Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

# REVISTA JUDICIAL

*Año XX– Núm. 63 – Setiembre, 1997*

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

Abrimos este nuevo número de la Revista Judicial con las filosóficas y evocadoras palabras del **Dr. Miguel Guzmán-Stein**, tituladas "Lucem Aspicio: del vivir y crear. IN MEMORIAM EDUARDO ORTIZ ORTIZ", en memoria de Eduardo Ortiz Ortiz, quien dejó su marcada huella profunda en transformaciones del Ordenamiento, por medio de leyes de las que ahora disfrutan los ciudadanos (como la Ley General de Administración Pública y la Ley de Jurisdicción Constitucional), cuyas obras son reconocidas internacionalmente y siguen siendo materia de consulta obligatoria en cualquier sector del derecho público, donde su pensamiento sigue siendo faro. Don Eduardo se proyectó particularmente en su función docente, asumiendo el reto pedagógico, despertando vocaciones, guiando siempre a quienes se acercaban a él, buscando becas y oportunidades de mejoramiento para el personal docente, facilitando su propia biblioteca en muchos casos. El doctor Guzmán-Stein, con sus palabras nos evoca algunos aspectos de la ejemplarizante vida y obra de don Eduardo.

En la sección de **Estudios** aparece en primer lugar, del señor magistrado **Dr. Mario Houed**, "LA JUSTICIA PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO. REFLEXIONES PARA UNA EVENTUAL REFORMA DEL DERECHO SUSTANTIVO Y DEL PROCESAL", quien, además es profesor de la Universidad de Costa Rica y quien (siempre listo), atento a las transformaciones de la vida social y a los retos que ofrece, aporta en esta ocasión agudas y atinadas reflexiones que no podrán dejarse de tomar en cuenta en cualquier reforma del derecho sustantivo y procesal que se intente en el país. El estimado autor, después de aclarar magistralmente el sentido del concepto de "sistema penal" y sus posibles discursos (jurídico, policial y penitenciario) describe la orientación que se produjo en función de la "peligrosidad", concepto que fue utilizado a menudo con fines de control social para intereses particularistas, en contraposición a la "culpabilidad" que toma más en cuenta la identidad (no sólo la identificación) misma del delincuente, dentro de una perspectiva más personalista. Nos da cuenta, seguidamente, acerca del llamado derecho penal mínimo, el desarrollo de alternativas a la pena privativa de libertad, la despenalización, descriminalización o desincriminación, paralelas a soluciones alternativas. Del

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mismo modo, en lo relativo al aspecto procesal, nos informa sobre las nuevas tendencias que retoman aspectos del sistema acusatorio —el cual en expresión de *Vélez Mariconde* "no es del todo deleznable"— , como la oralidad, la publicidad y el contradictorio. Comenta entonces los fundamentos del sistema inquisitivo, que como se sabe fue influenciado (sobre todo en Italia) por el mismo derecho penal canónico aplicado bajo la jurisdicción eclesiástica y por el derecho de las partidas que rigió en América, incluso con posterioridad a la independencia, sus principios y sus mecanismos, antes de pasar al importante tema central del régimen constitucional del moderno proceso. En sus conclusiones afirma, entre otras cosas, que "es necesario crear conciencia de que con una interpretación correcta y una práctica alternativa, el derecho pueda convertirse en un instrumento más en la construcción de una sociedad más justa, igualitaria y democrática, aspiración que todos compartimos".

Del **Lic. Carlos Manuel Coto Albán**, Asesor de la Asamblea Legislativa de Costa Rica y del Ministerio de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Costa Rica, para la elaboración de la Ley General y el Reglamento de Concesión de obra pública, publicamos "LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DESARROLLO". El distinguido autor nos relata cuál fue su desarrollo medieval y cuáles sus fundamentos en la doctrina publicística moderna, antes de pasar al examen de su desarrollo real con la revolución industrial y a los posteriores movimientos nacionalizadores. Seguidamente comenta el desarrollo de la concesión en nuestro tiempo y menciona la aplicación, en esta materia, del principio "*Rebus sic stantibus*" ("mientras no cambien las condiciones"), en lugar del tradicional *"Pacta sunt servanda"* ("los contratos deben cumplirse") en el ámbito del derecho público. Se refiere también a los caracteres del acto de otorgamiento de la concesión. Finalmente nos recuerda la ley Nº 74404 de 2 de mayo de 1994, que "brinda al Estado, entendiéndose como Poder Ejecutivo, entes descentralizados y municipalidades, la potestad de otorgar concesiones para construir, mantener o mejorar importantes obras de infraestructura y prestar con ellas significativos servicios a los ciudadanos."

"Proyecto para la democratización republicana y presidencialista de la sociedad" es la colaboración del **Lic. Marcelo Martén**, quien desde la perspectiva de la solidaridad, propone la necesidad de una estructura política para las empresas, con participación del trabajador y del capital. El autor formula al respecto el proyecto de ley, que en esta ocasión ofrecemos a la consideración de la Asamblea Legislativa.

Del **Lic. Óscar Bejarano** ofrecemos el importante artículo "JURISPRUDENCIA LABORAL DE LA

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SALA CONSTITUCIONAL" en el que el autor analiza la aplicación de principios constitucionales en materia laboral realizada por la Sala Constitucional. Considera que la jurisprudencia constitucional ha sido innovadora en la protección de los derechos fundamentales de las partes en muchos temas, como el debido proceso (ya analizado en la jurisprudencia de la justicia laboral desde 1957) transcribiendo los criterios usados por la Sala Constitucional y comentando los casos que se han presentado en materia de debido proceso laboral: en procedimientos administrativos, en cuanto a plazos razonables para ofrecer pruebas; en materia de traslados, reducción de jornada de trabajo, en ejercicio del *ius variandi*; retención de salarios, interinidad, autonomía del proceso laboral frente al penal, omisión de pruebas, incumplimiento de normas legales de procedimiento, restitución en el puesto, variaciones diversas al contrato, y otros temas. Se refiere luego al tema de la inconstitucionalidad de los laudos arbitrales, en el caso del arbitraje obligatorio en el sector público, como sucedáneo del derecho de negociación colectiva, distinguiendo el régimen de empleo de naturaleza pública (estatutario) del que no lo es y aclarando el sentido del concepto de "derecho adquirido" y, el no mencionado por la Sala, de "situación jurídica consolidada" (cuando se ha disfrutado del derecho). En sus conclusiones, recuerda la fuerza obligatoria *"erga omnes"* que tiene ahora la jurisprudencia laboral de la Sala Constitucional, de ineludible aplicación y acatamiento; de ahí la importancia de su estudio.

En su trabajo "UN NUEVO MODELO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA", el **Dr. Luis G. Herrera,** preocupado por las transformaciones que necesita la administración de justicia frente a las nuevas realidades, contribuye con algunas sugestivas reflexiones sobre el tema de la reforma al Poder Judicial, planteando interrogantes sobre el modelo mismo y sobre los criterios que, a su juicio, podrían llevar a un nuevo modelo moderno con una lógica sustentada en una racionalidad técnico-científica. Nos relata acerca del desarrollo histórico del tema de la modernización del Estado para referirse luego a la crisis en la administración de Justicia de la que anota algunos indicadores. El distinguido jurista propone un nuevo modelo más abierto, para cuya puesta en ejecución sugiere algunas valiosas ideas en relación con varios temas, tales como pluralismo y publicidad, independencia del juez, carrera judicial, capacitación permanente y multidisciplinaria, descentralización, independencia del ministerio público, despenalización y amplia defensa pública en las más diversas áreas del derecho, entre otros.

"LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA EN SEDE AGRARIA" es el título del estudio que nos ofrece el **Lic. Wílberth Arroyo Álvarez**, donde comenta diversos casos significativos como el del heredero designado por el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

causante, que reúna las condiciones exigidas por la ley para ser beneficiario. Analiza algunas cuestiones procesales de la sucesión mortis causa agraria: la competencia de los tribunales agrarios y los posibles problemas de conflicto de competencia entre jueces agrarios o entre jueces agrarios y tribunales de otra jurisdicción; el procedimiento aplicable y la posibilidad de sucesión mortis causa agraria en sede administrativa. En sus conclusiones comenta que los tribunales agrarios aplican a la sucesión mortis causa en sede agraria el derecho civil y sus principios, que los principios del derecho agrario no se aplican en la práctica, que hay escasa participación del IDA. Sugiere finalmente la reforma de la legislación "evitándose los muchos requisitos para ser considerado heredero idóneo protegiéndose el interés y la función social de la propiedad".

La **Licda. Marta Odio Benito**, especialista en derecho internacional participa con "TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL". La autora nos da cuenta de la constitución de este Tribunal en el seno del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con ocasión de los problemas en la ex Yugoeslavia y de sus repercusiones jurídico-políticas. Comenta los antecedentes de otros tribunales internacionales como los de Nuremberg y Tokio, más bien de corte militar, más multinacionales que internacionales. Se refiere a la creación del tribunal y a la cronología que lo precedió y la reacción de la comunidad internacional ante las atrocidades que estaban ocurriendo. Nos narra algunos aspectos ilustrativos de las discusiones para la creación del tribunal, nos da cuenta de sus objetivos y de las diversas posiciones ante la creación de este órgano.

El jurista nacional, **Dr. Ernesto Jinesta Lobo**, participa con "EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA", donde se refiere al avance sustancial que constituye la constitucionalidad del carácter justiciable del Poder Ejecutivo, mediante el control jurisdiccional sobre la administración, en aras del mayor respeto de los valores fundamentales de la persona y de las libertades del administrado frente a las prerrogativas de aquélla, tema desarrollado por el Derecho Administrativo, como instrumento de garantía de sumisión al ordenamiento jurídico. Aborda seguidamente la significación jurídica, política e ideológica del control jurisdiccional de la administración, su relación con la vigencia del Estado social de derecho y su significación y alcances en la formulación de nuestra Constitución de 1949, realmente como Estado jurisdiccional de derecho.

El **Msc. Mario A. Umaña**, graduado en la Universidad de Georgetown, nos brinda parte de un estudio más amplio sobre las repercusiones para Centro América del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y México, que incluye las áreas de acceso a mercados, agricultura, normas de origen, normas técnicas,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

inversiones, servicios financieros, propiedad intelectual y compras del sector público. Este capítulo se titula "TLC COSTA RICA-MÉXICO. REPERCUSIONES PARA CENTRO AMÉRICA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y TEMAS AFINES". Aquí comenta las diversas etapas de negociación como las consultas, la conciliación y la mediación, así como las reglas de arbitraje, discutidas sobre la base de las reglas de UNCITRAL. Se refiere a la posibilidad excluyente de acudir a los mecanismos del GATT, a la solución NAFTA en el campo de solución de controversias en materia de inversiones, los procedimientos en el área de "dumping" y a la importancia de la promoción del arbitraje en la solución de controversias entre particulares, resolución de controversias ambientales, transnacionalización de servicios legales y otros aspectos. En su fase conclusiva nos recalca los desafíos normativos y de capacitación que en este campo se presentan para Centro América.

El **Sr. Jorge Alberto Peralta Ballester** afronta el interesante tema de si jurídicamente es posible realizar el desalojo y el allanamiento sin la autorización del juez, a la luz del nuevo Código Procesal Civil, en su colaboración titulada "DESALOJO Y ALLANAMIENTO", donde relata un incidente personal y sus resultados.

En nuestra sección **La Ciencia al servicio de la Justicia,** de la doctora Marycell Molina Zamora, ofrecemos el artículo "ELEMENTOS PILOSOS". La autora muestra aquí la importancia de estas excrecencias filamentosas, flexibles y elásticas de la piel del hombre y algunos mamíferos, en criminología para la identificación (racial, nutricional, etc.) de individuos en diferentes tipos de delitos, pues "son múltiples las circunstancias que dan lugar a la transferencia de elementos pilosos durante la realización de conductas antisociales".

El **Lic. Álvaro Burgos Mata,** colabora con "ANOTACIONES EN TORNO AL TEMA DE LA PARTICIPACIÓN DEL PSICÓLOGO CRIMINAL EN EL SISTEMA ANGLOSAJÓN ESTADOUNIDENSE". El autor, sobre la base de su propia experiencia en su estudio y práctica en los Estados Unidos, comenta la figura del psicólogo criminal y su desarrollo. Analiza primero la relación existente entre el Sistema de Administración de Justicia y el de Salud Mental en los Estados Unidos de América para luego referirse a la participación concreta del psicólogo forense en las distintas etapas del proceso penal. Este trabajo revela la importancia de una mayor participación del profesional en psicología o psiquiatría forense en el campo penal, conclusión que referimos también a otros ámbitos, como el derecho de familia.

