranjera, dijo también la minoría:

"En el presente caso, lo que ha sucedido es que un tribunal constitucional declara inaplicable el tratado, sin que se haya pronunciado una inconstitucionalidad, formalmente hablando, y sin que el otro Estado contratante, en realidad, haya denunciado o actuado contra el tratado en cuestión. Desde el punto de vista del Derecho Internacional, una situación que, ni más ni menos, podría calificarse benignamente como inusitada. Tan inusitada como la actuación de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, y no deseamos ni podemos colocarnos en la misma situación..."

Y es que, por lo demás, el pronunciamiento de la Sala, por más que se oriente a combatir la legitimidad de la sentencia del tribunal supremo estadounidense en punto al secuestro de personas, se tomó precisamente dentro de unas diligencias de extradición promovidas a pedido del Gobierno de Estados Unidos de América, o lo que es igual, a raíz de unas diligencias en donde la contraparte de Costa Rica en el Tratado de Extradición de 1982, se acoge y actúa plenamente y de conformidad con sus previsiones normativas. En otros términos, la Sala desaplica el tratado precisamente en un caso en que el Estado cocontratante ajusta su conducta a derecho. ¿Cómo no acusar una desubicación de la jurisdicción constitucional, contestando la afrenta que se le había infligido a un tercer Estado y no al costarricense? Porqué, por otra parte, no ha trascendido que los Estados Unidos Mexicanos haya denunciado el Tratado que, es obvio, se vio alcanzado por la ya famosa sentencia de la Suprema Corte, pero aunque lo hiciera, parece elemental que habría de tenerse ese hecho como parte de las relaciones entre terceros Estados, sin que ataña directamente al de Costa Rica.

En los temas que parecieran desbordar los linderos del derecho, en los que más bien tenemos la impresión de incursionar en el campo

político (y aquí sería de las relaciones políticas del Estado), hay que tener mayor precaución, evitando caer en situaciones que por más esfuerzo que se haga no desvanecen una sombra de duda acerca del propósito de la decisión, porque precisamente, se está cerca de la división de aguas y por eso mismo, donde no se tiene una clara definición entre lo jurídico y lo político. En el caso nuestro, aun siendo partidarios de la aplicación directa de la normativa constitucional, con prescindencia de la que se le oponga, creemos que lo actuado por la Sala al desaplicar el tratado de extradición de 1982, fue más allá de lo planteado en el hábeas corpus y de las posibilidades que le otorga una competencia reforzada. Pero, como en todo lo jurídico y más propiamente en la aplicación e interpretación más que de normas, de valores y principios superiores (los constitucionales) que informan y conforman todo el sistema de un Estado, también estamos en presencia de materia opinable, para la que pueden entenderse válidas las dos posiciones, si bien cada cual se aferra a la suya como la más acorde con el esquema diseñado por el sistema del país.

5. Quinto Caso. Aplicación por interpretación del artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política.

En este caso, con motivo de un recurso de amparo, la Sala aplicó en forma directa la Constitución, dándole un alcance mayor al artículo en cuestión y otorgarle un sentido de igualdad que su texto no alberga, sino que más bien rechaza. Aquí estamos en presencia de una forma especial de aplicación. La norma constitucional dice textualmente:

> "Artículo 14. Son costarricenses por naturalización:
>
> ...
>
> 5) La mujer extranjera que habiendo estado casada durante dos años con costarricense y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense..."

El recurso de amparo fue promovido por un varón extranjero, casado con mujer costarricense, al que el Registro Civil le dice que no le puede aplicar la norma constitucional, que claramente no cobija su situación. El amparo, pues, se plantea contra ese acto administrativo que se fundamenta en la literalidad del texto constitucional y una ley que lo reproduce exactamente, para procurar una interpretación extensiva, que cobije en condiciones de igualdad tanto a la mujer como al hombre extranjero que lleguen a casar con costarricense.

La posición del Registro Civil, organismo que dictó el acto recurrido, es en extremo sencilla: si la Constitución Política es la que establece esa diferenciación en el trato a la mujer extranjera, no puede resolverse conforme con la pretensión del recurrente. No se trata de que la administración pública discrimina al varón extranjero respecto de la mujer que en esas mismas condiciones, contrae matrimonio con un nacional costarricense. Se trata, en los términos del alegato presentado a la Sala, de que la Constitución Política misma hace la distinción, de donde nada puede agregarse sobre el tema: la distinción que radica en la Constitución no puede considerarse ilegítima. Ergo, la sentencia de la Sala Constitucional debería ser desestimatoria del recurso.

No sucedió así.

En el voto Nº 3435-92, la Sala declaró con lugar el amparo y sostuvo que cuando la norma constitucional señala a la "mujer extranjera" que casa con costarricense, debe entenderse —interpretarse— que se refiere al extranjero, en general, o a la persona extranjera en esa situación. Y ¿cómo entenderlo así, contra el texto expreso de la Constitución? La explicación inmediata es que existen convenciones internacionales vigentes en Costa Rica que prohíben la discriminación, inter alia, por razones de sexo y el compromiso internacional del país tiene un carácter integrador del ordenamiento jurídico nacional, al más alto nivel (constitucional), según hemos dicho. La Declaración Universal de Derechos Humanos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, requieren del derecho interno un trato igual para toda persona, sin importar las razones de sexo. Las personas son intrínsecamente iguales y no puede hacerse distinción donde no hay razón para ello.

Es posible que históricamente se ameritara un trato preferente a la mujer extranjera que casaba con un nacional, porque, de conformidad con algunas legislaciones extranjeras, por eso solo hecho, perdía su propia nacionalidad. Así lo estableció durante mucho tiempo el texto constitucional costarricense, que acordaba el otorgamiento de la nacionalidad a la extranjera **"cuando al casar con costarricense pierda su nacionalidad"**. Pero, la norma constitucional fue modificada, de modo que ha perdido sustento el basar la distinción en ese hecho histórico, pues hoy ya no se concede la nacionalidad a la extranjera por ese motivo, sino que independientemente de él, por la sola circunstancia del matrimonio y a su pedido. Si eso es así, entonces la pregunta que debemos formulamos es, ¿cómo discriminar válidamente entre hombre y mujer extranjeros que casan en Costa Rica, si ambos desean optar por la nacionalidad de su cónyuge?

Alguien ha sostenido que lo resuelto por la Sala implica una reforma constitucional rampante y que se va más allá de la de ser el intérprete de la Constitución para, con ese pretexto, procurar su modificación. Se ha dado, según ese criterio, una violación a la Constitución Política, desde que la "reforma" fue pronunciada por un órgano constituido y no constituyente.

No compartimos esa opinión, basada en concepciones puristas, si se quiere, pero que ya son insostenibles a estas alturas del avance del pensamiento jurídico y humano. Porque, por otra parte, no se trata de que entendamos que la Sala en este caso dijo que la Constitución Política debía cambiarse. Simplemente se indicó que la redacción del texto, ocurrida en otro momento histórico, debía entenderse en la actualidad en forma ampliada, no obstante su grafía.[32]

La Constitución y la ley seguirán con el texto actual, pero a raíz de la sentencia de la Sala, deben entenderse, interpretarse o aplicarse, de modo tal que cubra a todo extranjero que case con costarricense y no solamente a la mujer. Evitamos, así, que por una cuestión coyuntural o histórica, la mujer extranjera merezca un trato privilegiado, o lo que es igual, que el varón extranjero sea preterido, disminuido o discriminado por el ordenamiento interno, en situación jurídicamente idéntica.[33]

En una decisión como la que comentamos, definitivamente contribuye el sistema adoptado por la Constitución Política (artículo 48), según el cual se protegen por la justicia constitucional, no solamente los derechos expresamente consagrados en la Constitución, como ha sido la costumbre en los países de esta región, sino también aquéllos establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en Costa Rica. Si así lo dice hoy la Constitución, entonces los parámetros de constitucionalidad ya no solamente están determinados por lo que ese documento tan impor-

---

32. Al referirse a los comentarios que Carlos A. Tagle formuló cuando la Corte Suprema Argentina "extendió" jurisprudencialmente el recurso de amparo contra personas de derecho privado (particulares), dice Sagüés: "...La Corte abordó en este punto el problema del cambio en el orden constitucional y lo ha resuelto bien. A su entender (de Tagle), ante circunstancias nuevas, y si cambia la vida social, **no es dable poner en movimiento el pesado engranaje de la reforma constitucional:** a la jurisprudencia le corresponde cumplir una función de adaptación y revitalización continua de la Constitución..." SAGÜÉS (NESTOR PEDRO), "Ley de Amparo Comentada, Anotada y Concordada con las Normas Provinciales", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 424.

33. Este aspecto, a saber, la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional (interno) propiamente, reviste la mayor importancia y actualidad, particularmente en Costa Rica, a la luz del nuevo artículo 48 de su Ley Fundamental, por el que se encuentran protegidos por los mismos mecanismos procesales, tanto los tradicionales "derechos constitucionales", consagrados a texto expreso por aquella normativa, como los "derechos fundamentales" contenidos en instrumentos internacionales aprobados por nuestro país. Esta disposición ha significado que el contenido de la Constitución se expandió a límites aún desconocidos, toda vez que deberá hacerse un recuento detenido de qué instrumentos internacionales de aquel tipo están vigentes, de modo tal que podamos hablar de una eficacia real de la norma. En otras palabras, para no seguir entendiendo la Constitución de la manera tradicional en que algunos insisten. Al respecto, dice CANNIZZARO (Enzo): *"Sulla base del comportamento attuato della giurisprudenza non vi è dubbio che le norme che consentono l'osservanza di abblighi internazionali godano di un trattamento diverso e più favorvole di quello reservato alle norme interne aventi il medesimo valore formale. L'attività di armonizzazione operata dalla Corte Costituzionale ha quindi prodotto un fenomeno favor conventionis nell'ordinamento costituzionale italiano"* ("Trattati Internazionali e Giudizio di Costituzionalità", Giuffré, Milano, 1991, p. 185 y sig.).

tante diga, sino por los compromisos que a nivel internacional ha suscrito el Gobierno de la República y aprobado la Asamblea Legislativa. Ambas normativas, la constitucional y la de derechos humanos, se integran al mismo nivel y con la misma fuerza, de modo que entre ambas se complementan, pero en ocasiones (como en el caso que comentamos) esta última condiciona y delimita a la primera.

Esta posición puede ser difícil de aceptar, pero es la que adoptó Costa Rica y nos parece extraordinariamente importante señalarlo.

Porque, no es, como también puede haberse insinuado, que la sentencia de comentario implique declarar inconstitucional una norma constitucional. De ser así, obviamente estaríamos en presencia de una situación herética, jurídicamente hablando. Se trata, más bien, de dar aplicación práctica al esquema actual por el que los Derechos Humanos son parte real y efectiva del sistema y cambiar la situación en que por mucho tiempo se ha estado, según la cual se habla, se pregona, se afirma del respeto a los derechos humanos, pero en la práctica se les margina. Por eso, es más apropiado aceptar que hoy la Constitución Política dice mucho más de lo que tradicionalmente se ha creído que dice, o se ha dicho que dice.

De conformidad con el sistema escogido por nuestra Constitución, ya no se trata de *"antagonizar"* entre el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho de la Constitución (interno).

> "No hay más pretensión de primacía de uno u otro, como en la polémica clásica y superada entre monistas y dualistas. En el presente dominio de protección, la primacía es de la norma más favorable a las víctimas, sea ella norma de derecho internacional o de derecho interno. Éste y aquél interactúan en beneficio de los seres protegidos. Es la solución expresamente consagrada en diversos tratados de derechos humanos, de la mayor relevancia por sus implicaciones prácticas..."[34]

En un proceso evolutivo de la jurisprudencia constitucional, esto parece absolutamente normal, aunque la actividad de la jurisdicción constitucional también es usual que cause en algunos sorpresa y algún temor. Ha sucedido y sucede no solamente en Costa Rica, sino en todos los países en que existe.[35]

Hemos hecho referencia a este caso, precisamente por lo anterior, y aunque no lo parezca, sí tiene que ver con la aplicación directa de la Constitución, para significar, también, la inteligencia de que la Constitución Política en

---

34. CANCADO TRINDADE (Antonio), "La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos", en "EL JUEZ Y LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA", Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Comisión de las Comunidades Europeas, San José, 1993, p. 266.