Agradecemos una vez más a la Licda. Cecilia Sánchez, Premio Ulises

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Odio Santos, su colaboración en la sección **Pronunciamientos especialmente relevantes.** Finalmente, como de costumbre, nuestra sección de **Jurisprudencia** a cargo del **Digesto,** bajo su acertada dirección.

*Dr. Víctor Pérez Vargas.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

# SUMARIO

Pág.

**PRESENTACIÓN.** ..... 5
Dr. Víctor Pérez Vargas

Lucem Aspicio: del vivir y crear. In memoriam Eduardo Ortiz Ortiz ..... 11
Dr. Miguel Guzmán - Stein

**SECCIÓN I: ESTUDIOS**

La justicia penal en un Estado de derecho. Reflexiones para una eventual reforma del derecho sustantivo y del procesal ..... 17
Dr. Mario Houed

La concesión de obra pública como instrumento de desarrollo ..... 27
Lic. Carlos Manuel Coto Albán

Estado económico ..... 31
Dr. Marcelo Martén

Jurisprudencia laboral de la Sala Constitucional ..... 43
Lic. Óscar Bejarano

Un nuevo modelo de administración de justicia ..... 59
Dr. Luis G. Herrera

La sucesión mortis causa en sede agraria ..... 75
Lic. Wílbert Arroyo Álvarez

Tribunal penal internacional ..... 83
Licda. Marta Odio Benito

El control jurisdiccional de la administración pública ..... 97
Dr. Ernesto Jinesta Lobo

TLC Costa Rica - México. Repercusiones para Centroamérica. Solución de controversias y temas afines ..... 115
Msc. Mario A. Umaña

Desalojo y allanamiento ..... 127
Sr. Jorge Alberto Peralta Ballester

**SECCIÓN II: LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA**

Elementos pilosos ..... 131
Licda. Marycell Molina Zamora

"Anotaciones en torno al tema de la participación del psicólogo criminal en el Sistema Anglosajón Estadounidense" ..... 135
Lic. Álvaro Burgos Mata

**SECCIÓN III: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALES RELEVANTES.** ..... 149
Licda. Cecilia Sánchez

**SECCIÓN IV: JURISPRUDENCIA.** ..... 169
Centro Electrónico de Información Jurisprudencial

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

# LA JUSTICIA PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO
## Reflexiones para una eventual reforma del Derecho sustantivo y del procesal

**PROF. MARIO A. HOUED V.**

## INTRODUCCIÓN

Es indudable que en los últimos tiempos se ha dado un gran impulso a los movimientos que tienden a la reforma o modificación del sistema penal, especialmente en lo que se refiere al derecho sustantivo y al procesal, sin olvidar las cuestiones de orden criminológico y penitenciario, entre otros aspectos involucrados en dichas corrientes. En particular tal fenómeno es más visible en América Latina, donde la progresiva desaparición de regímenes autoritarios y el retorno de las democracias (aunque en algunos casos sean de manera incipiente y difícil) ha significado un profundo cambio en el desarrollo de nuestras sociedades, que se han visto obligadas a replantear sus estructuras en aras de garantizar el necesario equilibrio que debe existir entre la "seguridad ciudadana" —concepto bastante ambiguo y difuso—, considerado básicamente para estos efectos como la seguridad e integridad personales, y la protección de los derechos vinculados con la propiedad, en relación con la forma de enfrentar el delito, y garantizar el respeto y protección de los derechos humanos. No cabe duda que el avance de las distintas ramas de las modernas ciencias sociales, y las respectivas investigaciones que se han preocupado por examinar la criminalidad, no sólo desde la óptica de su discutible incremento numérico, a pesar de la importancia de los datos estadísticos (pues nos referimos al simple aspecto cuantitativo o estadístico sin mayor análisis), sino desde un punto de vista cualitativo, han venido a contribuir notablemente en el auge de esa actitud reformadora[1], poniendo de manifiesto y evidenciando, además de los conocidos obstáculos de carácter económico-social que padecen las mencionadas comunidades, las agudas contradicciones del derecho positivo con la realidad en que debe aplicarse, así como el fracaso de las penas privativas de libertad y los poco halagadores resultados de la esperada (y tan preconizada) "rehabilitación" del infractor o delincuente. Desde luego, es de advertir que un examen del proceso de transformación aludido no puede efectuarse haciendo una consideración aislada de las leyes (de fondo o instrumentales), sin atender el origen que llevó a su creación y aplicación, pues, como ya dijimos, los nuevos enfoques criminológicos han revelado no pocos factores atribuibles a esa génesis, siendo que "lo que resulta verdaderamente importante es determinar los intereses generales que deben primar sobre los particulares, prevalecientes sólo en virtud del poder y el dominio de los grupos sociales que por esto pueden establecer lo que debe tenerse por desviado y

1 Jescheck, H.H.; *"Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal"*, en Política Criminal y Reforma del derecho penal", Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1982, p. 235.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

criminal".[2] En todo caso, no puede ignorarse que los anteriores problemas, que generan la insuficiencia de los instrumentos punitivos y un inadecuado tratamiento del fenómeno criminal, han venido a producir una grave crisis de todo el sistema, para el que parecieran agotarse las respuestas (formuladas en el sentido tradicional), por lo que se plantea como urgente la tarea de su replanteamiento, no debiendo desdeñarse las propuestas abolicionistas, impulsoras de algo más que una simple reforma de la legislación[3]. Sin embargo, creemos que aún es posible reactivar el sistema y rescatar dentro de él los propósitos del Estado de derecho y con ello los del derecho penal y sus áreas afines[4], tan a menudo objeto de olvido, de desviación, o de manipulación.[5] Como corolario de las anteriores afirmaciones nos parece de importancia, además de precisar algunos conceptos, presentar un breve panorama de la forma en que observamos se produce la interacción entre el control social, el sistema penal y las leyes penales (tanto las relativas al derecho de fondo como a las procesales).

I. **Sistema penal y control social**: Debemos primero aclarar, con apoyo en la doctrina más autorizada, que llamamos *sistema penal* al control social punitivo institucionalizado que de hecho comprende desde que se detecta o supone una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta la pena (es decir, abarca como sectores o segmentos básicos: el policial, el judicial y el ejecutivo)[6]. A su vez el control social (que opera como mecanismo contralor, de vigilancia y respeto del comportamiento humano en sociedad) puede ser difuso (es decir, sin ningún marco formal de desarrollo: medios masivos de comunicación e interrelación, familia, rumores, prejuicios, modas, usos, etc.) o el que se denomina institucionalizado (también llamado formalizado). El derecho penal, el procesal penal y demás áreas jurídico-sociales afines, forman parte, a su vez, de la integración del sistema penal.

II. **Los discursos del sistema penal**: El discurso jurídico o judicial suele ser garantizador y se basa, por regla general, en el retribucionismo o en la resocialización; el discurso policial es primordialmente moralizante; y el discurso penitenciario es predominantemente terapéutico o de "tratamiento" (de "rehabilitación" del delincuente)[7]. Lo anterior no significa que efectivamente los discursos (como argumentos que pretenden explicar y justificar la participación de cada sector dentro del sistema) coincidan en perfecta armonía con lo que sucede en la realidad, pues con harta frecuencia ocurre lo contrario, esto es, un desajuste entre la teoría (el deber ser) y la práctica (el ser).

III. **Sistema penal y ley penal sustantiva**: Se supone que la ley penal de fondo debe señalar un ámbito conforme al cual el sistema penal del que forma parte puede seleccionar y criminalizar conductas. Sin embargo, resulta indudable que muchas veces aquél excede sus potestades dentro del marco que le permite establecer ese ámbito en la realidad social, lo

---

2 Bergalli, R. *"Observaciones críticas a las reformas penales tradicionales"*, en Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, de Edit. Temis, Colombia, 1982, p. 252.

3 Cfr. al respecto la ob. de Sánchez, C. y Houed, M., *"La Abolición del Sistema Penal"*, Editec, Editores, S.A., San José, Costa Rica, 1992, pp. 15 y ss.

4 Para una mejor comprensión de este tema, ver el artículo de Cury, E., *"Los fines del Derecho Penal"*, en la obra *Pensamiento Penal Moderno*, de la Univ. Externado de Colombia, Primera Ed., 1991, pp. 29 y ss.

5 Ver de Zaffaroni, E.R., *"Manual de Derecho Penal"*, Parte General, sexta edición, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1988, en pp. 34 y ss, donde analiza y cuestiona los discursos del sistema penal, así como sobre la existencia de un llamado " sistema penal subterráneo", como fenómeno que debe llamarnos a la reflexión.

6 Zaffaroni, E.R., ob. cit., pp. 30 a 34.

7 Zaffaroni, E.R., ob. cit., pp. 34 y 35.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que normalmente ocurre por la propia configuración de su normativa, creada en algunos casos con elementos arbitrarios bajo pretextos generales de muy variada índole, en especial por discutibles razones de "política criminal" (como por ejemplo para "garantizar mayor seguridad y orden") o por cuestionables razones de "oportunidad" (como ocurre con la creación de tipos penales difusos o con el aumento de penas para cierta clase de hechos ilícitos considerados graves por la "opinión pública", etc.) o por cualquier otro motivo, lo que suele arrastrar a las leyes penales hacia objetivos diferentes de los que verdaderamente debe cumplir. Es así como se apreció en nuestros países del área un creciente fenómeno de criminalización de conductas llamadas de "bagatela" que vino a "inflar" o "engrosar" el derecho penal sustantivo, alejándolo de sus fines esenciales, así como a una represión cada vez mayor (reduciendo el catálogo de penas casi sólo a la prisión). Como resultado de lo anterior se produjo una orientación mayor hacia el llamado derecho penal de peligrosidad (que siempre es derecho penal de autor), dejando de lado el derecho penal de culpabilidad (que usualmente es derecho penal de acto, aunque por excepción puede serlo de autor)[8], y al que debe aspirar un Estado de derecho. Del mismo modo cabe advertir que los sistemas penales más represivos corresponden casi siempre a sistemas políticos autoritarios (o totalitarios) que han utilizado el concepto de la peligrosidad y del derecho penal de autor como instrumentos de control para sus propios intereses, pues de acuerdo con las características examinadas, resulta muy "eficaz" para sojuzgar personas y grupos disidentes. En contraposición a ellos los sistemas políticos pluralistas o democráticos suelen impulsar un derecho penal de culpabilidad asentado en el reproche del acto o del hecho.

Tampoco puede olvidarse —como ya dijimos— que los cambios estructurales en los sistemas políticos de América Latina (con la desaparición de no pocas dictaduras y el surgimiento de nuevos movimientos políticos dirigidos a una mayor apertura ideológica) han hecho que hoy día se retomen los principios universales que regulan la vida en sociedad y determinaron la existencia del Estado, en especial atendiendo la tutela y protección de los derechos humanos, que a pesar de aparecer como contenidos fundamentales en casi todas las constituciones políticas de nuestros países, así como en tratados y convenios internacionales, solían pasar inadvertidos, o al menos, con una muy reducida eficacia. Al respecto los tribunales o cortes constitucionales, al igual que los organismos de derechos humanos y otros de no menos importancia, han jugado un *rol* de gran trascendencia en miras a la transformación que se requiere para lograr, en la medida de lo posible, el deseado ajuste entre la teoría y la práctica. Sin embargo ésta no es una tarea fácil. Las comunidades se han acostumbrado a creer —manipuladas al efecto en gran medida por informaciones periodísticas alarmantes e indiscriminadas— que el sistema penal debe ser el "remedio" o respuesta a todos los problemas y conflictos de la más variada índole (sean estos de cualquier naturaleza: de carácter delictivo o económico, moral, religioso, etc.), y suele atribuírsele (particularmente por ciertos medios de comunicación colectiva que critican sin discriminar, lo que llaman la "tolerancia" de

---

8 El derecho penal de autor no prohíbe el acto en sí, sino el acto como una manifestación de una "forma de ser" del autor, que sería lo verdaderamente delictivo. Es decir, el acto tendría valor de síntoma de una personalidad: se castiga no el hecho de robar o hurtar, sino al "ladrón"; se sanciona no el homicidio, sino al "asesino", etc. En cambio, el derecho penal de acto o de hecho se refiere al suceso en sí, no a la personalidad del autor.
En todo caso, como bien lo dice el prof. Zaffaroni, " cualquiera que fuere la perspectiva desde la que se quiera fundar el derecho penal de autor (culpabilidad de autor o peligrosidad), lo cierto es que un derecho que reconozca pero que también respete la autonomía moral de la persona, jamás puede penar el "ser" de una persona, sino sólo su hacer, desde que el derecho es un orden regulador de conducta humana", ob. cit., p. 73.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las leyes penales y la supuesta complicidad y pasividad de los jueces) toda la responsabilidad en el deficitario control del fenómeno delictivo. De ahí que la "rectificación" del sistema y por ende de los instrumentos que utiliza (entre ellos el derecho penal) encuentren no pocos obstáculos. La pregunta, por consiguiente, pareciera consistir en conocer qué clase de sistema penal deseamos (y por derivación qué clase de derecho penal debemos impulsar). Las corrientes reformadoras se debaten entre quienes desean un sistema y un derecho penal cada vez más represivo (por ejemplo las denominadas corrientes "nuevo realistas" norteamericanas o los movimientos legislativas que de una u otra manera pretenden sancionar con "leyes más fuertes" a ciertos fenómenos delictivos), y un derecho penal mínimo (o derecho penal de mínima intervención dentro de un derecho penal respetuoso de los derechos humanos), sin olvidar que, como ya lo puntualizamos, existe una corriente extrema que tiende a la abolición del sistema y a la sustitución del derecho penal como mecanismo de control.

A. **Derecho penal mínimo**: Este busca la máxima reducción de la intervención penal, dejando su aplicación sólo para los hechos punibles verdaderamente graves, desde luego bajo la tutela y protección de los derechos humanos. Es dentro de sus contornos que suele recomendarse la reforma legislativa en la presente materia, buscando inclusive el adecuado acomodo de la denominada delincuencia no convencional que ha surgido como un fenómeno de extrema gravedad en nuestros países (delincuencia de "cuello blanco", ecológica, económica, el narcotráfico, etc.).

B. **Desarrollo de alternativas a la pena privativa de libertad**: El descrédito de la pena de prisión no es una simple ficción sino un hecho comprobado. Los estudios de la moderna penología han revelado la poca efectividad de la reinserción social del delincuente: "mientras que hasta los años cincuentas se había creído que se podía modificar a los delincuentes y reisentarlos en la vida social mediante las más variadas formas de internamiento y con la ayuda del trabajo, la enseñanza, la organización del tiempo libre, la terapia social y el tratamiento pedagógico, hoy reina el escepticismo y la resignación a consecuencia de los escasos resultados que han obtenido los programas de resocialización en los establecimientos de cumplimiento"[9]. Esto, unido a otros factores que van desde la carestía de recursos económicos y humanos del Estado para atender las necesidades carcelarias, hasta el problema del traslado de la pena a la familia del interno, ha generado una corriente de pensamiento que impulsa fuertemente la aplicación de diversas alternativas que pretenden sustituir —para ciertos delitos— la pena de prisión por otras formas sancionatorias[10].

Igualmente se buscan soluciones procesales que permitan descongestionar el sistema y obviar la necesidad del proceso penal (por ejemplo por medio del principio de oportunidad reglado en manos del Ministerio Público, para que se seleccione conforme a parámetros establecidos en la ley los casos que pueden ser excluidos de la acción penal, así como otros mecanismos que tiendan a evitar la puesta en marcha del sistema: suspensión del proceso a prueba —la probation— etc.).

---

9 Jescheck, H.H., ob. cit., p. 237.

10 Consultar al respecto —entre otras obras de diversos autores— de Rodríguez Manzanera, L., su artículo *"Panorama de las alternativas a la prisión en América Latina"*, en *Sistemas Penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe;* Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1992, pp. 15 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

C. **Despenalización, descriminalización o desincriminación**: Los argumentos que hemos venido esbozando inciden en la posición de quienes pretenden la conversión de ciertos hechos punibles en otra clase de infracciones (por ejemplo de carácter administrativo con multas de esa naturaleza o disciplinarias), o para que se traslade el motivo del conflicto a otras áreas del derecho que no sea el penal, e incluso puedan implementarse soluciones desde la política de resolución alternativa fuera de la estructura judicial. Esta es una de las tareas más significativa y característica de las reformas del derecho penal actual[11]. Pero para llevar a cabo tal propósito, deben tenerse claramente establecidos los lineamientos de una verdadera política criminal y lo que podemos esperar de un sistema punitivo.

IV. **El Sistema penal y la ley procesal**: Igualmente difícil es la tarea propuesta para la modificación de las leyes procesales en los países latinoamericanos, herederos —en su mayor parte— de desgastados sistemas inquisitivos (escritos, secretos y no contradictorios) de antiguos regímenes caracterizados por la represión y autoritarismo[12]. Para tales efectos resulta de gran trascendencia señalar la labor llevada a cabo por destacados procesalistas del área al redactar un código procesal penal modelo para Iberoamérica, presentado para su conocimiento y divulgación con sus últimas correcciones el veinticinco de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (después de un arduo trabajo de discusión en diferentes jornadas)[13], donde se siguen los más modernos lineamientos de la doctrina y de la práctica en dicha materia, particularmente en cuanto retoma principios esenciales del sistema acusatorio, como lo son la oralidad, la publicidad y el contradictorio —entre otras innovaciones de suma importancia que aparecen incorporadas en su contenido—,[14] y que bien puede ser utilizado como guía orientadora de las correspondientes reformas legislativas propuestas para nuestros países.[15]

A. **Sistema inquisitivo y "cultura inquisitiva"**: Pero para lograr una adecuada transformación de la justicia penal en un Estado de derecho, no basta con modificar las leyes, ya que como hemos dicho con anterioridad, existen diferentes obstáculos que deben ser superados conjuntamente. Uno de ellos, pocas veces discutido con sinceridad y amplitud, es que no solamente se trata de calificar como inquisitivos a los sistemas procesales que nos han regido o nos siguen rigiendo (lo que fácilmente puede detectarse con sólo observar las particulares características de la mayoría de los códigos latinoamericanos de la materia con tradición española o francesa), sino que debemos admitir que se llegó a crear un específico modo de situarse ante la realidad y

---

11 Jescheck, H.H., ob. cit., p. 241.

12 Para mayor información sobre este tema ver, entre otros, de Maier, J., su artículo *"Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas escritos y de la organización de los tribunales"* en publicación del Congreso regional sobre la reforma de la justicia penal. Ilanud y Organismo Judicial de Guatemala, 1991, pp. 3 y ss.

13 Ver la *"Breve historia del Código modelo"*, su "Exposición de Motivos" y el contenido normativo de dicho Código, en publicación del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Edit. Hammurabi, Argentina, 1989.

14 Entre ellas la eliminación de la instrucción formal en manos de un juez y encargándole las investigaciones respectivas al Ministerio Público; el principio de oportunidad reglado a cargo del ente acusador con control jurisdiccional; la existencia de un juez de garantías que vigile y tutele las medidas cautelares decretadas contra los imputados y aquellos actos procesales definitivos que no puedan ser reproducidos; la instauración de procedimientos abreviados para delitos cometidos en flagrancia o cuando hay "confesión", etc. Todo ello en atención a que el proceso penal sea más ágil y transparente, sin descuidar la tutela de los derechos humanos y reduciendo las posibilidades de que la prisión preventiva se convierta en una verdadera pena antedatada.

15 De hecho así ocurrió con el recientemente aprobado Código Procesal Penal de Guatemala (que entró en vigencia a mediados de este año) y con los proyectos de códigos de El Salvador, Ecuador, e inclusive Costa Rica (donde tenemos desde el año 1975 un Código Procesal Penal mixto bastante moderno pero con una etapa de instrucción bastante intrincada y formal), entre otras naciones interesadas en superar sus estructuras legislativas al respecto.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

considerarla, esto es, una verdadera mentalidad, una "cultura inquisitiva" como la denomina el profesor Binder[16], que se enraizó en el devenir histórico de nuestras naciones (en especial en el caso de Centroamérica). Esa "cultura" presenta ciertos rasgos muy significativos y comunes: Una mentalidad eminentemente "formalista", que conduce al excesivo ritualismo y preservación de las "formas", como si esto llevase a la solución del conflicto: jueces y demás sujetos del proceso utilizan un lenguaje alambicado y oscuro (con la excusa del "tecnicismo"), lo cual aleja a la administración de justicia de su propósito dentro de la comunidad, pero que sirve, en alguna medida, para "justificar" (y esto es un mito) la necesidad de buscarse la asesoría de un abogado[17]. Por otra parte, paralela a aquélla se encuentra una mentalidad burocrática, apegada a los trámites antes que al interés en resolver los conflictos, por lo que los escasos recursos no se utilizan de modo productivo sino de forma dispendiosa e ineficiente. Asimismo, esa mentalidad se manifiesta con toda plenitud en la delegación de funciones, por la cual empleados de segundo orden asumen y cumplen funciones jurisdiccionales que no les son propias (escribientes u oficinistas que reciben declaraciones de los imputados, de testigos o peritos, o lo que es aún peor, que hacen resoluciones escritas o toman decisiones para los que no están facultados ni autorizados). La cultura inquisitiva conlleva que jueces y abogados tengan por lo general una actitud temerosa, pues les preocupa (muchas veces con razón, dado el criterio igualmente formal y burócrata de sus superiores jerárquicos) la violación de los ritos y formas que derivan en la observancia de las minucias y trámites del proceso, antes que en su verdadero cometido. Tal actitud puede entonces señalarse, sin lugar a dudas, como conservadora y poco creativa, en resguardo de un cierto grado de "sacralidad" que parece no haber perdido nunca[18]. Todo lo anterior nos permite plantear, como primer tema de cuestionamiento, la superación de esa clase de mentalidad, de esa "cultura inquisitiva" que tiene anclado el desarrollo de nuestra vida institucional, porque "así como no se puede modificar la cultura sin cambiar el sistema procesal, el cambio en este último no garantiza por sí solo una transformación inmediata de la cultura social"[19]. Precisamente por ello podemos puntualizar hoy día, que la reforma en el ámbito de la justicia penal trasciende los alcances de una necesidad política para situarse además en el plano de una necesidad práctica[20], y si aquélla, tildada de modo reiterado como colapsada, inoperante y sin claros propósitos, puede al fin vislumbrar un camino hacia su mejoramiento, bienvenidos sean todos los esfuerzos que se realicen con tales propósitos.

B. **Características inquisitivas del proceso penal**: Aunque los tratados y manuales de derecho procesal penal suelen señalar con toda propiedad las características básicas de los sistemas inquisitivos o inquisitoriales, haciendo al respecto un extenso desarrollo, nos parece oportuno hacer una breve reseña de las más relevantes, con el afán de proporcionar el panorama completo sobre el objeto de nuestro análisis. Ellas son las siguientes:

a. **Justicia delegada**: El sistema inquisitivo supone un régimen político de gran concentración de poder en un solo órgano

16 Binder, A. Ver de este autor, entre otros, su artículo *"Estrategias para la reforma de la justicia penal"*, en *Justicia Penal y Estado de Derecho,* publicación de edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1993, pp. 243 y ss.

17 Indudable razón lleva el Prof. Binder cuando señala que " la gente siente que necesita del abogado no sólo para resolver su conflicto, sino también para que oficie como una suerte de "traductor" del complicado lenguaje judicial", ob. cit., p. 205.