35. Aunque extrema, vale la pena citar la opinión de un jurista, profesor por mucho tiempo y hoy Magistrado Suplente de la Sala Constitucional (popularmente conocida como Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia): "La Sala Cuarta realmente está montada sobre un principio de que en caso de duda se favorece la libertad, es un favorecimiento a la libertad a ultranza y ha seguido una actitud, a mi juicio, injusta. Me atrevo a decir que la Sala Cuarta desde un principio ha mantenido ese favorecimiento a la libertad, menoscabando la autoridad, ha roto el equilibrio que teníamos antes. Otro ejemplo es que la Sala Cuarta ha puesto la Constitución a decir un 90% más de lo que decía o más concretamente, de lo que nosotros creíamos que decía..." MURILLO, Mauro. En "Manual de Técnicas de Asesoramiento y Elaboración de Informes y Dictámenes para Legisladores y Órganos Legislativos", San José, 1992, p. 89. No compartimos esta opinión, obviamente. La consideramos desproporcionada en relación al papel que viene desempeñando la jurisdicción constitucional en Costa Rica, al criticar lo que él llama *"defensa a ultranza"* de la libertad, o el *"menoscabo"* a la autoridad y rompimiento del equilibrio entre autoridad y libertad, dando a entender que ante la existencia de aquél, nunca fue necesario crear una nueva jurisdicción constitucional en 1989. Solamente la expectativa que ha creado la Sala Constitucional, como una respuesta a las necesidades de que la sociedad costarricense experimentaba en este campo, despeja cualquier duda al respecto. Baste por ahora solamente un dato adicional: en el primer año de funcionamiento de la Sala (1989-90), el número de asuntos ingresados fueron 1.893; en el segundo año (1990-91), el número de ingresos fue de 3.225, es decir hubo un 70% de aumento respecto del anterior; y en el tercer año (1991-92), los ingresos fueron de 4.396 casos, o sea, un aumento del 36% de ingresos respecto del anterior. Se nota un decrecimiento relativo en los ingresos, pero al irse asentando una tendencia jurisprudencial, es obvio que cada año se irá estabilizando la situación de nuevos casos. Lo que sí demuestran los números citados, es que había al momento de nacer la nueva jurisdicción constitucional, una demanda muy alta de sus servicios, lo que nos atrevemos a afirmar que obedecía precisamente a lo contrario de lo que afirma el distinguido colega Murillo Arias.

Costa Rica no es hoy en día solamente el conjunto de sus normas, sino también las normas de Derechos Humanos presentes en los instrumentos internacionales suscritos e internalizados por nuestro país. Y por si no fuera poco el que los jueces constitucionales hoy debamos *"trabajar"* con esa doble normativa, de diferente origen pero que debe coexistir armónicamente y en tanto más beneficie a la persona, también (hoy) entran en aplicación, más allá y a veces por encima de normas, principios y valores inspiradores del texto constitucional. Es decir, el concepto de Constitución que tenemos es mucho más denso y rico que lo tradicionalmente aceptado y proclamado en nuestras aulas universitarias y en nuestros propios estrados judiciales.

Vale la pena tener presente que en los propios textos internacionales de Derechos Humanos y también en las modernas Constituciones, hay disposiciones de diversa expresión para que sus normas y contenidos expresos no excluyan otros que deriven del derecho internacional (en general). Así, a modo de ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 29 (Normas de Interpretación) dispone:

> "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
> a) ...
> b) ...
> c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano..."

Cancado Trindade cita los casos de Portugal y Alemania en el mismo sentido.[36]

Nos parece también interesante, dentro de esa perspectiva, comentar que la Constitución Política de Guatemala (artículo 46) le otorga **preeminencia** a los tratados sobre Derechos Humanos aprobados por el país, pero en la práctica la norma costarricense tiene el mismo efecto por el principio favor conventionis, por el de aplicación de la norma más favorable a la persona, puesto que no se puede ya hablar propiamente de conflicto de normas.

Queda claro que la decisión de la Sala Constitucional tiene un firme apoyo en el sistema costarricense diseñado para proteger los derechos humanos, por lo que hemos eludido —al menos en esta ocasión— profundizar en cuanto al principio de igualdad, consagrado en el artículo 33 Constitucional, con pretensiones universales, que daría margen para la misma decisión aun sin la norma del artículo 48 citado, toda vez que el de igualdad es un principio básico, supraconstitucional diríase, fundante de toda interpretación que se dé dentro del ordenamiento jurídico, partiendo de la normativa constitucional misma. Pero esta fundamentación hubiera requerido un ejercicio intelectual diferente al que se utilizó desde la otra perspectiva de integración del derecho internacional con el derecho interno.

F. COMENTARIO FINAL

Creemos que el tema queda apenas insinuado. Es de gran importancia y para poder dar una respuesta apropiada, debe tenerse claro conocimiento de sus implicaciones, de modo que entonces puedan promulgarse las normas que sean necesarias, si deseáramos otorgarle a cada juez competencia para desaplicar —en forma ad hoc— las disposiciones que sean contrarias a la Constitución Política. De principio, claro está, cada juez —y cada funcionario público—, deberá procurar que sus decisiones y actuaciones se adecuen a lo que —particularmente en estos días— se ha dado en llamar *"el Derecho de la Constitución"*, que incluye tanto los valores, principios y normativa constitucional, como los criterios que la jurisdicción constitucional ha señalado para entender correctamente aquéllos. Pero de ahí a aceptar que puedan expresamente desaplicar normas por una contradicción con la Constitución, hay una gran distancia, insalvable, según nuestra opinión.

---

36. Op. cit., p. 236.

No nos queda duda de que, en Costa Rica, conforme a un sistema de justicia constitucional concentrado en grado máximo, no puede sostenerse la tesis de una competencia para los jueces de desaplicar normas inconstitucionales. Si lo aceptamos de la propia jurisdicción constitucional, porque, en aras de la protección de derechos fundamentales (libertad ambulatoria, debido proceso y derecho de defensa, por ejemplo), la Sala no tiene por qué esperar a que sea en una acción de inconstitucionalidad (formal, amplia, con participación de la Procuraduría General de la República y coadyuvantes, a veces pasivos), donde ella misma defina el punto, si en un proceso sumario se puede obtener una respuesta para el caso y situación concreta y, de paso, definir aspectos muy puntuales hacia futuro.

No podemos obviar problemas prácticos que presentaría una solución distinta:

a. devaluación funcional de la Sala Constitucional (contra constitutionem), desde que por un medio informal, que además ofrece poca seguridad (obviándose la publicidad a terceros que la acción de inconstitucionalidad protege), se pueden obtener pronunciamientos de inconstitucionalidad. Se utilizaría un mecanismo menos riguroso en cuanto a tramitación y análisis, y podría entrar en desuso la competencia de la Sala que como es usual en el sistema concentrado, tiene limitaciones expresamente señaladas en la ley;
b. desaparición de la unidad en la interpretación constitucional, facilitándose jurisprudencia contradictoria, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica. Una de las ventajas de un sistema de justicia constitucional, al estilo europeo, es que se obtiene coherencia doctrinaria con los pronunciamientos de un tribunal especializado en asuntos constitucionales. No podría pensarse en un sistema tan débilmente entendido, como cuando se trata de un sistema concentrado, que la jurisprudencia constitucional tenga una estima calificada, con vinculación para todos los tribunales, órganos de la administración pública y hasta para las personas privadas, con un efecto de irradiación o de cascada. La dispersión de esa competencia produciría, inevitablemente, serios contratiempos, obviamente graves, mayores que los que ya se le atribuyen a la Sala Constitucional (producción de *"agujeros jurídicos"* cuando declara inconstitucional una norma; parálisis de la actividad jurídica a nivel de tribunales y de la administración pública con motivo de sus resoluciones, etc.);
c. como consecuencia de lo anterior, al estar en presencia de un sistema de *"mera creación intelectual"* y no legal propiamente, las decisiones de los tribunales menores no tendrían un procedimiento de *"alzada"* a fin de que en último término haya un tribunal que mantenga la unidad de la jurisprudencia, como necesariamente requiere la justicia constitucional.[37] Al no existir esa posibilidad, de insistirse en que todos los jueces pueden —y deben— desaplicar normas inconstitucionales, estaríamos agravando aún más el panorama, desde que sería un sistema incompleto, proclive a la creación de contradicciones, vacíos legales, lo que, por supuesto, no conviene fomentar; y si se creyera que las Salas de Casación podrían ejercer esa unidad del sistema, simplemente estaríamos regresando al escenario que en 1989 se eliminó, lo que, como señalamos, haría que en la práctica existieran dos sistemas paralelos

37. *"Pero es un hecho que la* ***Supreme Court*** *americana —como también, por ejemplo, la Suprema Corte japonesa, creada parcialmente sobre el modelo americano, por la Constitución de 1947— no es el exacto equivalente de la Verfassungsgerichtshof austríaca, o de la Corte Constitucional italiana, o del Bundesverfassungsgericht germánico. Esto es, quiero decir que la Corte Suprema americana, e igualmente los órganos judiciales supremos de los otros sistemas "difusos" de judicial review, no son enteramente órganos judiciales que tengan funciones exclusivamente especiales ad hoc, como son por el contrario los órganos judiciales europeos mencionados hace poco. Al contrario, la Suprema Corte no es otra cosa que el más alto entre los ordinarios órganos judiciales federales americanos, y a ella, como va subrayado, se llega no mediante procedimientos especiales, sino a través del iter de las impugnaciones y recursos normales..."* CAPPELLETTI, op. cit., p. 75.

de justicia constitucional, que en nuestra opinión es una real contradictio in terminis. La misma Sala Constitucional, cuando declaró constitucional y legítimo el artículo 30 inciso b) de la Ley que rige su jurisdicción, por el cual **no cabe recurso de amparo contra actuaciones y resoluciones jurisdiccionales,** ha cortado la vía más apropiada para aquellos propósitos (vid. Voto Nº 2277-92);

ch. se ha dicho que en nuestro país deberán pasar algunos años de funcionamiento de la actual jurisdicción constitucional para que hablemos propiamente de una cultura constitucional, a base de una reiterada y cada vez más afinada jurisprudencia en la materia. Si como también se ha dicho, no es sino hasta ahora que los jueces (tal vez hasta la sociedad como tal) están *"descubriendo"* la Constitución y no es sino poco a poco que se la percibe como una norma y además superior, ¿cómo no anticipar un retroceso en el sistema difuso, que en los términos en que se ha pretendido por sus patrocinadores no se ha tenido en Costa Rica durante muchos años?

d. nos hemos referido al juez durante esta exposición, pero podemos hablar en los mismos términos de cualquier otro funcionario público, que estaría sometido a idénticos deberes, en especial el contenido en el artículo 11 Constitucional, que denominamos **principio de legalidad** y que se desglosa en dos aspectos: uno, que el funcionario público no puede hacer (o resolver) sino aquello que le esté expresamente autorizado, y un segundo, que tampoco puede actuar sino en perfecta armonía —en cumplimiento estricto— con la Constitución y las leyes. Desde este ángulo, entonces, si no hay competencia expresa, aunque para ser compartida con la Sala Constitucional, obviamente no podemos entenderla implícita en una norma que no llega a establecerla. Si no hubiera normativa clara en la materia, otra podría ser la conclusión, pero no es así. Solamente pensemos en base a cuáles presupuestos podría desaplicar por inconstitucional el juez una norma o acto ¿Lo podría hacer por vicios esenciales en el procedimiento de formación? ¿Lo podría hacer solamente por motivos materiales, valga decir, de contenido? ¿Podría acudir, en su función constitucional, a las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional?