18 Cfr. sobre este tema, ob. cit., de Binder, A., pp. 206 a 208.

19 Binder. Ibídem.

20 Cfr. al respecto, de Maier J.; *"Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica"* en *Reformas Procesales en América Latina,* Edit. por CPU, Santiago de Chile, 1993, p. 36.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

estatal (el monarca, el papa, etc.), que determina las principales funciones del Estado, tanto administrativas, como legislativas y judiciales. De él emana la justicia, y por cuestiones de orden práctico, delega en órganos subalternos su función. De ahí que se justifique la doble instancia (mediante el recurso de apelación).

b. **Proceso de oficio**: Aunque la inquisición del derecho canónico no eliminó del todo la acusación como medio de iniciación del proceso, un rasgo muy característico de este sistema es que se faculta al juez para que active de oficio, continúe y concluya el proceso sin que nadie lo incite a hacerlo, sin que el denunciante esté obligado a probar lo que afirma ni a sustentar sus afirmaciones durante el juicio.

c. **Juez activo**: Pero como se dijo anteriormente, el juez dentro de este sistema no solamente inicia el proceso de oficio, sino que tiene entre sus atribuciones la instrucción e investigación del caso, por lo que interroga al acusado, recibe la prueba, y concluye con su sentencia (no se separa su función instructora de la juzgadora).

d. **Preponderancia de la instrucción**: La fase instructiva se hipertrofia, otorgándosele una importante preponderancia, a tal punto, que puede decirse que en ella se decide prácticamente la suerte del imputado.

e. **Escritura**: Como corolario de lo anterior (dada la necesidad de dejar por escrito las actuaciones procesales efectuadas) el sistema inquisitivo emplea como aspecto básico la escritura, contradiciendo el modo natural de comunicación del ser humano, como lo es la expresión oral.

f. **Secreto**: Íntimamente relacionado con el carácter escrito de los actos está el secreto, pues concentrado el poder decisorio en un monarca que delega su actividad para efectos solamente prácticos en otros funcionarios, pierde sentido la publicidad del proceso que impulsa el sistema acusatorio.

g. **No hay contradicción**: Como este sistema otorga notable actividad y participación al juez por encima de los demás sujetos procesales, prácticamente desaparece la posibilidad de confrontar los elementos probatorios y de discusión de argumentos por parte de aquéllos. Esta característica se revela desde el inicio mismo del proceso, pues no resulta necesario que el acusado conteste la litis u ofrezca probanzas para contradecir o atenuar los efectos de ésta. No existe un acusador propiamente dicho o ente alguno que cumpla una función similar a la que desarrollan los fiscales del Ministerio Público y se restringe seriamente la figura del defensor o procurador, a la vez que se dan serias limitaciones en la producción y control de las pruebas.

h. **Indefensión**: Producto de lo anterior resulta un evidente estado de indefensión. El acusado no es sujeto sino objeto del proceso, y se le puede acusar aún de modo anónimo, sin que sepa quién y por qué o de qué se le acusa. Puede ser sometido a interrogatorio, tormento y mantenido preso preventivamente por tiempo indefinido ("preso sin condena"), inclusive durante todo el proceso. Se le sentencia sin obligación, por parte del juez, de fundamentar su fallo, y si es absuelto o sobreseído por falta de pruebas, la causa puede ser reabierta si posteriormente aparecen nuevos elementos que en criterio del juzgador lo ameriten.

i. **Valoración de la prueba**: Como un mecanismo para limitar los poderes omnímodos del juez, se estableció que éste debía fallar conforme a la valoración que la propia ley hacía de la prueba (sistema de prueba legal o tasada). Este instrumento, de decisión conforme a derecho (por otorgar la ley a las pruebas un determinado valor), no evitó el abuso de las pruebas ilegales, convirtiéndose la confesión (espontánea u obtenida mediante tormento o coacción) en la "reina" de ellas.

Los anteriores son, pues, los aspectos básicos del sistema inquisitivo que se pretende superar en nuestras legislaciones, pues si bien es cierto que los países del área a que hemos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

referido nuestro estudio no han seguido sistemas inquisitoriales "puros", lo cierto es que se habían venido inclinando peligrosamente hacia él, en detrimento de la tutela y protección de los derechos fundamentales de los individuos.

C. **Régimen Constitucional del moderno proceso** (Juicio, defensa, régimen probatorio, etc.): "El moderno derecho procesal ha relegado su *rol* netamente adjetivo, o servidor de las leyes sustantivas. No lo posterga totalmente, simplemente se compenetra de novedosos principios que entonan la socialización del derecho, otorgando la posibilidad de una justicia funcional, eficaz y solidaria"[21]. El proceso jurisdiccional, y dentro de su órbita especialmente el penal, debe observarse como un instrumento único, universal, que permite la protección de los derechos humanos. De ahí, pues, que el desarrollo del concepto de debido proceso, íntimamente ligado al respeto de las garantías individuales y formas que postula la misma ley suprema (juez natural, inviolabilidad de la defensa, tratamiento del imputado como inocente, incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia epistolar, juicio oral y público, etc.)[22], haya cobrado tanta importancia dentro de las novedosas estructuras que se impulsan para orientar y adecuar los respectivos sistemas. No en vano suele afirmarse que desde ese punto de vista "... el proceso penal es un procedimiento de protección jurídica para los justiciables, y el derecho procesal penal una ley reglamentaria de la Constitución"[23]. Podemos entonces señalar que un proceso penal, adecuado a lo que es el debido proceso (debido proceso legal o *due process of law*, según denominación anglosajona), no trata de cumplir un trámite cualquiera o dar la apariencia ordenada y simplista de procedimientos reglados (donde importa más la forma que el contenido)[24], sino de garantizar que no se prive a ningún individuo de la oportuna tutela de sus derechos fundamentales, para que el proceso seguido en su contra concluya con el dictado de una sentencia fundada y en fiel cumplimiento de los principios supremos que así lo exigen en un Estado de derecho.

Siguiendo las directrices anteriores y en aras de formular un documento que pueda servir de orientación general para una correcta administración de justicia, fueron estructuradas, por encargo de la Organización de las Naciones Unidas, las denominadas *"reglas mínimas del proceso penal"*, también conocidas como reglas de *Mallorca*[25], donde se hace énfasis en el significado del proceso debido, ajustado y adecuado a un régimen que respeta y tutela los derechos humanos.

## CONCLUSIONES

Es cierto que la idea de todos los que aspiramos a mejorar nuestros sistemas de justicia penal no debe limitarse a copiar o imitar otros modelos, simplemente por el prurito del cambio; pero sí reflexionar sobre los múltiples problemas que han sido arduamente analizados por diferentes sectores y estudiosos de las ciencias penales y afines para no repetir los errores del pasado. Estamos convencidos que aún hay esperanza, cuando observamos esfuerzos serios como los que aquí se han comentado (la materialización de un código

21 Gozaíni, Osvaldo Alfredo. Introducción al nuevo Derecho Procesal. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1988, pp. 19 y 20.

22 Cfr. al respecto obra de Maier, Julio, Derecho Procesal Penal Argentino, Vol. B, Edit. Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989, p. 251.

23 Maier, J., ob. cit., ibídem.

24 Gozíni, O.A., ob. cit., p. 122.

25 La Comisión de Expertos designada con ese motivo, se reunió en Palma de Mallorca en cuatro Sesiones de Trabajo, que se efectuaron en el mes de noviembre de 1990, mayo de 1991, setiembre de 1991 y febrero de 1992.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

procesal tipo, las reglas mínimas del proceso penal, proyectos de nuevas codificaciones de derecho penal y procesal etc.), donde se vislumbra un camino hacia nuevas orientaciones. El derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal pueden adquirir entonces, una visión más cercana de la realidad, más eficiente, más comprometida con el cumplimiento de una justicia menos formal y alambicada, y si así es, todos nos beneficiaríamos de ello.

Debemos realizar esfuerzos considerables por desaparecer de nuestro sistema penal todas aquellas instituciones inoperantes y generadoras de más violencia, así como impulsar y apoyar tanto las políticas de contracción del catálogo punitivo como aquellas que tutelan los derechos y garantías fundamentales de los sujetos sometidos a proceso.

Es necesario crear la conciencia de que con una interpretación correcta y una práctica alternativa, el derecho puede convertirse en un instrumento más en la construcción de una sociedad más justa, igualitaria y democrática, aspiración que todos compartimos.

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:


Bergalli, R.; Jescheck, H.H.; Roxin, C.; y otros. *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal.* Edit. Temis, Colombia, 1982.

Binder, A. *justicia penal y Estado de derecho.* Edit. Ad-Hoc srl, Buenos Aires, Argentina, 1993.

Binder, A. *Función práctica de la dogmática penal.* Publicac.del Primer Congreso estudiantil de Ciencias Penales, Der. Constituc. y Derechos Humanos. El Salvador, 1992.

Código procesal penal modelo para Iberoamérica. Public. del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Edit. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.

Cury, E. y otros. *Pensamiento penal moderno.* Public. de la Universidad Externado de Colombia, 1ª edic., 1991.

Gozáini, O.A. *Introducción al nuevo derecho procesal.* Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1988.

Maier, J. *derecho procesal penal Argentino.* Edit. Hammurabi S.R.L., Vol. I y II. Buenos Aires, Argentina, 1989.

Maier, J. y otros. *Congreso regional sobre la reforma de la justicia penal.* Public. de Ilanud y el Organismo Judicial de Guatemala. Guatemala, 1991.

Maier, J. y otros. *Reformas procesales en América Latina.* Edit. por CPU, Santiago, Chile, 1993.

Martínez, M. *¿Qué pasa en la criminología moderna?.* Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1990.

Rodríguez Manzanera, L. y otros. *Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe.* Edit. Depalma, Buenos Aires, Argentina,1992.

Sánchez, C. y Houed, M. *La abolición del sistema penal.* Editec, Editores S.A., San José, Costa Rica, 1992.

Zaffaroni, E.R. *Manual de derecho penal, Parte General.* Sexta edic., Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1988.

Zaffaroni, E.R. *En busca de las penas perdidas.* Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1989.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

# LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE DESARROLLO

**LIC. CARLOS M. COTO ALBÁN***

La concesión para la realización de obras públicas es —por mucho— más antigua que el derecho administrativo como disciplina jurídica sistemática y una de sus fuentes más importantes.

La concesión apareció en la Edad Media. Fue el mecanismo que usaron las comunas de las incipientes ciudades europeas para llenar ciertas necesidades de los ciudadanos. La historia del derecho recoge sin número de casos de concesiones a particulares para construir canales, atracaderos, puentes carreteros y peatonales, calzadas y hasta distribución de artículos de primera necesidad y más adelante muelles y bolsas de valores y de productos agropecuarios, en ciudades que pertenecen hoy a países como Francia, España, Italia, Bélgica, Holanda y Alemania, para citar algunos, mediante estipendios pagados por los usuarios.

A la inspiración de los grandes pensadores del siglo XVIII, precursores de la Revolución Francesa, y singularmente a Montesquieu, pero sin olvidar a Voltaire y Rousseau en Francia y a Locke en Inglaterra, debemos la organización del Estado moderno y los fundamentos de la democracia a partir de las ideas de los filósofos de la antiguedad.

De *El Espíritu de las Leyes* de Montesquieu surge la división de los poderes del Estado, como sistema de frenos y contrapesos, conformado por órganos independientes encargados de promulgar, ejecutar y aplicar las leyes.

Esto ha llevado a la doctrina publicística del derecho y al pensamiento político moderno, desde el siglo pasado hasta nuestros días, a preguntarse: ¿Cuáles son las funciones del Estado, cuáles son los servicios públicos que éste debe prestar y cuáles son los deberes y derechos del ciudadano frente a tales planteamientos?

La revolución industrial del siglo XVIII hasta mediados del XIX produjo la gran empresa privada. La invención de la máquina de vapor —entre muchos otros de sus avances para la humanidad— produjo la locomotora, el ferrocarril, que acortó distancias y abrió el transporte. En casi todos los países del globo se realizaron gigantescas obras, esfuerzos épicos para abrir trochas y tender rieles. Junto a los buques y las locomotoras de vapor vinieron los grandes sistemas portuarios y se abrió el comercio mundial en gran escala.

Como en los municipios del Medioevo, para la construcción de puertos y ferrocarriles, apareció la concesión, como una respuesta —lejos, claro está, de todo dogmatismo— a dos realidades siempre vigentes: La existencia de una necesidad general y la imposibilidad de

* *Asesor de la Asamblea Legislativa de Costa Rica y del Ministerio de Obras Públicas y Transportes del Gobierno de Costa Rica, para la elaboración de la Ley General y el Reglamento de Concesión de Obra Pública.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

satisfacerla por el poder público. He aquí los alcances de la concesión, en otras palabras, la importancia de este instituto jurídico en el desarrollo económico de las naciones y la prestación de los servicios públicos para el bienestar de los ciudadanos.