Estas al menos, son cuestiones que en base al principio de legalidad a que están sujetos todos lo funcionarios públicos, cabría formularse. No dudamos que con base en los precedentes de la jurisdicción constitucional, que le son de aplicación obligatoria, el juez puede hacer una labor muy similar a la Sala especializada en la materia. Y hasta puede, al aplicar una norma, decir que lo hace siempre que se entienda de manera tal que sea compatible con la Constitución Política, sus valores y principios, así como con el Derecho de los Derechos Humanos (el método de "interpretación conforme").

Por eso, con base en los elementos de que disponemos a la fecha, creemos que esa es la única y adecuada posición, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico costarricense, utilizando abiertamente un criterio (principio) *"pro jurisdicción constitucional"*, que derivamos de los textos constitucionales, entre los que figura como más importante y que atañe directamente a la cuestión que tratamos, el artículo 10.

Debe tenerse muy presente que, antes de la reforma de 1989, el artículo 10 Constitucional atribuía a la Corte Suprema de Justicia declarar la inconstitucionalidad de las *"disposiciones del Poder Legislativo y de los decretos del Poder Ejecutivo"*, agregando: *"La ley indicará los tribunales llamados a conocer de la inconstitucionalidad de otras disposiciones del Poder Ejecutivo"*. Hoy, como ya hemos señalado profusamente, la Constitución opta por el control concentrado de constitucionalidad de un modo contundente, por lo que ya no solamente echaríamos de menos una norma secundaria clara, estableciendo un control difuso, sino una de rango constitucional, pues la competencia de la Sala Constitucional deriva del texto

supremo. Así las cosas, ¿cómo entender que puede disminuírsele o hacérsela compartir a través de una norma de menor rango, máxime con las insuficiencias que hemos comentado? Aquí no se trata de que haya una omisión constitucional, que permitiría a la ley el diseño correspondiente (como sucedió con la vieja Ley Orgánica de Tribunales), sino que hay un campo reservado por la normativa constitucional, que precisamente habla de una jurisdicción *"especializada"*, y no *"difusa"* como se ha pretendido por algunos.

Además, no puede ocultarse que cuando en 1989 se creó *"una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia"*, se afirmó que el cambio obedecía a la necesidad de que un único tribunal conociera de los asuntos de constitucionalidad, provocándose un modo muy particular (especializado) de enfocar esta clase de asuntos, lo que a su vez traería criterios más apropiados de interpretación y aplicación de la Constitución Política (que en opinión conteste de la doctrina tiene el carácter de documento político) que con anterioridad no era posible en tanto que jueces de la Casación (aunque Magistrados del nivel de Corte Suprema) compartían sus tareas de jueces del orden común con el de constitucionalidad. Incluso a los jueces de lo contencioso administrativo se les eliminó su competencia (ya de por sí reducida) en esa materia que les venía del artículo 20 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.[38] La especialización y la concentración, quedó en la Ley de la Jurisdicción Constitucional como un desarrollo en norma secundaria del diseño que las normas constitucionales establecieron para la nueva justicia constitucional.

Y como es público y notorio que en alguna medida, el sistema español de justicia constitucional sirvió de inspiración a la reforma costarricense de 1989, consideramos importante reseñar cómo se enfoca este problema en aquellas latitudes:

> "Evidentemente el juicio sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada lo reservan, tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia constitucional, al Tribunal Constitucional, que tiene en esta materia competencia exclusiva, pero ello no excluye, y está en la esencia misma de la cuestión, el juicio que sobre la hipotética inconstitucionalidad de la norma se reserva a los órganos jurisdiccionales, legitimados para interponer la cuestión, y que en realidad es el fundamento de la misma, aunque los efectos de este juicio no pueden compararse con el juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional en sus sentencias; mientras que aquél no sirve más que para fundamentar una cuestión de inconstitucionalidad que al juez ordinario le está vedado responder, el que realiza el Tribunal Constitucional tiene el efecto de excluir del ordenamiento una norma legal declarada inconstitucional, y afectada por lo tanto de nulidad..."[39]

Si el actual (y muy reciente) sistema costarricense se fraguó a través de varios años de discusión, ¿cómo aceptar que apenas transcurridos cuatro años, cuando es público y notorio que la jurisdicción constitucional (operando concentradamente) está en curso de generar una verdadera transformación del sistema jurídico, deba abandonársele para ir a un sistema ciertamente ajeno a nuestra idiosincrasia y que tendría más problemas que ventajas? ¿Cómo hacer para que se olviden las dudas —algunas fundadas— respecto de las decisiones que en

---

38. Obviamente, se trata de una decisión política, aunque como ya hemos tratado de reseñar, motivada en argumentos de cierto calado. Tal vez se subsumen en esa posición, específicas concepciones sobre la naturaleza de la Constitución Política, que merece un custodio particular, como también concepciones acerca de los distintos perfiles del juez común y del constitucional. Al respecto, ha escrito BALAGUER (María Luisa): "Lo que haría cualitativamente diferente la interpretación constitucional, es por una parte el carácter político de la Constitución y por la otra, la imprecisión de las normas en ella contenidas. Para E. Alonso, defensor de una específica teoría de la interpretación constitucional, lo que distingue a la Constitución de otras ramas específicas del ordenamiento, además de la amplitud de la norma, que puede encontrarse en otros sectores —como también en la Constitución pueden encontrarse mandatos cerrados—, está en que hay un "plus" en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, que la hace especialmente susceptible a la crítica de que no se trata de una función jurídica..." ("La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria", Editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 59 y ss.).

39. GARCÍA MARTÍNEZ (María Asunción), "El Recurso de Inconstitucionalidad", Editorial Trivium, Madrid, 1992, p. 46.

materia de constitucionalidad tomaban en el pasado los jueces ordinarios?

Por supuesto, y lo hemos aceptado en otros escritos, el poder creador del juez —de todo juez— es extraordinario. Dependiendo de su formación, de su vocación, de su actitud, de cómo entiende su rol en la sociedad, el juez del orden común podría llegar, en términos de normalidad, a desaplicar cualquier norma inconstitucional. Incluso creemos que ahora que se inicia una verdadera carrera judicial, podríamos esperar más de ellos que en el pasado. Pero es tanto lo que se envuelve, según vayamos de un sistema a otro, que vale la pena pensarlo y repensarlo, para dar el paso, y agregamos, por la vía apropiada.

No creemos que lo anterior lesione el dogma de la supremacía de la Constitución. Por el contrario, consideramos que con el sistema actual está más que garantizada la real y efectiva supremacía de los valores, principios y normas constitucionales.

O para decirlo de otra manera, es un sofisma derivar del concepto de *"lex superior"* la necesidad de que cualquier juez deba declarar la inconstitucionalidad y desaplicar la norma que se le oponga, en el caso concreto, pero es particularmente un sofisma, si la Constitución ha establecido mecanismos para su defensa. Porque, con esa argumentación se nos obligaría a afirmar que están equivocados, además del sistema costarricense, los de muchos otros países con una gran tradición jurídica, que tienen nuestro mismo enfoque. Solamente criterios de conveniencia, unidos a otros de carácter histórico, podrían determinar que un país se inscriba en determinado sistema de control de constitucionalidad.

A lo largo de este documento se han citado, aunque someramente, los casos de España, Italia, Alemania y Estados Unidos de América y Guatemala, pero también resulta interesante tomar en cuenta que en Francia, si bien el control de constitucionalidad tiene sus propias características, tampoco han faltado excitativas y argumentos para tenerlo por modificado, los que finalmente han resultado impotentes, no obstante la calidad intelectual de sus portadores.[40] Como se ve, se confirma que no solamente en nuestro medio se cuecen habas.

En el caso costarricense, no creemos que la cultura jurídica esté preparada para un (nuevo) cambio de sistema y no deberíamos arriesgar, innecesariamente, lo que en 1989, luego de muchos años de esfuerzo, se pudo lograr. Si hay que hacer ajustes en el actual, está bien que se intenten razonablemente, pero creer que se puede retirar un escenario, para súbitamente colocar otro, nos parece un tanto forzado en esta especial materia.

De todas formas, y aunque como ya lo admití, la discusión queda apenas esbozada, no resistí el impulso de incorporar mi percepción acerca de este trascendental tema.

---

40. Lo destaca muy apropiadamente el Prof. Favoreau: *"Los más renombrados especialistas en derecho público —Profesores Berthélémy, Duguit, Hauriou, Mestre y Rolland— estuvieron de acuerdo, algo inusual en sí mismo, a instar a los jueces de las cortes ordinarias a tener el valor de seguir el ejemplo americano. Los resultados, sin embargo, fueron magros. En pocos casos el Consejo de Estado y la Corte de Casación anularon el efecto de una ley inconstitucional, interpretándola dentro de los límites constitucionales; pero no hubo un caso en el cual el Consejo de Estado o la Corte formalmente declararan una ley inconstitucional. Cuando un tema constitucional fue elevado ante una Corte ordinaria, tanto una civil como administrativa, el juez sostuvo la posición de que él tenía que aplicar la ley y no podía considerar si la ley era inconstitucional. Esta es la posición hoy, y los escritores actuales fuertemente apoyan, en principio, el sistema de los Estados Unidos... Francia ha establecido, sin embargo, la revisión constitucional mediante el Consejo Constitucional, pero ese no es el modelo de los Estados Unidos..."* FAVOREAU (Luis), "Constitutional Review in Europe", en "Constitutionalism and Rights" editado por Louis Henkin y Albert J. Rosenthal, Columbia University Press, New York, 1990, p. 43.

Revista Judicial, Costa Rica. Año XIX, Nº 61, abril 1995

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL DERECHO TRIBUTARIO

OTROS ASPECTOS DEL DERECHO TRIBUTARIO PROCESAL, ESPECÍFICAMENTE EL RÉGIMEN DE CONSULTA PREVIA, LAS MEDIDAS CAUTELARES O DE GARANTÍA PARA PROTEGER EL CRÉDITO FISCAL Y EL "SOLVE ET REPETE"

LIC. LUIS E. RODRÍGUEZ PICADO
Presidente del Tribunal Fiscal Administrativo de Costa Rica.

EL RÉGIMEN DE CONSULTA PREVIA EN COSTA RICA

El régimen de consulta previa en Costa Rica, se encuentra regulado en el artículo 114 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, aprobado por Ley 4755 del 29 de abril de 1971, que entró en vigencia el 1 de junio siguiente. Este régimen, sigue los lineamientos de los artículos 166, 167 y 168 del modelo del Código Tributario preparado para el programa conjunto de tributación OEA-BID adaptado a las situaciones del país.

Para evacuar la consulta la Administración Tributaria dispone de un plazo de cuarenta y cinco días, vencido el cual, sin que se haya dictado resolución, se entiende aprobada la interpretación del consultante, si este la ha expuesto.

Dicha aprobación se limita al caso concreto consultado y no afecta los hechos generadores que ocurran con posterioridad a la notificación de la resolución que en el futuro dicte la Administración Tributaria.

De lo expuesto se extraen tres aspectos fundamentales de este Instituto:

A) Consulta sobre un caso concreto y actual.
B) Silencio positivo.
C) Variación de criterio.

A) Consulta sobre un caso concreto y actual.

La jurisprudencia costarricense dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Fiscal Administrativo, ha sido clara en el sentido de que la consulta, tal como está regulada en nuestro Código Tributario, debe referirse a una situación de hecho concreta y actual y debe formularla a la Administración Tributaria, quien tenga un interés personal y directo, toda vez que se requiere como "conditio sine qua non" que el consultante exponga con claridad y precisión su interpretación de la aplicación del derecho a una situación de hecho.

Entre otros casos ha resuelto el Tribunal Fiscal Administrativo que: "la autorización que ahora se solicita, vía consulta, trae consigo, consecuencias de carácter general para la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

aplicación de porcentajes sobre gastos para la obtención de ingresos gravables, que en el caso de análisis se trata de viáticos y gastos de transporte. La resolución que se dicte evacuando dicha consulta, no se circunscribiría por lo tanto a una situación concreta y actual que es el presupuesto jurídico sobre el cual se basa el Instituto de la Consulta. Estima el Tribunal que la autorización implicaría resolver sobre hipotéticas situaciones eventuales, con los consecuentes perjuicios para el Estado, al estar sujeto lo aquí resuelto a variaciones constantes por incrementos en los costos y precios del mercado. Establecidas así las cosas la consulta formulada debe ser rechazada ad portas..." (T.F.A. Nº 121, 15,30 h del 18 de setiembre de 1990).

El Instituto de la Consulta al disponer que se refiere la misma a un caso concreto y actual, lo es con el objeto de regular la conducta que debe seguir el administrado para actuaciones futuras, sea, que se regula el procedimiento para asegurar la correcta interpretación y aplicación de las normas tributarias, con anterioridad al cumplimiento de las obligaciones por parte del contribuyente. Al respecto ha resuelto el Tribunal Fiscal Administrativo: "Tenemos entonces que la finalidad de esta disposición es facultar al contribuyente a solicitar el pronunciamiento previo de la Administración sobre un caso concreto, para actuar sobre bases seguras, ajustándose al criterio dado por la Administración, en forma expresa o bien por silencio positivo, pero no se puede pretender que la consulta verse sobre situaciones de periodos anteriores en que los hechos generadores y el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones ya se produjo; y que la respuesta que se dé expresamente o por silencio de la Administración sea aplicable o afecte tales situaciones de periodos anteriores". (T.F.A. Nº 8, 11,00 h del 18 de enero de 1989).

B) Silencio positivo.

El Instituto de la Consulta, establece que en caso de que no se evacue la misma dentro del plazo de cuarenta y cinco días se opera el silencio positivo a favor del consultante, en vista de lo anterior es indispensable que éste exponga el criterio sobre el asunto consultado, con la finalidad de que el mismo se tenga por aprobado en caso de que la Administración no conteste su consulta. Es importante transcribir el fallo del Tribunal Fiscal Administrativo sobre un asunto llegado a su conocimiento por vía de apelación, se resolvió en los siguientes términos:

"La disposición anterior no contempla el caso de que la Administración no cuente con los elementos de juicio para resolver, que es el motivo o razón que alega la Tributación Directa para no haber resuelto en el plazo que fija la ley. Ante la ausencia de disposición expresa que contemple el caso, debemos acudir a la doctrina y a la interpretación de los fines que busca la disposición, y tanto la doctrina como una correcta interpretación de los objetivos de la norma nos dicen que la Administración en tales casos debe interrumpir el plazo solicitando la información pertinente. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández nos dicen al respecto: "El cómputo del plazo puede complicarse cuando en el curso del mismo órgano administrativo llamado a decidir señala al interesado la existencia de defectos de orden técnico o de cualquier otro tipo que sea preciso subsanar. En estos casos, el requerimiento consiguiente interrumpe el plazo de silencio, que se reanudará una vez subsanadas las deficiencias observadas". *(Curso de Derecho Administrativo,* tomo 1, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1977, pág. 391). De suerte que ante una situación como la que plantea la Tributación Directa, de ausencia de elementos de juicio para resolver, la Administración debe proceder a solicitar la información que necesite para ello, y así interrumpir el plazo, caso de que no lo haga, no puede excusarse en tales razones para no resolver en su oportunidad, ya que constituyendo el silencio positivo una sanción para la inactividad de la Administración, sea que tiene por objeto sancionar su tardanza en resolver, no sería lógico que la Administración pudiera excusarse alegando la ausencia de elementos de juicio para resolver, los cuales no se preocupó en requerir al consultante antes de que el plazo se venciera. Aceptar la tesis de la Dirección en ese sentido, sería dar al traste con

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la institución del silencio positivo. Además en el caso de análisis la Tributación Directa contestó la consulta, una vez vencido el plazo señalado por la ley, denegándola con los mismos elementos de juicio proporcionados por el consultante, ya que no consta en el expediente que haya obtenido nueva información al respecto. Así las cosas, como bien lo expresa la recurrente en escrito presentado ante este Tribunal, la consulta no evacuada en el plazo de ley, "se vuelve definitiva y adquiere la característica por la ficción del silencio administrativo positivo, en una resolución expresa creadora de derechos, la cual no puede suprimirse por otra resolución ni desconocerla la Administración, a menos que utilice la vía del contencioso de lesividad y hasta el momento en que obtenga una sentencia firme en vía judicial" (folio 14). Conforme a lo expuesto, lo resuelto por la Dirección General de la Tributación Directa en el oficio impugnado, denegando lo ya aprobado por silencio positivo, constituye una revocatoria de un acto creador de derechos, el cual no puede anularse si no es por la vía del Contencioso de Lesividad, o bien mediante la declaratoria de nulidad absoluta previo dictamen favorable de la Procuraduría General de la República (artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y 173 de la Ley General de la Administración Pública). En el mismo sentido, los citados tratadistas exponen: "...Puede decirse, por tanto del silencio positivo que es un verdadero acto administrativo, equivalente a esa autorización o aprobación a las que sustituye. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, según la cual no cabe aceptar, en principio, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, que la Administración resuelva de forma expresa de modo contrario al otorgamiento positivo que se ha producido en favor del particular por el transcurso del plazo de silencio. Ese acto expreso posterior denegatorio de lo ya otorgado por silencio positivo se considera entonces como una revocación de oficio de un acto declarativo de derechos, realizada al margen del procedimiento establecido y, en consecuencia, nula de pleno derecho". (Pág. 389, *op. cit.)*. Así las cosas se estima que el oficio impugnado, por el que se revoca un acto que otorga derechos —lo aprobado por silencio positivo— apartándose de lo establecido en la ley para esos efectos, es absolutamente nulo y así debe declararse, por haber sido emitido por un órgano que ya había perdido la competencia para resolver, y haberse dictado en contravención de las disposiciones legales establecidas al efecto. Asimismo debe, consecuentemente, tenerse por aprobada la interpretación dada por el consultante, o sea tenerse por contestada afirmativamente la consulta". (T.F.A. Nº 70, 9,00 h del 30 de mayo de 1984).

De lo transcrito anteriormente se desprende la importancia que reviste el Instituto del Silencio Administrativo Positivo en el caso de las consultas.

C) Variación de criterio.

La Administración Tributaria, al evacuar la consulta formulada, ya sea por silencio positivo o por resolución expresa define la situación con base en los hechos y en el derecho vigente en ese entonces, sin que ello implique que en el futuro no pueda cambiar de opinión, en cuyo caso el criterio ahí exteriorizado sustituye al anterior pero con la aclaración de que el nuevo no podrá surtir efecto retroactivo ni alterar situaciones consolidadas al amparo de la primitiva respuesta, en una palabra el nuevo criterio surte efecto ultractivo, es decir, para el futuro. *(Procedimiento Tributario,* Giuliani Fonrouge, pág. 32)". Ha resuelto el Tribunal Fiscal Administrativo: "...Así las cosas, la variación en el criterio exteriorizado por la Administración no está viciado de nulidad y es válido a partir de la notificación del mismo, sea de la notificación del oficio 754 impugnado. En este orden de ideas, el primer criterio exteriorizado en el oficio revocado, es válido en el periodo del 23 de setiembre de 1988 al 3 de mayo de 1989, fecha en que se notificó el 754, y únicamente respecto a las producciones de documentales, efectuados en dicho periodo, en que se ha dado una situación consolidada al amparo de la primera respuesta a la consulta, la cual no puede suprimirse unilateralmente ni desconocerla la Administración". (T.F.A. Nº 73, 10,00 h del 10 de setiembre de 1991).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LAS MEDIDAS CAUTELARES O DE GARANTÍA PARA PROTEGER EL CRÉDITO FISCAL

Estas medidas pueden solicitarse por la Administración Tributaria cuando exista riesgo para la percepción de los créditos tributarios.

Entre las medidas cautelares se consignan:

A) Embargo preventivo.
B) Secuestro de bienes.
C) Otras medidas como clausura, intervención de empresas.
D) Prohibición de salir del país sin pagar impuestos, etc.

A) Embargo preventivo.

El Código de Normas y Procedimientos Tributarios de Costa Rica, en el artículo 164, inciso d), autoriza el embargo preventivo, al disponer:

> "Cuando esté en vías de determinación un crédito fiscal y, a juicio de la autoridad administrativa competente, exista peligro de que el obligado se ausente, enajene u oculte sus bienes o realice cualquier maniobra tendiente a dejar insoluto el crédito.
>
> En estos casos, dicha autoridad debe solicitar a la Oficina de Cobros que decrete la correspondiente medida cautelar, e iniciar seguidamente el procedimiento necesario para determinar y liquidar el crédito fiscal en un plazo que no se debe exceder de treinta días. Si el crédito fiscal se cubre dentro del término de quince días siguientes a la notificación, el deudor no está obligado a pagar gastos de ejecución. Si pasados treinta días de practicado el embargo, no se ha notificado la determinación y liquidación del crédito fiscal, la Oficina de Cobros debe proceder a levantar dicho embargo".

Esta disposición, en la práctica ha resultado totalmente inaplicable, por la sencilla razón de que el plazo de vigencia del embargo preventivo no puede exceder de 30 días y el proceso de determinación de la obligación tributaria conlleva varios meses, razón por la cual el embargo se vuelve insubsistente por el preventorio plazo de 30 días que no le da oportunidad alguna a la Administración para concluir el proceso de determinación en un lapso tan corto. En vista de lo anterior el suscrito ha presentado a consideración de los señores Diputados, un proyecto de ley, en el cual entre otros artículos, se modifica esta disposición legal ampliando el plazo a un periodo más razonable, con el objeto de que los bienes puedan ser embargados previa y administrativamente hasta por el periodo en que el acto administrativo se encuentre firme en sede administrativa y en consecuencia sea ejecutivo y ejecutorio, momento en el cual procedería el secuestro de bienes con base en el título ejecutivo, de esta manera se evitaría distracción de bienes.

B) Secuestro de bienes.

En el proceso contencioso de ejecución, en Costa Rica, el Estado promueve la acción ejecutiva, ante un juzgado contencioso cuya competencia es exclusiva para conocer de los cobros de impuestos.

En estos casos el título ejecutivo, lo constituye la certificación del adeudo tributario expedido por la administración tributaria, en esas condiciones el juez despacha ejecución y decreta embargo en los bienes del contribuyente, al practicarse esta actuación el ejecutor tiene dos alternativas, la primera es solicitarle al juez el embargo de los bienes y que se le nombre depositario judicial de los mismos; la segunda alternativa es la de decretar embargo y nombrar depositario judicial al propietario de los mismos, esta es la práctica más generalizada.

En Costa Rica en muy pocos casos se nombra al Estado depositario de bienes excepto en casos extremos ante la insolvencia o quiebra del deudor, la razón es obvia debido a la circunstancia de que para no causarle mayor perjuicio al deudor se opta por la alternativa de dejarlo en posición de los bienes con el objeto de que pueda continuar en el desarrollo de sus actividades, hasta tanto no se cancele la obligación o en su caso se remate los bienes objeto de embargo. Otra razón por la cual el Estado rara vez es depositario de bienes obedece

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a la circunstancia de que los mismos pueden ser sustraídos, al no contarse con recintos apropiados para su custodia, lo que acarrea responsabilidad del Estado y de los funcionarios encargados el depósito de los bienes. En Costa Rica las diligencias de cobro se hacen por intermedio de una oficina encargada para ello denominada Oficina General de Cobros de la Dirección de Hacienda, quien está facultada para decretar y practicar embargos administrativos sobre toda clase de bienes del deudor; la anotación del decreto de embargo tiene un término de validez de 3 meses en las condiciones señaladas en el artículo 635 del Código Procesal Civil.