El crecimiento de la empresa privada en la explotación de recursos naturales (petróleo, gas, minas, etc.), en la prestación de servicios públicos (ferrocarriles, navegación, electricidad, teléfonos, etc.), y en la producción de bienes, en muchos casos en condición de monopolio de hecho, llevó en Europa a un cierto movimiento nacionalizador entre las dos guerras mundiales. En Inglaterra se nacionalizaron la aviación comercial y la radiodifusión y en Francia la aviación comercial y la fabricación de material aeronáutico, en ambos países con reconocimiento de las respectivas indemnizaciones. Después de la Segunda Guerra Mundial la nacionalización dejó de ser un fenómeno excepcional. La Constitución Francesa del 27 de octubre de 1946 decía en su preámbulo: "Todo bien, toda empresa cuya explotación tenga o adquiera caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad". El movimiento nacionalizador se fortaleció y llegaron a manos del Estado francés las fábricas Renault, toda la producción de carbón, unas 2500 empresas de electricidad y gas, el Banco de Francia y el de Argelia, otros cuatro grandes bancos de depósito, así como las cuarenta mayores sociedades de seguros. En Inglaterra, a partir de 1945, la política de nacionalizaciones afectó a las industrias de combustibles, producción de energía, transportes, producción de hierro y acero, desarrollo económico de las colonias e importación y venta de algodón en bruto, al igual que el Banco de Inglaterra. En Italia, en la década de los años sesenta, el gobierno llegó a controlar alrededor del 50% de todas las empresas productivas, especialmente las de navegación, hierro, acero y minerales e hidrocarburos.*

En los países en desarrollo, con escasa capitalización, la construcción de obras públicas se realizó, a finales del siglo pasado y principios del presente, mediante concesiones otorgadas a empresas extranjeras, en condiciones francamente perjudiciales a sus intereses nacionales. Son bien conocidos los casos de los ferrocarriles de Perú, Argentina, Panamá y Costa Rica, para citar sólo algunos.

En países con tradición romanista, como lo son los de América Latina, la concesión se concibió como un contrato común y en muchos casos se recurrió —a fin de lograr un ligamen jurídico inmutable entre las partes— a la aprobación legislativa, como un control político del legislador sobre el Poder Ejecutivo. Surgió entonces la figura del contrato-ley, incapaz de variarse sin el acuerdo de voluntades, por mucho que la concesión se estuviese ejecutando en contra del interés público. Hoy, el principio latino *"pacta sunt servanda"*, en derecho público" se convierte en lo contrario, en la mutabilidad del acto administrativo en reserva del interés público.

El otorgamiento de la concesión es un acto administrativo que cae, naturalmente, dentro del ámbito del derecho público, a cuya normativa queda afecto el concesionario que se compromete a construir una obra pública o a reparar, ampliar, conservar y restaurar una obra preexistente, y a prestar un servicio público mediante el pago de una contraprestación o tarifa que abonarán los usuarios.

La ley N° 7404 de 3 de mayo de 1994 brinda al Estado —entendiéndose como Poder Ejecutivo, entes descentralizados y municipalidades— la potestad de otorgar concesiones para construir, mantener o mejorar

---

* Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*. (Madrid, España, 1964).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

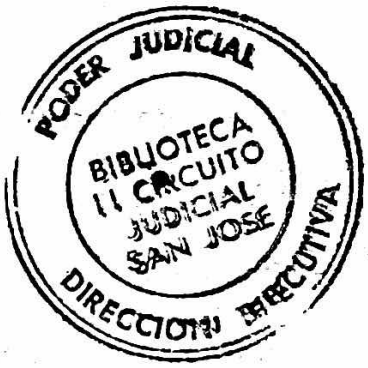
importantes obras de infraestructura y prestar con ellas significativos servicios a los ciudadanos. A su vez le faculta para controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario y proteger los derechos de los ciudadanos. Todo ello —y no podría ser de otra forma— en concordancia con los principios de conveniencia nacional, legalidad, generalidad, continuidad, eficiencia, adaptabilidad y justa retribución al concesionario, dentro de un marco de derecho público y el debido respeto a los derechos e intereses particulares. La acción del Estado está reglada en la ley, que es rigurosa para la administración desde el momento de la toma de decisión de concesionar una obra por servicios, como la denomina la legislación española.

La ley ofrece al particular la oportunidad de realizar inversiones en importantes obras de infraestructura, a realizar una ganancia justa para lo cual deben establecerse con claridad los factores que componen la ecuación económico-financiera de la concesión, bajo el marco legal del derecho público.

El Estado y el particular deben pensar en concesiones necesarias, claras y justas, con arreglo a la ley, que hagan posible su cumplimiento hasta la expiración del plazo, por interés público y conveniencia privada, por la presente y futuras generaciones.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"




# ESTADO ECONÓMICO

## PROYECTO PARA LA DEMOCRATIZACIÓN REPUBLICANA Y PRESIDENCIALISTA DE LA SOCIEDAD

DR. MARCELO MARTÉN

## CONCEPTOS Y DEFINICIONES

**Solidaridad hecho:**

El vínculo que une a los miembros de cada una de las dos entidades de la empresa es un vínculo que llamaremos: "vínculo de solidaridad." Cada cual defiende sus intereses con celo movido por el sentimiento de solidaridad con su grupo. Este vínculo de solidaridad se asemeja a la solidaridad hecho.

**Solidaridad deber:**

El vínculo que une a las dos entidades que conforman la empresa es un vínculo que llamaremos: "vínculo de cooperación". Para que tal cooperación se dé, sus relaciones deben basarse en la justicia, de lo contrario el sentimiento de cooperación se tornará en lucha destructiva. Este vínculo de cooperación se asemeja a la solidaridad deber.

**Solidaridad social:**

El vínculo que une a la empresa con el Estado en la búsqueda de un sistema justo para la creación y distribución de la riqueza y para la defensa de la soberanía económica de la nación es un vínculo que llamaremos de solidaridad social.

**Justicia empresarial:**

Justicia empresarial es sinónimo de solidaridad empresarial.

**Entidad capitalista:**

La entidad capitalista es el concepto que se utiliza para referirse en conjunto, a los inversionistas dueños de las acciones comunes de la sociedad anónima.

**Entidad laboral:**

La entidad laboral es la forma asociativa con voto personal, que constituyen los trabajadores de la sociedad anónima para armonizar internamente con ella.

**Solidaridad empresarial:**

Solidaridad empresarial significa la decisión de la entidad capitalista de participar a la entidad laboral en las ganancias netas de la compañía, para destinarlas a capitalización laboral, poniendo en práctica el modelo institucional de la empresa.

**Principio de justicia internacional:**

El principio de justicia internacional consiste en la aceptación por parte de los Estados, de que toda empresa que opere en su territorio aplique el principio de solidaridad empresarial.

**Conflicto económico:**

Es el conflico que existe entre el capital y el trabajo por las ganancias de la compañía. Se

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

supera destinando la compañía parte de sus ganancias netas al pago de acciones preferidas laborales que el efecto emita.

**Conflicto político:**

Es el conflicto que existe entre el capital y el trabajo por el poder de la empresa. Se supera con las acciones preferidas laborales que le permiten a la entidad laboral formar parte de la asamblea de socios de la compañía, introduciendo en ella con inspiración republicana, un sistema en virtud del cual se controle recíprocamente el poder de los inversionistas y el de los trabajadores.

**Control recíproco entre el poder capital y el del trabajo:**

Así como en el campo estatal, el sistema republicano establece un control recíproco entre el poder de los distintos órganos del Estado; en el campo productivo, con inspiración republicana, debe institucionalizarse un sistema de control recíproco entre el poder del capital y el poder del trabajo en el seno de la sociedad anónima que organiza jurídicamente a una empresa.

**Estructura política de la empresa:**

Así como el Estado cuenta con una organización económica, aunque cumpla funciones políticas en el campo de la creación del orden social; la empresa debe contar con una estructura política, aunque cumpla funciones económicas en el campo de la creación de la riqueza.

**Senado:**

El Estado económico que prevé nuestro modelo, que conforman todas las sociedades anónimas que acojan dicho modelo y sus respectivas entidades laborales, elige representantes ante el Senado, que también prevé nuestro modelo.

El senado se crea con la idea de que el poder político y el poder económico representados en la Asamblea Legislativa se controlen recíprocamente, en defensa de la voluntad individual que eligió a los parlamentarios.

Considerando que:

1) Deben superarse los conflictos laborales y las violentas y prolongadas huelgas ilegales en que degeneran, con fuertes pérdidas para la economía nacional, grandes congojas para los empresarios y severas privaciones para los trabajadores.
2) El irrespeto por los fallos judiciales que declaran la ilegalidad de una huelga y la tendencia a universalizar el conflicto por medio de huelgas de solidaridad, demuestran que una parte considerable de los trabajadores no se siente adecuadamente protegida por las leyes sociales y opta por acudir a la violencia para hacerse justicia por su mano.
3) Es fundamental el concurso armonioso entre el capital y el trabajo en el seno de la sociedad anónima (compañía), como forma jurídica de la empresa, para asegurar un desarrollo sostenido y la participación efectiva de todos los que contribuyen a la creación de la riqueza.
4) El diálogo constructivo entre capitalistas y trabajadores sólo es posible, cuando estos últimos están debidamente representados en la compañía por la forma asociativa democrática (entidad laboral), que al efecto constituyan.
5) La empresa es absorbida en forma imperfecta por la sociedad anónima (compañía), al dejar esta última fuera de sus órganos a los trabajadores, y al monopolizarla ocupándose de ella únicamente como parte de su actividad empresarial, lo que induce a los trabajadores a organizarse por fuera para luchar hostilmente contra dicha compañía en defensa de sus intereses.
6) La compañía debe ser una sociedad anónima, por reunir éstas condiciones óptimas para el desarrollo, permitir la emisión de acciones para los trabajadores, y la obtención de ganancias para pagarlas.
7) La compañía se perfecciona cuando los trabajadores forman parte de ella como accionistas, representados por la entidad laboral.
8) El grado de civilización, cultura y desarrollo que nuestro país ha alcanzado, justifica

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que en forma estable y permanente, los trabajadores adquieran acciones y formen parte de la asamblea de la compañía por intermedio de la entidad laboral; al igual que los capitalistas dueños de las acciones comunes (entidad capitalista) forman parte de ella.

9) La justicia empresarial es sinónimo de solidaridad empresarial.
10) La compañía cumple con el principio de solidaridad empresarial cuando distribuye sus ganancias netas entre inversionistas y trabajadores de acuerdo a la significación de cada cual en la empresa correspondiente.
11) La Compañía supera el conflicto económico y político potencial que entre los inversionistas y los trabajadores existe pagándoles a éstos últimos las ganancias netas que les corresponden de acuerdo con el extremo anterior, en acciones preferidas laborales que representen un patrimonio inalienable e inembargable. Acciones que tendrán derecho a dividendos, y voz a favor de la Entidad Laboral, pudiendo la Compañía concederles también el derecho al voto, pero con las mismas restricciones que tienen las acciones preferidas de inversión a que se refiere el extremo 18, para garantizarles el liderazgo inicial a los inversionistas que acogieron el modelo institucional.
12) Debe facilitarse la adopción del modelo institucional manteniendo la entidad capitalista el liderazgo societario.
13) La Compañía puede destinar un porcentaje mínimo de las ganancias netas para pagar las acciones preferidas laborales, o aplicar alternativamente la proporción: salarios-intereses, para determinar ese porcentaje, aplicando al efecto la siguiente fórmula:

$$\text{Ganancia neta} \times \frac{\text{salarios}}{\text{salarios e intereses}} = \text{Ganancias para pagar A. Laborales}$$

14) Que la compañía debe destinar parte de sus ganancias netas para pagar las acciones laborales, o aplicar alternativamente la proporción: salarios-intereses, para establecer el porcentaje.
15) Las compañías que adopten el sistema aportan las acciones laborales al fondo nacional que al efecto constituyan, institución que con el respaldo de ese patrimonio accionario emite acciones consolidadas sin voz ni voto, cuya nuda propiedad adjudica cada compañía a los trabajadores que figuraron en la planilla correspondiente al período en que las acciones laborales aportadas al fondo nacional se suscribieron y pagaron, y el usufructo a la entidad laboral extinguiéndose a favor de los nudatarios diez años después.
16) El fondo nacional no debe tener actividades empresariales de ningún tipo, para no poner en peligro su patrimonio accionario.
17) La solidaridad empresarial fortalece los vínculos de unión entre la entidad laboral y la entidad capitalista, generando colaboración y producción eficiente entre ellas, sin la cual no hay distribución posible.
18) Debe procurarse la distribución de las acciones comunes de las compañías entre el mayor número; por lo que cada Compañía, además del aumento de capital autorizado dividido en las acciones preferidas laborales a que se refiere el extremo 11, autorizará otro aumento de capital pero dividido en acciones preferidas de inversión, con derecho a dividendos, pero con el voto restringido, de tal forma que los votos de todas esas acciones en conjunto, no sobrepasen el 24% de los votos de todas las acciones comunes, para garantizarle el liderazgo inicial a los dueños de las acciones comunes que acogieron el modelo institucional.
19) La compañía debe introducir con inspiración en la forma republicana de gobierno, un sistema en virtud del cual se controle recíprocamente en la asamblea de socios el poder de la entidad capitalista y el de la entidad laboral, quien se solidariza con el resto de los socios minoritarios para fortalecerse frente a quienes controlan la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sociedad, en beneficio del equilibrio societario interno.