C) Clausura: cierre del establecimiento comercial.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley de Impuesto sobre las Ventas y su reciente modificación mediante Ley 7293 de 3 de abril de 1992, la Administración Tributaria queda facultada para ordenar el cierre de los establecimientos comerciales, en los siguientes casos:

1) No estar debidamente registrados ante la administración tributaria.

2) No emitir o no entregar al cliente, en el mismo acto de la compraventa o de la prestación del servicio, la factura o el comprobante debidamente autorizados por la administración tributaria.

3) No percibir o no retener, el tributo correspondiente.

Esas disposiciones son aplicables al impuesto sobre la renta y al impuesto selectivo de consumo.

En cualquiera de los casos, la causal por la que se efectuó el cierre de un establecimiento, se hará constar por medio de sellos oficiales que se colocarán en las puertas, ventanas u otros lugares del negocio.

En los casos de cierre, el contribuyente siempre deberá asumir la totalidad de las obligaciones laborales.

Contra la resolución de la Dirección General de Tributación Directa, que ordena el cierre del negocio, se pueden interponer los recursos de revocatoria y apelación subsidiaria para ante el Tribunal Fiscal Administrativo, dentro del plazo de tres días hábiles, contados a partir del día siguiente a la notificación de dicha resolución.

D) Prohibición de salir del país sin pagar impuestos.

En Costa Rica hace muchos años, se emitió Decreto Ejecutivo Nº 10 del 19 de enero de 1950, que prohibía salir del país sin pagar impuestos, luego se aplicó únicamente a las personas que realizaban espectáculos públicos en el país, los cuales debían demostrar la cancelación del impuesto de espectáculos públicos (40% del total de los ingresos), requisito sin el cual la Dirección General de Migración no autorizaba la salida del país (art. 72, Ley 7097 del 18 de agosto de 1988). Dicha disposición fue declarada inconstitucional por ser una norma atípica del Presupuesto de la República (Sala Constitucional, Res. 182 del 26 de setiembre de 1990).

EL PRINCIPIO DE SOLVE ET REPETE

"El abuso de la regla 'solve et repete' en nuestra legislación tributaria que en general exige el pago previo de la obligación como condición para la revisión amplia de la determinación administrativa, y la creencia errónea de que es una institución común en derecho fiscal, justifica su examen antes de tratar las acciones y recursos en particular". (Carlos M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Tributario,* cuarta edición, pág. 837).

El comentario anterior se refiere a la legislación tributaria argentina, debemos decir que en Costa Rica, por Ley Nº 3063 del 14 de noviembre de 1962 se establecía la obligación del

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

previo pago de impuestos determinados por la Administración Tributaria como conditio sine qua non para poder interponer recurso de apelación ante el Tribunal de la Renta, hoy Tribunal Fiscal Administrativo. Se disponía en aquella normativa legal, que si el superior modificaba o revocaba parcialmente lo resuelto por el a quo, se restituiría el exceso pagado, igualmente se disponía que si la apelación se declaraba improcedente en todo o en parte se consideraba agotada la vía administrativa. Aquella disposición legal fue derogada por Ley 4755 de 29 de abril de 1971, por la cual se deja sin efecto la exigencia del pago previo como requisito para recurrir tanto al Tribunal Fiscal Administrativo como a los órganos jurisdiccionales, de manera tal que actualmente en Costa Rica los contribuyentes pueden impugnar lo resuelto por los órganos administrativos, sin el pago previo. Lo anterior no significa que el acto administrativo no sea legítimo y ejecutorio, por el contrario presentada la demanda judicial, la autoridad competente despacha ejecución y decreta embargo en los bienes del deudor. En Costa Rica de acuerdo con el artículo 83, inciso 9), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en ningún caso se accederá a la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnados, a diferencia de otras materias en que es procedente la suspensión del acto administrativo, cuando de la ejecución del mismo deriven consecuencias de imposible o difícil reparación.

Otra limitación en materia tributaria, a cargo del contribuyente lo era el afianzamiento unilateral de costas, por cuanto el Estado no debía de afianzar costas, mientras que el contribuyente sí estaba obligado, lo que dio origen a una acción de inconstitucionalidad la cual fue declarada con lugar por la Corte Constitucional y hoy día tanto el Estado como el administrado pueden pedirse recíprocamente garantía de costas. (Sala Constitucional, 11 de junio de 1991).

CONCLUSIÓN

El análisis somero de los anteriores aspectos, da una idea clara del nuevo enfoque, que entre Administración y administrado, ha dado el Derecho Tributario y como dice con elocuencia el tratadista D'Amelio" El nuevo sistema jurídico, llegado a un grado de madurez, se desprende del originario también por escisiparidad; se torna autónomo y vive junto a la célula madre, luego de haber vivido en su seno". Pero, desde luego, para que la segregación sea una realidad, para que el nuevo organismo adquiera vida independiente, no basta que represente excepciones y derogaciones al derecho preexistente: es menester que disponga de principios generales propios; ellos constituyen "las líneas arquitectónicas del nuevo derecho". (D'Amelio, *L'autonomía del Diritti —in particolare del Diritto Finanziario—*, en **Rev. Dir. Fin.**, seg. edic., 1941-I, págs. 1 y ss.).

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO TURÍSTICO

LIC. JOAQUÍN VILLALOBOS SOTO
Especialista en Derecho Público.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la actividad turística le ha dado a la regulación de la materia renovada actualidad, en particular al llamado **"CONTRATO TURÍSTICO"**, pues su uso se ha incrementado notablemente, así las cosas, se han presentado algunos litigios en los que se ha cuestionado la verdadera aplicación de este último instrumento y su debida interpretación, incluyendo la reforma del mismo por parte del poder ejecutivo a través de los reglamentos de su aplicación.

Este estudio en particular se refiere a un conflicto entre una empresa de transporte aéreo internacional de pasajeros que suscribió dicho tipo de documento, y que posteriormente planteó litis a raíz de un cambio en el precio del combustible para sus operaciones, amparándose tanto ella, como el Estado en su oposición, en cuál debía ser la aplicación del llamado **"CONTRATO TURÍSTICO"**, en consecuencia se previene al lector que a través del artículo se remitirá, como medio de ejemplo y de análisis, a tal conflicto. Se plantea la cuestión en cuanto a los derechos que las partes devengan de la firma de éste; empezando por cuestionar si es o no un contrato como se le denomina, o si estamos ante otra figura, y, en tal caso, ello determine las consecuencias legales y jurídicas que cada una puede esperar o reclamar de la otra. En otras palabras, se centra la cuestión en primer término sobre la naturaleza de la relación jurídica del convenio que suscribieron, denominado "contrato"; una vez definida tal cuestión se discute sobre los derechos que resulten para ambas de tal naturaleza, la extensión y límite de las obligaciones que devienen de tal negocio jurídico para cada parte, y, con base en ello, determinar si procede la reforma al reglamento cuestionado, y si procede su aplicación a la relación entre las partes; tal es en esencia la cuestión jurídica planteada, y sobre la que el presente artículo propone una solución.

CAPÍTULO I: SOBRE EL MARCO NORMATIVO

Para determinar en primer lugar el tipo de relaciones que existen entre las partes, y en particular si hay un contrato, y de qué tipo, se debe en primer lugar considerar la normativa que le da fundamento, cual es en estos casos la LEY DE INCENTIVOS PARA EL DESARROLLO TURÍSTICO, número 6990 del quince de julio de mil novecientos ochenta y cinco, indi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cándose normalmente que su contenido es parte del contexto de la relación, junto con su Reglamento, por Decreto Ejecutivo Nº 16605-H de octubre de mil novecientos ochenta y cinco. El artículo 2 de la ley establece que la misma tiene por objeto establecer un proceso acelerado y racional de desarrollo de la actividad turística, se establece así el marco de referencia básica del programa que propone la ley, o sea para obtener un proceso de desarrollo de la actividad de turismo más o menos controlado o promovido por el Estado se otorgarán incentivos y beneficios que estimulen la realización de proyectos importantes, en lo que interesa a la litis es de interés tener presente la noción de incentivos y beneficios a modo de estímulo, sea que ellos serán una razón de peso para que una empresa se comprometa en un proyecto turístico, en virtud de las ventajas que tales incentivos le representan sobre otras empresas en otros campos. El artículo 4 por su parte establece que los incentivos que la ley comprende serán otorgados por el Instituto Costarricense de Turismo, mediante un "Contrato Turístico", previa aprobación de la Comisión Reguladora de Turismo que nombrará la Presidencia de la República, además de establecer cómo se conformará ésta, indica que dicho contrato incluirá tanto los beneficios como las obligaciones y garantías que en cada caso corresponderá exigir al solicitante, interesa en particular este artículo porque inicia la mención del discutido contrato, en primer término, y en segundo lugar establece una función para la Comisión Reguladora de Turismo, además de la existencia de la misma. Al efecto conviene considerar en particular que la norma refiere someramente a un "Contrato Turístico", que deberá incluir los beneficios que el Estado otorga, no indica nada más sobre su naturaleza o tipo de clasificación, además sobre la comisión dicha establece su integración y autoridad que la nombra, y que será la que aprobará la contratación, solamente. El artículo 7 por su parte establece la lista de beneficios que la misma ley reconoce a los que califiquen, pudiendo otorgarse según el tipo de actividad concreta, en forma total o parcial. Llama la atención al inciso "B)" en que se establece que para las empresas de transporte aéreo de turistas internacionales y nacionales habrá: "i) exención total del impuesto sobre la renta hasta por un período de doce años a las empresas nuevas y a las que estén en operación. ii) Depreciación acelerada de los bienes... iii) Suministro de combustible a un precio competitivo no mayor al promedio establecido en el mercado internacional... iv) Exoneración de todo tributo y sobretasa para la importación y compra de local, de los repuestos...", en este campo conviene observar, que en cuanto al suministro de combustible se establece una noción general de "precio competitivo no mayor al promedio establecido en el mercado internacional", sin establecer la forma de calcular dicho precio, pero dejando clara la noción de facilitar un costo menor, teniendo como referencia que no será mayor al del mercado internacional. Y el artículo 13 establece que la falta de cumplimiento en el nivel de calidad y precios, de los servicios correspondientes a la categoría concedida por el Instituto de Turismo, dará derecho a éste a cancelar los beneficios e incentivos otorgados con las consecuentes implicaciones legales; hay así una obligación de parte del administrado a cumplir con los términos que el Instituto le establece a efecto de continuar disfrutando los incentivos otorgados; se plantean de la lectura de la ley ciertas conclusiones prima facie: se establece un "Contrato Turístico", sin especificar su naturaleza o características particulares, una Comisión Reguladora de Turismo con la función de calificar a las empresas interesadas en el contrato, sin dar más detalles de sus funciones; que al suscribir el contrato el administrado contraerá el compromiso de cumplir una serie de obligaciones, como requisitos de calidad en los servicios y precios ofrecidos a los turistas, impuestos por el Instituto de Turismo, no por la Comisión; y a su vez el Estado, como concepto general de Gobierno de la República, no el Instituto, se compromete a reconocer los incentivos, entre los que se encuentran la exención de impuesto sobre la renta hasta por doce años, exención de otros tributos en importación de bienes o compra de locales, depreciación acelerada de los bienes, lo que también es un tipo de exención tributaria en virtud de que ello

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

establece un monto menor en el pago de tributos sobre el valor de las cosas; y el suministro de combustible a un precio competitivo en abstracto.

Este último aspecto requiere cierto análisis, ¿competitivo para quién o respecto de quién?, se debe entender en el sentido de que sea un precio que en sí mismo compita con otros precios, lo cual ocurre cuando es relativamente más bajo que otros, de manera que los compradores lo prefieran para su mejor provecho o ganancia; ahora bien, al establecer que no debe ser mayor que el del mercado internacional se implican dos conceptos, que la competitividad debe ser con precios de dicho mercado y no respecto del nacional, y, en segundo lugar, que tal costo o valor no debe estar en el nivel más alto, y, sobre todo no debe ser superior respecto de los otros; si se quiere hay reiteración de la idea.

Por su parte, el reglamento a la ley establece en su artículo 1 una serie de definiciones de los términos empleados en el resto del cuerpo normativo, así en el inciso b), se establece: "Contrato Turístico: es el convenio suscrito entre el Instituto Costarricense de Turismo y la empresa respectiva", debe notarse que se refiere a la palabra convenio entre la Administración y el administrado, el artículo 2 del reglamento, da inicio al capítulo segundo de la misma, estableciendo y normando a la Comisión Reguladora de Turismo; el artículo 6 establece cuáles son sus funciones: a) estudiar las solicitudes de contratos, b) ejercer control periódico mediante programas coordinados con la Dirección de Hacienda y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes sobre el uso de los vehículos exonerados, c) establecer sus propias normas de funcionamiento sobre lo que no esté expresamente indicado en la ley y el reglamento, además debe aprobar criterios de evaluación de los programas y proyectos generales para cada actividad conforme con el artículo 12 de la Ley en cuanto fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contratadas; los artículos 7 y 8, disponen la potestad de aprobar las solicitudes de contrato y su notificación al Instituto, el 9 reitera que para poder obtener el contrato se debe estar calificado por la Junta, tal calificación no compromete al Instituto ni a la Comisión a otorgar ningún incentivo en particular y que éstos se evaluarán y aprobarán con base en los requisitos establecidos por Ley, el reglamento y la Comisión. El artículo 12 establece que, aprobada una solicitud, el Instituto y la empresa suscribirán un contrato a través del que se otorgarán a esta los beneficios que procedan conforme con el artículo 7, y el 13, ordena que el contrato establecerá con claridad ciertos aspectos mínimos como nombre e identificación de la empresa, su descripción, los incentivos que se otorgan con los plazos, comisiones o modalidades indicados por la comisión, las obligaciones del beneficiario, etc. El artículo 19 da la lista de incentivos para las empresas de transporte aéreo de turistas, repitiendo en general lo ya dicho del artículo 7, inciso b) de la Ley, pero concretando en particular, que el suministro de combustible sería a un precio no mayor al promedio resultante de los precios de venta en Miami, México, Panamá, Colombia, Venezuela.

Se observa que, además de indicarse qué elementos se incluyen en el contrato, el mismo se le define como convenio y se reitera que una vez aprobada la gestión del interesado se debe firmar el mismo, indicándose el tipo y modo de incentivos que se le otorgarán de entre los que establece la ley, sin que se considere forzoso reconocerlos todos; además se señala la integración y presidencia de la Comisión, la que tiene como funciones, además de aprobar las solicitudes de contrato, el ejercer control sobre los vehículos exonerados, aprobar criterios de evaluación de los programas y proyectos para la actividad y fiscalización del cumplimiento de las obligaciones contraídas por las empresas, y el darse sus propias normas de funcionamiento, así se concreta bastante la función y fin de la comisión. Sobre el contrato en particular llama la atención que al definírsele se le llama convenio entre la Administración y el administrado, manteniendo una situación de acuerdo de partes, pero sin aclarar si es de tipo civil o un tipo de contrato administrativo.

Como referencia, para ubicar el concepto, conviene mencionar que la Ley de Protección y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Desarrollo Industrial, número 2426 del tres de setiembre de mil novecientos cincuenta y nueve establece, en su artículo veinticinco, el deber de suscribir un contrato con el Estado para poder disfrutar de los incentivos que se dan a las industrias que califiquen, nótese que es una regulación sumamente similar a la de los contratos turísticos e igualmente oscura, por cuanto no se entra a determinar qué tipo y características tiene dicho "contrato"; el artículo 28 de la misma Ley establece que éste debe ser aprobado por la Contraloría General de la República antes de firmarse, fuera de eso, el Reglamento a la Ley menciona al contrato en los artículos 45 y 46 estableciendo la posibilidad de traspasarlo a otra empresa que pueda cumplir con los compromisos; el 47 establece que se le deberá poner una fecha de cumplimiento y el 48 da un límite a diez años; este es un evidente precedente de la regulación en cuestión, dando luz sobre un tipo de "Contrato" o convenio similar al turístico y por ende de naturaleza común, pero sin determinarse tampoco en concreto la misma, ni los derechos y límites que este negocio implica.

Propiamente en el "Contrato Turístico", firmado entre las partes, se refiere que el mismo es con fundamento en la Ley y el reglamento comentados arriba, indicándose que la actora calificó para su otorgamiento, que se le reconocen todos los incentivos ya dichos atrás por la Ley, que a su vez repite y concreta el reglamento también dicho, en particular, entre estos incentivos, se establece la cuestión básica de este conflicto: suministro de combustible a un precio no mayor al promedio resultante de los precios de venta en Miami, México, Panamá, Colombia y Venezuela; y que la empresa por su parte se compromete a cumplir ciertas obligaciones, como utilizar los bienes adquiridos al amparo del contrato solamente en la actividad turística que le corresponde, brindar la información que se le pida para la protección de los turistas y el mejor cumplimiento del contrato, contratar personal del país, colaborar con el Instituto en los programas de promoción turística, cumplir con la Ley, el reglamento y el contrato, y las prevenciones que en precios y calidad le formule el Instituto; finalmente, que el incumplimiento de las obligaciones por parte de la empresa confiere al Instituto el derecho de dar por terminada la contratación.

Ahora bien, siendo que se discute si estamos ante un contrato en el sentido estricto de la palabra, o si estamos más bien ante un tipo de acto administrativo, de previo a considerar los efectos que determinen las palabras de las normas y el contrato en sí, conviene considerar lo que la doctrina dice en la materia, para analizar con mayor rigor científico la situación.

CAPÍTULO II: DOCTRINA DEL CONTRATO TURÍSTICO

Se sostienen en este punto tesis radicalmente contrapuestas, para algunos el convenio en cuestión es un compromiso en condición de igualdad entre dos partes, en que cada una se compromete a una serie de obligaciones que representan derechos subjetivos para la contraparte, dentro de un marco de permisión que la Ley reconoce a las partes sin que quepa la intervención de otras personas o intereses en la relación; mientras que para otros es un acto administrativo en que la parte administrada queda sujeta a las decisiones discrecionales, imperativas y unilaterales de la Administración, un tipo de concesión que ésta regula a voluntad, siendo la posición del administrado subordinada; se han alegado en favor de cada uno la opinión de calificados autores, lo que permite adelantar que se trata de una situación particularmente polémica. Se observa que la situación parte de una Ley de **INCENTIVOS PARA EL DESARROLLO TURÍSTICO,** o sea que se trata de un esfuerzo del Estado para impulsar un campo económico que considera de interés para el bienestar del país, partiendo de la posición intervencionista o reguladora que asume el Estado de corte occidental, especialmente a

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

partir de la segunda mitad de este siglo; asimismo se observa que el Estado, entendido como Gobierno de la República, se manifiesta como parte de un contrato, comprometiéndose a que una tercera entidad, en el caso en referencia: RECOPE, que es una empresa de su propiedad, le facilite a la confirmante un precio especial de combustible, y le otorga tres tipos de exenciones tributarias, materia de estricta reserva legal fuera del comercio de los hombres. Así resulta que estamos ante una Ley especial, de un tipo programático de la economía y de materia tributaria, que implica un compromiso del Estado en un "Convenio". En este campo, los autores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en su obra *CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO I* (Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1980), nos dicen:

> "Dentro del cuadro sistemático de actuación de la Administración que estamos exponiendo, nos encontramos como figura singular, al lado de las declaraciones unilaterales en que se concretan los llamados actos administrativos, las declaraciones productoras de efectos jurídicos que no proceden de la sola voluntad de la Administración, sino a la vez de esta voluntad y de otra u otras propias de otros sujetos... Es de notar que la diferenciación entre una y otra forma de expresar una conformidad de voluntades es, en la práctica, circunstancial. Fórmulas que en un momento se articulan como actos unilaterales de otorgamiento pasan más tarde a expresarse a través de convenios formales;... En cualquier caso, la articulación a través de una u otra técnica comporta consecuencias sustantivas del régimen. Aquí hablaremos sólo de la actuación expresada a través de un acto multilateral conjunto. Genéricamente podría intentar calificarse —y así lo ha hecho en nuestra doctrina Entrena— ese tipo de actividad como una actividad contractual de la Administración. Se utilizaría un concepto **puramente formal** de contrato, como acuerdo de dos o más voluntades en vista de la creación de un vínculo jurídico, concepto que es el del iusnaturalismo del siglo XVIII,... Para eludir esta dificultad, por de pronto en este momento inicial —más adelante nos resultará obligado hacernos cargo de ese reto—, puede hablarse más que de contrato, de convenio de la Administración, inespecíficamente... Quedamos así avocados a los convenios entre Administración y administrados. A reserva de lo que inmediatamente tendremos que precisar se nos aparecen aquí tres tipos perfectamente diferenciados; los que en nuestro Derecho (aquí, una vez más, sobre el modelo histórico del francés) se llaman contratos administrativos **stricto sensu**; los contratos de Derecho Privado, y, en fin, la cada vez más extensa gama de los llamados genéricamente **conciertos** (...). Hay aquí como se vislumbra, una pluralidad de figuras dignas de resaltarse, para que permita una explicación relativamente simple. Las dos primeras —contratos administrativos y contratos de Derecho Privado— suponen la utilización por parte de la Administración de instrumentos contractuales dentro del ámbito específico de las relaciones patrimoniales que son comunes a todos los sujetos de Derecho; ...El caso de los llamados conciertos entre Administración y administrado es completamente diferente; se trata de figuras que no pueden encontrar paralelo en el Derecho contractual privado, porque no suponen ningún ejemplo de colaboración patrimonial entre partes, un fenómeno económico de intercambio, sino por el contrario, un simple acuerdo sobre la medida de una obligación, o de una ventaja, típicas de una relación de sumisión jurídico-públicas previamente establecidas entre la Administración y la persona con quien ella conviene. Así un convenio expropiatorio (...) o un concierto fiscal de evaluación objetiva de bases tributarias o de liquidación de cuotas (...) o una "acción concertada" (art. 46 del Texto Refundido de la Ley del III Plan de Desarrollo, de quince de junio de 1972: **Las empresas asumen como vinculante el cumplimiento de los objetivos del plan, hasta ese momento "indicativos", con base en los beneficios e incentivos que el concierto precisa: Los contratos-programa del artículo 91 LGP responden también a esta misma idea: aceptación como vinculantes de unos objetivos económicos en compensación de la subvención estatal).** Se trataría de una técnica de administrar, en el sentido jurídico de esta expresión, y no de intercambiar prestaciones patrimoniales. **Laubadére** ha propuesto por eso para esta figura el nombre, no desprovisto de equívocos, de "contratos o conciertos de administración" en el sentido funcional y no subjetivo del término; la Administración no trata aquí de proveerse de bienes y servicios, sino que directamente administra a través de convenios "págs. 566-569, la **negrilla** es nuestra).