20) Debe procurarse la distribución de las acciones comunes de las compañías entre el mayor número; por lo que cada compañía, además del aumento de capital autorizado dividido en las acciones laborales a que se refiere el extremo 11, autorizará otro aumento de capital pero dividido en acciones comunes equivalente al capital dividido en ese mismo tipo de acciones, menos el porcentaje necesario para garantizarle a la entidad capitalista el liderazgo inicial.

21) Las empresas se institucionalizan cuando las compañías correspondientes establezcan el modelo que contiene la presente ley.

22) El Estado debe establecer el modelo institucional en sus empresas dedicadas a la creación de la riqueza, o la prestación de servicios, susceptibles de dejar ganancias.

23) Las compañías en que se transformen las empresas públicas, deben mantener los aumentos de capital autorizados aun después de que el Estado haya vendido sus acciones comunes.

24) Conviene que la entidad capitalista y la entidad laboral de cada empresa asuman respectivamente las obligaciones que les corresponden, procurando así la solidaridad, la armonía y la colaboración.

25) La compañía debe aumentar en un 8,33% el monto de su planilla, para que la entidad laboral asuma directa y exclusivamente el pago de las prestaciones a sus trabajadores.

26) La entidad laboral debe pagarles a los trabajadores las prestaciones correspondientes al exceso de los ocho años una vez roto ese tope legal, en acciones consolidadas del fondo nacional que al efecto adquiera.

27) El fondo nacional debe adquirir con los dineros que reciba por la venta de las acciones consolidadas, acciones laborales de la compañía correspondiente, siempre que esa sociedad esté pagando impuesto sobre la renta y que lo apruebe el fondo nacional; adquiriendo en su defecto proporcionalmente acciones preferidas laborales de las sociedades que cumplan con tales requisitos.

28) Conviene que exista una institución que reúna en su seno a todas las compañías que adopten el modelo institucional, cuya asamblea la integren los presidentes de todas la compañías y los presidentes de todas las entidades laborales correspondientes; se crea el Estado económico, que constituye la nación económicamente organizada.

29) Las transformaciones que operen en el país deben solidarizarse con nuestros trabajadores, con nuestros inversionistas, y con la nación, estableciendo el modelo institucional en sus compañías regionales.

30) El Estado debe contribuir con las empresas que adopten el modelo institucional, permitiéndoles a las compañías que deduzcan de un porcentaje del impuesto sobre la renta, las sumas que destinan a capitalización laboral, perdiendo importancia la transformación de las acciones nominativas en acciones al portador, en razón del equilibrio societario interno y del control institucional que se inicia.

31) Los partidos políticos y las instituciones que garantizan el sufragio universal, son a la democracia política; lo que el Estado económico y el fondo nacional que garantizan el patrimonio nacional, son a la democracia económica.

32) Deben eficientizarse las oficinas públicas, que se crea el impulso administrativo de oficio, como complemento para la democratización republicana y presidencialista de la empresa.

33) En síntesis, la empresa se institucionaliza cuando procura:

    a) Que la sociedad anónima acepte como accionistas a los trabajadores de la empresa que aquella tiene por objeto,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

destinando al efecto, en forma estable y permanente, parte de sus ganancias netas a capitalización laboral.

b) Que las acciones comunes de la sociedad anónima se distribuyan entre el mayor número de socios.

c) Que el capital y el trabajo basen sus relaciones políticas y económicas internas en la solidaridad empresarial, por intermedio de la sociedad anónima que organiza jurídicamente a la empresa.

d) Que se ayude a los seres humanos que formen parte de las empresas, para que puedan satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales en general.

e) La solidaridad entre las sociedades anónimas y el Estado en la búsqueda de un sistema justo para la creación y distribución de la riqueza, procurando la defensa de la soberanía económica de la nación para que su dependencia económica no perjudique su independencia política.

f) La relevancia social, política y económica de la sociedad anónima, para la realización de los intereses privados de los inversionistas, protegiendo las minorías y procurando el bien común, sin dependencias externas que anulen su individualidad, o la obliguen a mantener organizaciones burocráticas externas.

g) La sustitución de la concepción exclusivamente contractual de la sociedad anónima por otra que cumpla con la colaboración sociológica sobre bases profesionales y morales.

h) La sustitución del término "privatización", por el de "democratización republicana", procurando que las sociedades anónimas en que se transforman las empresas públicas al pasar al sector privado cumplan con los extremos anteriores.

## LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

**DECRETA:**

### CAPÍTULO PRIMERO

### Institucionalización de la Empresa

Artículo 1º–Toda sociedad anónima, para poder gozar de los beneficios de la presente ley, deberá institucionalizarse en la forma que seguidamente se dispone:

Artículo 2º–El acuerdo en virtud del cual se institucionalice la sociedad anónima, se tomará por mayoría simple en asamblea general extraordinaria especialmente convocada al efecto.

### CAPÍTULO SEGUNDO

### compañía

Artículo 3º—La sociedad anónima que se institucionalice se llamará para los efectos de la presente ley: compañía, cuyos socios serán la entidad capitalista y la entidad laboral.

Artículo 4º—La compañía se regirá por la presente ley, y por el código de comercio en lo no previsto.

### CAPÍTULO TERCERO

### Entidad capitalista

Artículo 5º—La entidad capitalista es el concepto que se utiliza para referirse en conjunto, a los inversionistas dueños de las acciones comunes de la compañía.

### CAPÍTULO CUARTO

### Entidad laboral

Artículo 6º—La entidad laboral es la forma asociativa con voto personal, que constituyen

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los trabajadores de la compañía que quieran disfrutar de los beneficios de la presente ley.

Artículo 7º—Todos los trabajadores de la compañía que tengan más de tres meses de trabajar en ella incluyendo a los administradores, a los miembros de la junta directiva y a los apoderados en general, podrán formar parte de la entidad laboral.

Artículo 8º—Los estatutos de la entidad laboral establecerán los requisitos para aceptar a sus miembros, y las causas por las cuales podrán ser excluidos de ella.

## CAPÍTULO QUINTO

### Acciones preferidas laborales de la compañía

Artículo 9º—Las acciones preferidas laborales representan el aumento de capital ilimitado que la compañía autoriza en la forma y condiciones que establece el artículo 13 y que paga de acuerdo con el artículo 14, o el artículo 15.

Artículo 10.—Previamente a que se autorice el referido aumento de capital, al igual que el aumento de capital autorizado dividido en acciones preferidas de inversión a que se refiere el artículo 36 y en el mismo acuerdo, la compañía ajustará su capital social en libros al valor real neto de su patrimonio.

Artículo 11.—Al ajuste a que se refiere el artículo anterior se llevará a cabo cada año, elevando o disminuyendo el capital social, como acto previo a la suscripción y pago de las acciones preferidas laborales.

Artículo 12.—La compañía fijará unilateralmente el valor real de su patrimonio en la Asamblea General Ordinaria Anual, y al hacerlo le servirá de orientación el avalúo que le presente la administración y los valores de mercado.

## CAPÍTULO SEXTO

### Características de las acciones preferidas laborales

Artículo 13.—Las acciones preferidas laborales tendrán los siguientes privilegios o características:

a) Las suscribe la compañía, en el momento en que las paga con las ganancias netas que en forma estable y permanente destina a ese fin de acuerdo a lo que dispone el artículo 14 y el artículo 15.

b) Una vez suscritas y pagadas, la compañía las aportará al fondo nacional a que se refiere el artículo 22, a cambio de las acciones consolidadas a que se refiere el artículo 23.
Efectuado el canje, la compañía les adjudicará gratuitamente en proporción a sus salarios, la nuda propiedad sobre las acciones consolidadas a los trabajadores que figuraron en la planilla durante el período en que se pagaron las acciones preferidas laborales que canjeó, y el usufructo por diez años se lo adjudicará a la entidad laboral. Transcurrido ese lapso, se extinguirá automáticamente en beneficio de los nudatarios.
Deducidos los gastos de administración, que no excederán el 5%, la entidad laboral le adjudicará los dividendos que devengarán las acciones preferidas laborales a los nudatarios.

c) No tendrán voto, pero sí tendrán voz, derecho que ejercerá exclusivamente la respectiva entidad laboral, quien las representará en las asambleas ordinarias y extraordinarias para informarse e informar, independientemente de quien sea el dueño del usufructo o de la nuda propiedad sobre esas acciones.

Si la compañía así lo decide en asamblea extraordinaria con el voto de todas las acciones comunes, podrá concederles voto, derecho que siempre ejercerá la entidad laboral. Para esos efectos, cuando el capital que representan todas las acciones preferidas laborales en conjunto sobre-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pase el 24% del capital común, el voto de cada una de ellas será el que proporcionalmente le corresponda considerando que el capital representado por todas ellas es del 24% del capital común.

d) Son inembargables.

e) No responden por deudas de la compañía.

f) Tutelan la soberanía económica de la nación.

g) Representan un patrimonio inalienable e inembargable, que aunque se confunda con el resto del patrimonio, está por encima de todo, incluso de las obligaciones con garantía real.
En el caso de embargo se apartará el patrimonio que representan las acciones preferidas laborales.

h) En caso de disolución y liquidación de la compañía, se pagan primero, proporcionalmente con las acciones preferidas de inversión a que se refiere el artículo 36.

i) No son negociables, excepto el aporte al fondo nacional.

## CAPÍTULO SÉTIMO

### Pago de las acciones preferidas laborales

Artículo 14.—La compañía destinará un mínimo del 1% de sus ganancias netas al pago de las acciones preferidas laborales que se suscriban de acuerdo con el inciso a) del artículo 13.

Artículo 15.—Para determinar las ganancias netas que se destinan a capitalizar las acciones preferidas laborales, siempre que el acuerdo sea tomado por unanimidad de votos y con el concurso de todo el capital social en asamblea general extraordinaria especialmente convocada al efecto, la compañía podrá aplicar alternativamente las siguientes fórmulas:

$$\text{Ganancia neta} \times \frac{\text{salarios}}{\text{salarios e intereses}} = \text{Ganancias para pagar acciones laborales}$$

$$\text{Ganancia neta} \times \frac{\text{intereses}}{\text{salarios e intereses}} = \text{Ganancias para las acciones comunes}$$

La palabra "salarios", dentro de las fórmulas anteriores, significa la totalidad de la planilla del período correspondiente. La palabra "intereses", significa el total de los intereses máximos correspondientes al capital neto de la compañía, calculados al tipo que fije el Banco Central de Costa Rica durante el mismo período.

Para determinar las ganancias netas, además de los gastos corrientemente aceptados, se deducirán los salarios pagados a los trabajadores según la planilla, los intereses pagados a terceros por las deudas existentes, y los intereses máximos sobre el capital neto que establece el párrafo siguiente.

Corresponderá al Banco Central de Costa Rica fijar anualmente los intereses máximos que para los efectos de la aplicación de las referidas fórmulas, devengará el capital neto de las diferentes compañías que operen en el país de acuerdo a su actividad.

Artículo 16.—El porcentaje de las ganancias que la compañía destina a

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

capitalizar acciones preferidas laborales, no implica aumento en los salarios, que eventualmente pueda la entidad laboral o los trabajadores utilizar para elevar el monto de la cesantía, aguinaldo, vacaciones, riesgo profesional, o cualquier otro derecho que la legislación laboral confiera.

## CAPÍTULO OCTAVO
## Actividades empresariales

Artículo 17.—Cada empresa tiene su Compañía, que sólo podrá ser la forma jurídica de la empresa.

Una Compañía puede adquirir acciones de otras compañías.

Conforme cada trabajador vaya adquiriendo acciones, esa condición de accionista, irá sustituyendo al contrato como elemento vinculador por excelencia entre la empresa y la Compañía.

La Entidad Laboral puede adquirir acciones de la Compañía a que pertenece, o de otras compañías.

Artículo 18.—Cada compañía tiene su entidad laboral, de la cual únicamente formarán parte los empleados de aquella.

Artículo 19.—La entidad laboral, cuando así lo resuelva su asamblea, podrá constituir sociedades anónimas con el fin de dedicarse, como entidad capitalista, a actividades empresariales, debiendo institucionalizar conforme a la presente ley.

## CAPÍTULO NOVENO
## Impuesto sobre la renta y sobre los dividendos

Artículo 20.—La compañía, podrá deducir del impuesto sobre la renta el 1% de las ganancias destine a capitalizar acciones preferidas laborales, pudiendo deducir como gasto las sumas que excedan ese monto.

Artículo 21.—Cuando la compañía haya obtenido ganancias, deberá distribuir los dividendos que correspondan a las acciones preferidas laborales.

## CAPÍTULO DÉCIMO
## Fondo nacional

Artículo 22.—Se crea el fondo nacional, institución que recauda las acciones preferidas laborales que la compañía autoriza y paga de acuerdo con el artículo 9. El fondo nacional tendrá los siguientes fines:

a) Capitalizar con las acciones preferidas laborales que recauda las acciones consolidadas que al efecto emita conforme al artículo 23.
b) Invertir los ingresos que recaude de acuerdo con el artículo 33, conforme ahí se dispone.
c) Adjudicar las acciones consolidadas a sus dueños, y los dividendos que generen, los cuales estarán libres de impuestos.

Artículo 23.—El capital social del fondo nacional reflejará su patrimonio real, y estará dividido en acciones consolidadas sin voz ni voto, cuyos privilegios o características serán las siguientes:

a) Tienen derecho a dividendos.
b) No tienen voz ni voto.
c) No son embargables.
d) Una vez adquiridas en virtud del canje por las acciones preferidas laborales, cada compañía las adjudicará conforme se dispone en el artículo 13.
e) No son negociables por diez años, conforme se dispone en el artículo 13, a no ser que hayan sido adquiridas por la entidad laboral para el pago de prestaciones conforme al artículo 33. Las que el Estado adquiera en base a lo dispuesto en el artículo 38 no son negociables.

Artículo 24.—El fondo nacional será administrado por nueve representantes, siete de los cuales nombrará el Estado económico a que se refiere el artículo 25, uno el Banco Central de Costa Rica y uno la Contraloría General de la República. Durarán en sus cargos un año.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

## CAPÍTULO DECIMOPRIMERO
### Estado económico

Artículo 25.—Todas las compañías y las entidades laborales correspondientes que acojan el modelo institucional, conforman el Estado económico de la nación, que constituye la nación económicamente organizada.

Artículo 26.—El único órgano del Estado económico es la asamblea que integran los presidentes de las compañías y los presidentes de las entidades laborales correspondientes.

Se reunirá en forma ordinaria por lo menos una vez al año, para cumplir con lo que dispone la presente ley. La asamblea ordinaria se celebrará a más tardar un mes después del 30 de setiembre de cada año. En cuanto a las convocatorias, celebración de las asambleas, quórum y publicaciones, se regirá por lo que al efecto dispone el código de comercio para las sociedades anónimas.

La asamblea ordinaria elegirá un presidente, quien cumplirá durante cada período con las funciones administrativas previstas en esta ley, y con las que la asamblea le asigne al elegirlo. Por tales funciones cobrará el salario que la asamblea le asigne.

## CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO
### Exenciones

Artículo 27.—Las acciones de la compañía, las de las sociedades que sean entidades capitalistas, y las de las sociedades que las entidades laborales constituyan de acuerdo con el artículo 19 podrán trasmitirse libremente conforme a la ley sin pago alguno de impuestos, derechos, ni timbres.

Artículo 28.—Estarán exentas del pago de impuestos, derechos y timbres por su constitución o transformación, las sociedades que figuren como entidades capitalistas, las sociedades a que se refiere el artículo 19 y los aumentos de capital a que se refieren los artículos 9 y 36.

Artículo 29.—Las transformaciones en anónimas de las sociedades que se institucionalicen, no pagarán impuestos, derechos ni timbres, y sus acciones comunes nominativas podrán transformarse en acciones al portador, lo que también podrán hacer las sociedades anónimas existentes que acojan el modelo institucional.

Artículo 30.—Las compañías no pagarán impuesto sobre la renta por las ganancias que obtengan por la financiación a los trabajadores o a las entidades laborales a que pertenecen, para la compra de acciones de compañías de empresas institucionalizadas.

Artículo 31.—Los dueños de acciones comunes que así lo deseen, podrán, en el momento que lo consideren oportuno, por una sola vez, traspasar sus acciones a una sociedad existente o a la que al efecto constituyan sin pagar impuestos, derechos, ni timbres, por el traspaso ni por la constitución de la nueva sociedad.

Artículo 32.—El registrador, al inscribir el documento correspondiente, procederá con base en el acuerdo que protocoliza, a la ley, y a los datos que arroja el Registro Mercantil, sin exigir ningún requisito previo que pueda obtener en el Registro Público, o en cualquier otra oficina pública.

## CAPÍTULO DECIMOTERCERO
### Cesantía

Artículo 33.—Se acuerda romper el tope de los ocho años que actualmente establece la ley con relación a la cesantía en los siguientes términos:

Las compañías aumentarán en un 8,33% el monto de la planilla a favor de la entidad laboral, quedando liberadas del pago de las prestaciones a los trabajadores, y asumiendo tal responsabilidad en forma exclusiva la entidad laboral correspondiente.

La entidad laboral pagará las prestaciones por los primeros ocho años de servicios conforme al sistema actual, y el exceso en acciones consolidadas del fondo nacional que al efecto adquiera, cualquiera que hubiere sido la causa por la cual terminó la relación laboral correspondiente. En igual forma actuará el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Estado y los empleadores que no se organicen como sociedades anónimas. El fondo nacional invertirá el dinero que por tal concepto reciba, en adquirir acciones preferidas laborales de la compañía correspondiente.

Las acciones preferidas laborales de las compañías cuyo capital pertenezca total o parcialmente al Estado, también formarán parte del sistema.

## CAPÍTULO DECIMOCUARTO

### Fiscalización

Artículo 34.—Corresponderá al comité de vigilancia de la compañía fiscalizar a la entidad laboral, a la entidad capitalista y a la propia compañía, en el cumplimiento de las obligaciones que establece la presente ley, hacer las denuncias del caso a la junta directiva y a la asamblea de socios, a fin de que se tomen las medidas necesarias para corregir cualquier irregularidad.

El comité de vigilancia lo nombrará la asamblea de socios de la compañía, y necesariamente habrá un representante de la entidad laboral.

La entidad laboral y su junta directiva responden ante el fondo nacional, el Estado económico y la Contraloría General de la República.

## CAPÍTULO DECIMOQUINTO

### Arreglos directos:

Artículo 35.—La entidad laboral y la entidad capitalista de una empresa, pueden celebrar arreglos directos para resolver sus diferencias y someterlas al conocimiento de la asamblea de la compañía correspondiente.

## CAPÍTULO DECIMOSEXTO

### Democratización de la compañía.

Artículo 36.—Además del aumento de capital autorizado dividido en acciones preferidas laborales a que se refiere el artículo 9, la compañía autorizará otro aumento de capital ilimitado, pero en este caso dividido en acciones preferidas de inversión, cuyos privilegios o características serán las siguientes: a) Tienen voz y voto y derecho a dividendos al igual que las acciones comunes. Para esos efectos, cuando el capital que representan todas las acciones preferidas de inversión en conjunto sobrepase el 24% del capital común, el voto de cada una de ellas será el que proporcionalmente le corresponda considerando que el capital representado por todas ellas es del 24% del capital común. b) Tienen las mismas características de las acciones preferidas laborales contenidas en los incisos d), e), f), g), y h) del artículo 13.

La directiva de la compañía queda autorizada para ejecutar el referido aumento del capital autorizado dividido en acciones preferidas de inversión, conforme lo vayan pagando los suscriptores. Al efecto, la compañía ofrecerá vender las acciones preferidas de inversión por intermedio de las bolsas autorizadas para operar en el país. Las ventas correspondientes se harán con base en el reglamento que al efecto confeccione la Comisión Nacional de Valores, quien tendrá a su cargo la inspección y la vigilancia de las operaciones correspondientes. Ese reglamento establecerá que ninguna persona física o jurídica puede adquirir inicialmente más de un 5% de las acciones preferidas de inversión, y contendrá en forma clara y detallada, las disposiciones legales correspondientes que rigen la colocación de títulos en las bolsas, con excepción de las que establecen el voto acumulativo de las acciones, de las que en cualquier forma limiten la distribución libre de las acciones comunes y preferidas de inversión una vez suscritas y pagadas, y de las que le fijen un capital social mínimo a las sociedades anónimas para colocar sus acciones en la bolsa, ya que las sociedades anónimas que acojan el modelo institucional mantienen absoluta libertad en esos campos.

La inversión del dinero que la sociedad anónima recibe por la venta de las acciones preferidas de inversión, se somete a las regulaciones y controles que establezca el referido reglamento, en garantía del patrimonio respectivo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Tanto el capital autorizado dividido en acciones preferidas laborales como el dividido en acciones preferidas de inversión permanecerán vigentes durante todo el plazo social y no podrán dejarse sin efecto reformando los estatutos.

Para poder emitir títulos valores y captar recursos del público con ellos, las sociedades anónimas deberán institucionalizarse conforme al modelo a que se refiere la presente ley. Esto les permitirá a las autoridades fiscalizadoras correspondientes formar criterio en forma real sobre el grado de solvencia y de confianza con que cuentan dichas sociedades anónimas. Hasta por el monto de las acciones preferidas de inversión que haya logrado vender una sociedad anónima, podrá colocar otra clase de títulos valores para captar recursos.

## CAPÍTULO DECIMOSÉTIMO
## Institucionalización de las empresas públicas

Artículo 37.—Se acuerda institucionalizar las siguientes empresas públicas productoras.

El capital de las compañías en que se transformen las empresas públicas será igual al valor de su patrimonio, que fijará conjuntamente el Banco Central de Costa Rica y la Dirección General de la Tributación Directa.

Por cada sociedad anónima en que se transforme una empresa pública, el Estado en base al artículo 31 anterior, constituye otra sociedad anónima para aportarle las acciones de aquella.

Cuando la voluntad política considere que determinada empresa no es estratégica, el Estado venderá mediante licitación pública a empresarios nacionales o extranjeros de reconocida solvencia moral y económica y con experiencia en el campo respectivo, la totalidad de las acciones comunes de la nueva sociedad a que se refiere el párrafo anterior. Si considera que es estratégica, en las mismas condiciones indicadas, venderá la mitad de las acciones junto con la administración. En este último caso, para que el adjudicatario de la mitad de las acciones pueda venderle a un tercero parcial o totalmente esas acciones que adquirió, tendrá que contar con el visto bueno del Estado.

El adjudicatario de las acciones, en cualquiera de esos casos, deberá respetar el modelo institucional que acogió la sociedad anónima correspondiente.

## CAPÍTULO DECIMOCTAVO
## Disminución de la brecha social

Artículo 38.—El Estado invertirá el 10% del impuesto sobre la renta que paguen las compañías, en la adquisición de acciones consolidadas del fondo nacional. Estas acciones no serán negociables, y los dividendos que generen los destinará a disminuir la brecha social por intermedio del Estado económico, con la fiscalización de la Contraloría General de la República.

Con el dinero que recibe por la venta de las acciones consolidadas al Estado, el fondo nacional adquirirá acciones preferidas laborales de la misma compañía que pagó el impuesto, fortaleciendo su salud económica

## CAPÍTULO DECIMONOVENO
## Impulso administrativo de oficio

Artículo 39.—Se crea el impulso administrativo de oficio, en virtud del cual, los funcionarios de todas las oficinas públicas del Estado actuarán de oficio en los asuntos que las oficinas donde prestan sus servicios tengan la responsabilidad de tramitar, hasta finiquitarlos, sin exigir informaciones previas que puedan obtener en la propia oficina donde trabajan o en el resto de las oficinas públicas y privadas que operen en el país.

Artículo 40.—Esta ley es de orden público. Rige a partir de su publicación.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

# JURISPRUDENCIA LABORAL DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEBIDO PROCESO Y LAUDOS ARBITRALES

LIC. ÓSCAR BEJARANO

## 1. INTRODUCCIÓN

Por ley Nº 7128 del 18 de agosto de 1989 se reformaron los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política relativos al control jurisdiccional de las normas constitucionales y se creó una Sala especializada dentro de la Corte Suprema de Justicia, que vendría a ser la Sala Cuarta, como encargada de todo el control constitucional.