La cita resulta útil a efecto de ubicarnos en la doctrina que interesa, pues es sumamente clara en establecer que el tipo de relación que tratamos de definir es similar y corresponde perfectamente a los ejemplos que los autores

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

señalan, ante un programa administrativo de desarrollo económico se propone al administrado asumir ciertos objetivos del programa, comprometerse a cumplir ciertas metas, o aceptar ciertas imposiciones como son los precios o requisitos de calidad del Instituto Costarricense de Turismo, o sujetarse a ciertos controles a cambio de incentivos o subvenciones; también llama la atención la enunciación de una de las tesis contrapuestas que aquí se trata de aclarar, no estamos ante un simple contrato de Derecho Privado, ni ante un Contrato Administrativo. El hecho es que estamos ante una figura un tanto sui géneris, en parte porque este tipo de creaciones legislativas responden más a la ideología de un gobierno o la necesidad de una solución en un momento dado para el mismo, que toma una decisión política, sin mucha precisión jurídica o dogmática, y en parte porque hay una confusión de figuras en la estrategia económica del Estado, pues es una área de actividad sita en la frontera entre la no intervención y la potestad de imponer su voluntad soberana: el fomento de la actividad económica, el impulso del desarrollo por medio de la persuasión del administrado para que participe en el programa propuesto, mediante la invitación y el ofrecimiento de ganancias o provecho, abriendo una gran gama de posibilidades para que las autoridades utilicen formas variadas, puras o mixtas para lograr sus objetivos. Por ejemplo alguna de las formas usadas en este tipo de estímulo es la llamada "subvención", que Manuel María Díez y Tomás Hutchinson definen como:

> "...donación modal **ob causan futuram** de derecho administrativo, por lo cual un organismo público asume parte de la carga financiera de otro organismo menor o de un particular —que tenga jurídicamente la condición de tercero— con una finalidad de interés general pero específica y determinada", (Caracteres Jurídicos de la Subvención, dentro de la obra: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS —CONTRATOS ESPECIALES—, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1982, tomo II, pág. 38).

Doctrinalmente esta figura está contenida dentro de las de fomento de la actividad económica o de incentivación a tomar parte en ciertas actividades, en nuestro país es el caso del transporte remunerado de personas, se cita como referencia a su naturaleza jurídica pero debe observarse que se trata de asumir parte de la carga financiera del tercero, en el caso de esta figura en particular los mismos autores dicen:

> "...de la subvención no nacen una serie de derechos y obligaciones para las dos partes sino solo la necesidad de que el subvencionado cumpla el modo... la doctrina no está de acuerdo sobre la naturaleza jurídica de la subvención. Algunos la consideran un contrato oneroso, otros le atribuyen carácter lucrativo. Hay quienes la consideran contrato unilateral, están por fin los que creemos que es un acto unilateral de la Administración." (Ibídem, págs. 38-39).

Resurge el aspecto controversial de este tipo de actividad, y nos encontramos con una posición más radical que la de los autores anteriores en cuanto a su naturaleza; pero sin perder de vista que la subvención no se identifica con el contrato turístico en cuestión, como veremos más adelante, la cita nos permite elementos de juicio para comprender el cuadro doctrinal.

Por su parte el autor Mariano Baeza Alcázar al analizar propiamente esta actividad estatal en su obra RÉGIMEN DE LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA ECONOMÍA (Editorial Tecnos) Madrid, España, 1966) nos dice:

> "La acción concertada consiste esencialmente en la concesión a las empresas privadas de una serie de beneficios a cambio de cumplir determinadas condiciones, según se desprende de la legislación promulgada hasta ahora sobre el tema. () En cuanto a la naturaleza jurídica del concierto, nos inclinamos a creer que se trata simplemente de una actividad de fomento de la industria privada, puesto que los rasgos básicos consisten en el otorgamiento de ayuda a los particulares a cambio de que éstos cumplan unas condiciones determinadas... Nuestra opinión es que difícilmente puede aplicarse el régimen de los contratos administrativos a la llamada acción concertada que no responde en definitiva más que a la intención de ofrecer atractivos a la inversión en un sector determinado. Es claro que de considerar a la acción concertada como contrato administrativo se está manteniendo una idea de esta figura jurídica alejada

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> del que suele ser su significado habitual" (págs. 367-368).

De todo lo anterior, se deben sacar ciertas conclusiones: 1) que la figura del Contrato Turístico, firmado entre las partes de este proceso, corresponde a lo que un sector de la doctrina llama como contrato de concierto o concertación, concepto al que también responde la del Contrato Industrial, su predecesor histórico en este país; 2) que la mayoría de los autores que conocen el tema optan por considerar que no es en sí un contrato en sentido estricto, ni de tipo administrativo ni de tipo civil, en consecuencia su régimen institucional jurídico responde a otros conceptos; 3) que estas figuras responden a una gama muy variada de formas, entre las que se encuentra la subvención citada como referencia, pero, de la lectura se deduce que el contrato de concertación no es en sí una subvención en el sentido que se definió arriba, e interesa la aclaración por el concepto de acto unilateral con que se le determinó. En primer término los autores la definieron como una forma de "donación" mediante la cual se asume la carga financiera de otro, el concepto mismo refiere a la noción de subsidio que da el Estado, o sea donación de dinero a las industrias para aumentar sus ingresos (ver al respecto *DICCIONARIO DE ECONOMÍA*, SELDON, Arthur y PENNANCE, F. G. Olkos Tau S.A., Ediciones, Barcelona, España, 1.ª Ed. 1968, pág. 517). De tal manera que es válida la consideración de que es unilateral del Estado, sin que genere derechos u obligaciones mutuas, sino el interés de que el administrado se ajuste a un modo de administración, con las consecuencias de régimen correspondientes; considera el suscrito que no es la figura que nos interesa en que se dan exenciones de impuestos y un precio de combustible especial pero no una donación propiamente. 4) Que la concertación se trata de una técnica administrativa, por la cual se pretende con un incentivo desarrollar una actividad planificada que se considera de interés por parte del gobierno, en teoría para bien de la comunidad. La figura se ha presentado con características similares en Francia y evidencia el hecho de que en este campo el Estado necesita negociar a cierto nivel con los administrados.

Pero determinar la fuerza de esta cooperación es el quid del asunto: se plantea la cuestión del nexo causal de las prestaciones de cada parte, algunos señalan que las partes solamente acuerdan acogerse a una situación ya prevista en general, en cuanto a los posibles o definitivos compromisos e incentivos, se fijan los mismos pero no se acuerdan, o sea su creación no deviene del acuerdo sino solo su aplicación, se habla por algunos de "negocios de fijación", relacionándolo con la Institución de la transacción en el Derecho Privado; otros autores franceses cuestionan esta concepción, en el caso de que la Administración deba concretar a un sector un aumento de precios o le facilite beneficios económicos singularizables como crédito oficial o subvenciones, como prestaciones de tipo exigible, invocando el concepto de "acto condición", una conclusión general nos la facilitan García de Enterría y Fernández, al decir:

> "Por lo pronto, hay que notar que los convenios o conciertos de Administración no habilitan poderes que la Administración no tenga de antemano; recubren simplemente con un manto negocial el ejercicio de potestades de intervención en el campo económico que la Administración ha venido utilizando tradicionalmente, que sigue estando habilitada por la Ley para ejercitar y a las que, contra lo que suele creerse, no renuncia. Tras el concierto en principio voluntario se esconde la coacción de una manera apenas velada". *(Op. cit.*, pág. 569).

Y en cuanto a la naturaleza jurídica de la figura agregan más adelante:

> "Una conclusión general resulta fácil y remite en realidad a una determinada idea de la Institución contractual. Si como tal se entendiese el cuadro meramente formal de la creación de un vínculo jurídico determinado entre dos o más partes a través de una declaración de voluntad común, no cabe duda que los conciertos de la administración serán siempre verdaderos contratos. Si se exige como elemento del concepto de manera más concreta, que ese vínculo se articule a través de un mecanismo de enlace causalizado de prestaciones obligacionales, precisamente, la cuestión puede hacerse problemática

> en algunos supuestos, no en todos. () Podría hablarse en estos supuestos entonces, cuando no se den elementos esenciales de un verdadero contrato de fijación, que es la fórmula más extendida en este tipo de conciertos, en vez de verdaderos contratos de lo que la doctrina alemana tradicional calificó de **Verwaltungsakten auf unterwerfung,** de actos administrativos de sumisión, que suponen una creación unilateral de obligaciones por el súbdito realizadas ante la Administración; el motivo subjetivo de esa creación que ya hemos descrito, no llega a integrar en un sentido técnico una verdadera causa contractual". *(Op. cit.,* pág. 573).

La anterior cita resulta, a juicio del suscrito, acertada en relación con el problema en estudio, pues tanto los ejemplos considerados como el análisis doctrinal son concordes con las características de nuestra legislación vista atrás, y considerando asimismo las otras citas y conceptos referidos, permite arribar a la conclusión de que la figura del "contrato turístico" o "contrato industrial", corresponde a lo que en doctrina se llama un contrato de "concierto", que no es un tipo de subvención propiamente, así como tampoco corresponde a un acto unilateral de la administración, sino a una negociación, a lo que algunos autores califican como contrato formal o en sentido lato, llamado también "contrato de fijación", pero que tampoco es en realidad un contrato en sentido estricto, ni corresponde aplicarle los efectos directos o más bien típicos de tal institución, sino en un sentido amplio del término, sujeto a las normas concretas de la Ley especial que lo crea, y a los principios de Derecho Público; quedando en parte fuera de contexto las posiciones radicales de ciertas partes, que, como se ha dicho, corresponden a la de acto unilateral y simple contrato civil respectivamente. Con fundamento en la doctrina expresada y la legislación especial a aplicar procede entonces entrar a considerar el fondo de la cuestión.

CAPÍTULO III: DEFINICIÓN DEL CONTRATO TURÍSTICO

La posición de que estamos ante un contrato simplemente se puede intentar resumir en tres aspectos básicos, que el firmante tiene un Derecho o situación subjetiva consolidada en virtud del Contrato Turístico, que en consecuencia el acto de reforma del reglamento tiene vicios de nulidad y que la aplicación de tal reforma a su relación es nula, sea por su situación jurídica subjetiva o por los vicios del acto en sí. En cuanto al primer extremo, se debe considerar la verdadera posición del cocontratante del Estado dentro de la relación establecida, pues ya se determinó que estamos ante una figura que no es propiamente un contrato en sentido estricto, sino solo en sentido formal, en un sentido amplio de dos voluntades que se combinan para dar nacimiento a una relación jurídica, cuyos efectos ya están previstos en una ley anterior; al respecto es importante anotar que la Ley señala que la empresa calificada para los incentivos del caso suscribirá un contrato, y que el Reglamento en rigor define el contrato como un convenio entre el administrado y la administración, aspecto que no ha sido reformado.

En este sentido don Manuel Osorio indica que un contrato es el pacto o convenio entre partes que se obligan sobre una materia o cosa determinada, a cuyo cumplimiento pueden ser compelidos, es cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en una declaración de voluntades común destinada a reglar sus derechos; más concretamente y al caso que nos interesa indica que es

> "Concierto: convención entre dos o más personas sobre alguna cosa. Transacción. Avenencia." *(DICCIONARIO DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES,* Editorial Heliasta S.R.L., Argentina, 1986, págs. 144 y 167).

Y por otro lado el mismo autor define "Convenio: contrato. Convención. Pacto. Tratado" *(ibídem,* pág. 176), de manera que es una figura negocial donde la actora y la demandada acordaron fijar las condiciones generales de una situación establecida en la Ley, en forma

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

abstracta concretando sus efectos en las personas, el objeto y el modo (contrato de fijación). La Ley establece una serie de incentivos a aplicar a las empresas que califiquen su actividad dentro de la industria turística, de manera que según los términos de la Ley, quien califique a criterio de la Junta que la misma dispone, tendrá derecho a los incentivos, dentro de los términos escritos en el contrato se establece que el convenio es con fundamento en la Ley de Incentivos para el Desarrollo Turístico y su Reglamento, y más adelante, se indica que el Instituto otorgará los incentivos con base específicamente en la Ley, a cambio de lo cual se compromete la empresa accionante a una serie de requisitos, básicamente de inversión y utilización de los incentivos en favorecer el turismo, dentro de ciertas normas de calidad y precio. El compromiso de la actora es a cumplir con los requisitos señalados y detallados arriba, el compromiso del Estado es de reconocer los incentivos de la Ley y el Reglamento. A nuestro juicio, el fin de la Ley es dar una serie de ventajas a las empresas que se interesen para promover la creación de servicios e infraestructura de tipo turístico, para que dicho campo de actividad económica crezca y se fortalezca, creándose un ambiente propicio para la absorción de empleo y el ingreso de capital y consumidores extranjeros; estas ventajas son definidas en la misma ley y ella es el paradigma a seguir en la materia, tal es el propósito y sentido de la Ley, que determina la interpretación y aplicación del resto del contexto, así el propósito del contrato es determinar, concretar el compromiso del Estado y del administrado, dentro de los parámetros de la Ley, la Junta sólo juzga si la empresa califica, y el Instituto luego determina la forma y tipo de los incentivos, su realización y junto con la Comisión el control.

Ahora bien, el compromiso que adquiere el Estado entonces es el reconocer los incentivos que se dan y mantenerlos a ese administrado, el de éste es cumplir con los requisitos que se expresan en los documentos ya indicados por Ley, si él no cumple con sus deberes el Estado le suspende sus ventajas y eventualmente determina si debe pagar los montos tributarios de que haya sido exonerado, si el Estado es el que no cumple, tal incumplimiento sería el no aplicar los incentivos, y la sanción es el derecho de la parte que sí ha cumplido a su aplicación; sí hay, entonces, un tipo de relación bilateral, y hay obligaciones por ambas partes con los derechos correlativos. Si la actora considera que se ha incumplido con uno de los incentivos con que el Estado se comprometió a beneficiarla y no se alega por otro lado que ella haya incumplido con sus deberes o compromisos, tiene, dentro de los términos de la Ley y la doctrina que rodean a esta forma negocial, derecho a exigir su cumplimiento en la vía administrativa y jurisdiccional. No tiene la actora derecho a exigir el cumplimiento de un contrato como tal, sino el cumplimiento de los incentivos que el Estado se comprometió en el convenio suscrito. La siguiente cuestión es determinar si hay un incumplimiento de tales incentivos en un decreto que reforma la aplicación o interpretación de tales incentivos. Al respecto se considera que el deber del Estado es aplicar los incentivos establecidos en la Ley, en primer término y en segundo en el reglamento, el convenio consiste en la aplicación a la persona de tales incentivos, por ende, si se cambia legalmente el reglamento, debe cambiarse el convenio, por cuanto este no establece en sí una relación con sus propios efectos, sino la aplicación de los efectos dispuestos por la Ley y el Reglamento.

Dentro de la doctrina clásica del contrato civil, y dentro de ciertos términos, del contrato administrativo, es el acuerdo de las partes lo que determina la mayor parte de los efectos del contrato, cuales serán los términos del mismo, sus límites y las cláusulas a las que se comprometen, pero en este tipo de negocio, el convenio sólo establece quién recibirá cuáles efectos establecidos en la Ley y el Reglamento, el derecho subjetivo del administrado, que sí existe, se reduce sólo a exigir que se le apliquen los efectos como están dispuestos en las normas superiores, pero no puede requerir que se aplique el contrato como un acuerdo autónomo sin relación con aquéllas, pues como se ha repetido tanto, no es del contrato de donde nacen los términos de la relación, de él sólo nace la rela-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción concreta entre las partes, de manera que la aplicación del nuevo Reglamento, o sea de la reforma que se promulgó del original, en tanto sea legal tal reforma, es procedente, así las cosas lo que procede es considerar si hay vicio en tal decreto.

CAPÍTULO IV: SOBRE LA NULIDAD DEL DECRETO DE REFORMA AL REGLAMENTO

De conformidad con los artículos 120 y 121 de la Ley General de Administración Pública el decreto es un tipo de acto administrativo de tipo externo, general, designado a los administrados, de manera que está sujeto a las reglas de nulidad que la misma ley establece en sus artículos 158 y siguientes, así se debe considerar como vicio de nulidad la falta o defecto de algún requisito del acto administrativo expresa o implícitamente exigido por el ordenamiento jurídico, asimismo será penado con nulidad absoluta el acto sustancialmente disconforme con el ordenamiento jurídico, siendo en general causa de invalidez las infracciones sustanciales al ordenamiento y dependiendo del tipo de vicio, la invalidez del acto podrá manifestarse como absoluta o relativa, así será absoluta cuando falten totalmente uno o varios de sus elementos constitutivos real o jurídicamente; y relativa si el acto fuere imperfecto en alguno de sus elementos, salvo que tal imperfección impida la realización del fin que será causa de nulidad absoluta, siendo que en la duda deberá estarse a la conservación de acto (artículos 165-168, ibídem).

En virtud de lo anterior se impone comparar el decreto en cuestión con la ley que le da fundamento para establecer si hay contradicción con ella, de manera que se evidencia su nulidad por contradecir la ley, el quid es determinar propiamente sobre el precio del combustible de avión, previsto como uno de los incentivos que ofrece el Estado a favor de las empresas aéreas de transporte de turistas nacional e internacional (art. 7, inc. b), subinc. iii), el cual la ley lo establece como un precio competitivo no mayor que el promedio del mercado internacional; una primera pregunta es si una vez promulgado el Decreto en que se fijó una forma de calcularlo, se puede luego reformar dicha fórmula, al efecto se debe considerar que no hay negativa en la ley en cuanto a la facultad del Estado de reformar el decreto, la ley en sí permite usar los incentivos y aplicarlos en el fin programado, no establece una limitación a su propia reglamentación, que por otro lado es una potestad del Poder Ejecutivo constitucionalmente establecida. En cambio sí representa una limitación la ley en cuanto a que no puede el reglamento contradecirla ni sobrepasarla en forma alguna. La segunda pregunta entonces es si la reforma al reglamento, que en sí es un nuevo reglamento, contradice a la ley, debe observarse que la ley establece un límite, no debe ser mayor que el del mercado internacional, y debe ser competitivo; como ya se consideró arriba, para que sea competitivo se entiende que sea atractivo a los interesados, que sea más cómodo que otros precios, por ende más bajo, de manera que resulte remunerador para el cliente comprar combustible a este precio pues resultaría más ventajoso que con otros del mercado y en fin no debe ser mayor que el promedio internacional, esto es haciendo un estudio comparativo con el precio de otros países, no se ofrece en sí ningún otro tipo de elemento para determinar el precio o la forma de calcularlo; establece solamente esos parámetros, de manera que para determinar si el precio que establece el nuevo reglamento es ilegal, por ir contra el ordenamiento, sería alegar y demostrar que el precio no es competitivo o que sobrepasa el promedio del mercado internacional, en cuanto al aspecto de competitividad. Se ha planteado en concreto que esta forma de cálculo es contraria al propósito de la ley, solamente porque establece un precio más alto al reglamento anterior, RECOPE en su

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

oportunidad fundamentó su gestión en que ciertos países utilizados en la ecuación entraron en procesos de inflación acelerada y profunda, por lo que, al ser además grandes exportadores de petróleo, adquirieron un precio interno de venta de sus combustibles en sus aeropuertos muy bajo, dándose un fenómeno de subsidio que alteraba el equilibrio de la ecuación del promedio, al efecto aportó estudios que demostraban tal aserto. Procede entonces hacer una consideración, la primera, que la observación de que deba haber en la forma de cálculo dos países exportadores para que se equilibre con uno solamente consumidor y dos productores y autoconsumidores, no es una apreciación objetiva, el cálculo con dos países autoconsumidores, que controlan mejor su propio precio, un país productor y un país consumidor, parece más equilibrado que participando dos países productores con graves procesos de inflación, siendo de recibo el alegato de la refinadora, pues presenta una competencia injusta y un verdadero desequilibrio en su perjuicio, el incluir en la ecuación del precio a países que por su situación particular subsidian el precio. Desde luego que esta nueva forma de cálculo aumenta el precio, pero no se ha demostrado que lo eleve a un promedio superior al del mercado internacional, ni que no sea competitivo, no se ha aportado un cuadro comparativo de precios o un tipo de precio que se pueda definir como el promedio internacional para hacer una comparación objetiva, no hay demostrada una oposición del acto con la ley que lo fundamenta y por tanto no se observa una nulidad en este aspecto, razón por la cual se debe resolver a favor de la conservación del acto. En cuanto a los motivos del acto, se observan en el decreto que se accionan dos considerandos; en el primero se indica que es necesario un precio adecuado para que se ajuste a las necesidades de la refinadora y no le cause perjuicio económico, dicha consideración no es ilegal en cuanto no se enfrente a los propósitos de la ley, o sea que es de lógica que la empresa que distribuye el combustible procure no tener pérdidas en su labor, en particular si es una empresa pública, de manera que sus pérdidas implican un sacrificio para el Estado y por ende para el contribuyente, de manera que es de interés público que no tenga pérdidas, pero sin perder de vista que también es de interés público el incremento del turismo y la aplicación de la ley respectiva, hay que equilibrar ahora ambos intereses por medio de la aplicación de la ley; tal consideración en el análisis iría contra la ley en cuanto se defina el precio fuera de los parámetros de la misma, o sea que el precio no resulte competitivo o resulte ser mayor que el del mercado internacional, en tanto estos parámetros se cumplan, no es ilegal ni va contra la norma el fundamentar un nuevo cálculo del precio sobre una base más alta, a menos de que ello implique una notoria disminución en la entrada de turistas, lo que no se ha probado. Se plantea si el interés público priva sobre el de la Administración, dicho argumento lleva la razón en parte, hay un interés público que proteger, pero tal no es el interés del administrado en particular, sino que está formado por los intereses individuales coincidentes de los administrados (art. 113, inc. 1), ibídem), ahora bien, existe un interés público en que la empresa estatal no trabaje con pérdidas porque las mismas son cargadas al contribuyente, en cuanto a los incentivos turísticos, el interés público es el incremento del turismo y sus ventajas económicas, si el nuevo precio del combustible jet implicara una disminución en el ingreso de turistas ello iría contra el interés del público, pero solamente que aumenten los costos de una parte es un interés estrictamente particular. En cuanto al término de la relación, tanto el reglamento como el contrato fijan un plazo de doce años para la exención del impuesto sobre la renta, pero nada más, a ninguno de los otros incentivos se le ha puesto término por lo que están sujetos a la aplicación de la ley y su reglamento, por ende al no tener término no limitan su reforma conforme a la ley.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CONCLUSIÓN

Estamos ante una figura negocial de tipo de concertación, también denominada Contrato Concierto o Contrato Condición, pero la misma consiste en que, por medio del "Convenio", el administrado se somete a ciertas metas y condiciones a cambio de ciertas ventajas legalmente previstas. No hay propiamente un derecho subjetivo a los términos del contrato como tal en cuanto a los incentivos, como se consideró arriba, el derecho subjetivo del administrado es que se le apliquen los incentivos que da la ley y como ésta manda, pero no que estos se apliquen como están en el contrato, por cuanto éste lo único que establece es quién recibirá los incentivos establecidos en la ley, o sea no establece los incentivos sólo los aplica, no da nacimiento, forma o término a ellos, sólo establece quién y cuáles, pero en cuanto a cómo serán esos incentivos, o por cuánto tiempo y de qué forma, lo determinan la ley y el reglamento, y en tanto el reglamento sea conforme a la ley su aplicación es inmediata. No hay tampoco una aplicación retroactiva en este caso por dos razones fundamentales, la aplicación del nuevo reglamento se dio a partir de su promulgación, no antes de ella, y la actora no tiene un beneficio preestablecido a un plazo determinado, por cuanto no está establecido así ni en la ley, ni en el reglamento, ni en el contrato, el contrato se limita a determinar la aplicación de los otros cuerpos normativos, y si la reforma del reglamento es conforme a la ley, su aplicación puede ser inmediata, pues nada lo impide, no hay un derecho subjetivo a aplicar los términos del contrato, sino a aplicar los términos del reglamento y la ley.

* * *