Por ley Nº 7135 del 11 de octubre de 1989 se dictó la Ley de la Jurisdicción Constitucional que regula todo lo relacionado con la Sala Constitucional y los procedimientos para los recursos de hábeas corpus y amparo, las acciones de inconstitucionalidad y las consultas constitucionales de los jueces de la República y de la Asamblea Legislativa, que constituyen el marco operacional de la jurisdicción constitucional.

La aplicación de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales que son aquellos insertos en los tratados o convenios internacionales o que sin estar en ellos constituyen derechos naturales del ser humano que informan la legislación constitucional positiva, puede y suele implicar el enfrentamiento de situaciones jurídicas laborales con normas y principios laborales, constitucionales y fundamentales.

En Costa Rica, debe tomarse en cuenta que por ley Nº 24 de 2 de julio de 1943 se reformó la Constitución Política de 1871 entonces vigente introduciéndole un capítulo denominado "De las Garantías Sociales", artículos 51 a 65. Posteriormente al promulgarse la Constitución Política vigente del 7 de noviembre de 1949 dichas garantías sociales pasaron a formar parte de su contenido en el capítulo único, título V, con el nombre de "Derechos y Garantías Sociales", artículos 50 a 74.

Lo anterior conlleva la posibilidad de analizar principios constitucionales de materia laboral o social desde 1943 a la fecha tanto de la Constitución Política como de los instrumentos internacionales de derechos fundamentales de la misma naturaleza frente a normas de rango inferior o sus interpretaciones que las contradigan y que por tanto devengan en inconstitucionales o ante violaciones amparables.

La jurisprudencia constitucional laboral desde la creación de la Sala Constitucional ha venido perfilándose como innovadora en el campo laboral, cada vez con más acento, en la protección de los derechos fundamentales de las partes sociales involucradas en la relación

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de trabajo, llámese ésta relación de servicio como se le denomina en el sector público, o contrato o relación de trabajo como se conoce en el derecho privado del trabajo.

En realidad el trabajo de la Sala en esta materia ha sido intenso y desde luego excede, en mucho, los dos temas objeto de análisis en este trabajo, que son el debido proceso y la inconstitucionalidad de los artículos del código de trabajo que contemplan los laudos arbitrales y otras instituciones del derecho colectivo laboral público.

Entendemos que, por la brevedad del caso, se hayan tomado como parámetros de la jurisprudencia laboral constitucional esos dos que son buenos ejemplos de la materia, pero no podemos dejar de mencionar que la Sala ha incursionado en campos del derecho laboral tales como, pensiones y jubilaciones, libertad sindical, principio de igualdad de condiciones, derecho a la seguridad social y otros similares.

Igualmente dentro del marco general previo a exponer la jurisprudencia de la Sala, debemos recordar que su función tiene relación no sólo con la defensa de las garantías constitucionales tal cual están consignadas en la Constitución vigente del 7 de noviembre de 1949, sino con los principios fundamentales que van más allá de la letra y del espíritu de la Constitución, como son los comúnmente denominados derechos humanos, que constan en lo que podríamos denominar ampliamente el derecho natural y concretamente en los tratados que el país ha suscrito.

Durante los primeros dos años de su historia la Sala dedicó sus afanes con mayor intensidad a las acciones de inconstitucionalidad y a los recursos de hábeas corpus y amparo; el hábeas corpus un recurso típicamente de garantía individual como es la libertad señalada en los artículos 20, 21, 22, 38 y 44, y el de amparo en relación con las demás libertades individuales consagradas en la Constitución.

No fue sino en los últimos dos años que la Sala ha dictado importantes fallos en materia laboral, entendiendo por ésta toda la de contenido social que consagra la Constitución Política en el Capítulo Único, Título V, Derechos y Garantías Sociales, artículos 50 a 74, dentro de cuyo contenido jurisprudencial se contienen verdaderos hitos en la interpretación y aplicación de la Constitución Política.

La importancia de los fallos de la Sala Constitucional radica en que como lo establecen los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución Política reformados por la ley 7128 del 1 de setiembre de 1989 y la Ley de la Jurisdicción Constitucional Nº 7135 del 11 de octubre de 1989 su jurisdicción es muy amplia y puede resumirse en el contenido del *artículo 1* de su Ley Constitutiva que establece que su *"objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del derecho internacional o comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación, así como los derechos y libertades fundamentales, consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica."*

Tal función la ejerce además por la vía de las acciones de inconstitucionalidad y los recursos de hábeas corpus y amparo, por las consultas que son de varios tipos: Las reguladas por la ley en los artículos 96 a 101 de la ley cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales o reformas a su ley constitutiva, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, artículo 96, inciso a), u optativa respecto a otros proyectos de ley en que un número no menor de diez diputados la solicite o a solicitud de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República en proyectos que afecten su regulación constitucional y legal, o a solicitud del defensor de los habitantes (artículos 96 incisos b), c) y ch); y finalmente la consulta judicial regulada en los artículos 102 a 111 ídem a solicitud de los jueces cuando tengan *"dudas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deban aplicar o de un acto, conducta u omisión que daban juzgar en un caso sometido a su conocimiento"* (artículo 102, párrafo 1).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Además de lo anterior que de por sí constituye un amplio ámbito jurisdiccional, debemos tomar en consideración otras normas que conjugan un poder extraordinario otorgado a dicha Sala, como son resolver sobre su propia competencia (artículo 7), actuación de oficio, (artículo 8), amplia libertad de rechazo de plano o por el fondo en cualquier momento de los casos (artículo 9), oralidad e inmediatez del proceso (artículo 10), vinculación erga omnes, salvo para sí misma, de la jurisprudencia y los precedentes (artículo 13) y su sometimiento y el de su *jurisdicción "únicamente a la Constitución y a la ley"* (artículo 14).

Todo lo cual, es preciso decirlo, dentro de la obligatoriedad no sólo de la parte resolutiva de las sentencias que dicte la Sala, sino de sus consideraciones, en las cuales radica la mayor riqueza doctrinaria que emana de ese órgano.

## II. EL DEBIDO PROCESO

Fue en materia penal una de las primeras inquietudes de la Sala Constitucional, como un medio de defender los derechos de los imputados, el definir qué derecho de rango constitucional tenía la persona sometida a un juicio criminal y es así como la mayoría de las resoluciones de la Sala en materia de lo que se conoce como *"debido proceso"* se refieren a casos penales.

Por extensión de los principios constitucionales que conforman el denominado *"debido proceso"* se han aplicado las defensas a que tiene derecho el acusado, a todo enjuiciado o demandado en cualquier tipo de proceso, inclusive procesos administrativos y no necesariamente judiciales y en todo caso a aquellas situaciones en que se pretende imponer una sanción, de cualquier tipo, a una persona aun en el caso que se trate de sujetos privados cuando se encuentren en situación de poder prevista en el artículo 57, poder *"de derecho o de hecho... frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resultan claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos o libertades fundamentales..."*

La justicia ordinaria laboral, antes de la vigencia de la *ley Nº 7135* había conocido del *"debido proceso"*, y elaborado una vasta jurisprudencia al respecto, cuando se trataba de entes públicos que forzosamente tenían que hacer expedientes administrativos previos a imponer sanciones disciplinarias o tomar decisiones que afectaran los derechos de los trabajadores, bien fuera como derivación de la Ley General de la Administración Pública *número 6227* del 2 de mayo de 1978, ordenamiento que instituyó el proceso ordinario previsto en los artículos 308 a 319 para la aplicación de sanciones de suspensión o destitución o cualquiera otra de similar gravedad (artículos 308-2), o inclusive antes de este ordenamiento como derivación de normas reglamentarias, contractuales colectivas (contratos colectivos o convenciones colectivas de trabajo) o laudos arbitrales de carácter laboral. También la jurisprudencia laboral ordinaria analizó el asunto desde el punto de vista de la prescripción de los derechos laborales de las partes sociales involucradas en el proceso, bajo la óptica de la suspensión del curso de la prescripción mientras estuviera en trámite la información administrativa (ver sentencias de casación números 52 de 16 horas del 23 de julio de 1957, considerando II, *86* de 15.45 horas del 17 de agosto de 1961 y 5 de 15.45 horas del 16 de enero de 1980 y Tribunal Superior de Trabajo *Nº 1872* de 10.50 horas del 25 de abril de 1980).

Pero como doctrina articulada a un derecho constitucional y a derechos insertos como normas internacionales en diversos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tratados, no fue sino con el advenimiento de la Sala Constitucional que se constituyó una sólida doctrina sobre el *"debido proceso"*.

Aún referida a la materia penal, pero como principios válidos aplicables a toda la materia de carácter sancionatorio, en la cual el derecho laboral tiene un campo descollante, habida cuenta de toda la temática de sanciones disciplinarias contra el trabajador y afectación de sus derechos constitucionales en razón de la sujeción que como poder de derecho tiene el trabajador al patrono, lo que se conoce como subordinación jurídica, que en la ejecución de las relaciones a veces se convierte en poder de hecho y consecuentemente en abuso de poder *(ius variandi y abuso de ius variandi)*, en torno a lo que se considera el fundamento del contrato individual de trabajo (artículo 18 del Código de Trabajo), debemos recurrir a una sentencia específica: La *Nº 1739-92* de 11.45 horas del 1 de julio de 1992 a raíz de una consulta de constitucionalidad planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en expediente Nº 1587-90.

En esa sentencia la Sala no sólo establece los orígenes históricos en el constitucionalismo inglés de lo que se conoce hoy en día como *"debido proceso"*, expresión que en el idioma inglés es *"due process of law"* y que arranca de la época del rey *Juan sin Tierra* y de la *Magna Charta* de 1215, cuyo antecedente es la denominada *"Carta de las Libertades"* de Enrique I que en el año 1100 había sido dictada por ese monarca inglés. Del artículo 39 de la Carta Magna de 1215 se hace derivar un concepto según el cual se garantizaba a las personas contra castigos arbitrarios o violaciones ilegales a su libertad personal, garantizándoles el derecho *"a un juicio justo y a una justicia honesta"*.

La historia constitucional inglesa y su homónima norteamericana son pródigas en esta materia y obviamente escapa a este breve trabajo su descripción que la Sala dejó constando en el considerando I de dicha sentencia.

Brevemente debemos mencionar, a manera de resumen histórico, que el concepto evolucionó sobre todo con las interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América del *"debido proceso"* establecido por la Enmienda XIV de la Constitución Política, promulgada en 1868, relativa a la protección de la vida, libertad o propiedad de las personas y que en sus inicios fue interpretada en el tradicional enfrentamiento del poder central propio de la Federación Norteamericana frente a los poderes de los Estados, lo que ocupó la mayor parte de los fallos de la llamada Corte Taney, por el acceso al cargo en 1835 del presidente de la corte, juez Taney, en que se desenvolvió toda la teoría constitucional del federalismo; esa teoría evolucionó hacia el campo del enfrentamiento de los derechos de los ciudadanos frente a los Estados, de manera que en este siglo presenciamos todo un desarrollo sobre el *"debido proceso"* como normas de garantía, de sus ciudadanos frente al poder de los Estados en la defensa de sus derechos procesales y sustantivos como actuaciones previas y efectivas al dictado de cualquier acto que constriña o atente constreñir sus garantías constitucionales.

El conocido diccionario jurídico inglés Black's Law Dictionary define el *"Due process of Law"* como: *"Un ejercicio de poderes del Gobierno al máximo que la ley permite y sanciona, bajo tales defensas para la protección de los derechos individuales al máximo prescrito para la clase de casos al que pertenece un asunto." (1)*, enmarcándolo así como una lucha entre poder y libertad, poder del Estado o de una organización social frente a la libertad del individuo, trascendiendo así a la noción inicial que dio origen a este término de la libertad de los Estados frente al poder central de la Federación.

La Sala Constitucional hace dimanar, de esa teoría inglesa, la doctrina que informa su jurisprudencia en materia de *"debido proceso"* como queda claro del considerando II de la sentencia en estudio, sea en *"sentido procesal constitucional"* en el caso de la consulta en estudio referida a un proceso criminal, pero sin desconocer las otras connotaciones de ese

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

término, específicamente el *"debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y de conformidad con ella en la materia procesal"* y *"el debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución." (considerandos I in fine y II ab initio).*

Como lo establece el considerando III de la sentencia *"el debido proceso genera exigencias fundamentales respecto de todo proceso o procedimiento, especialmente tratándose de los de condena, de los sancionadores en general y aún de aquellos que desembocan en una denegación, restricción o supresión de derechos o libertades de personas privadas, o aún de las públicas en cuanto que terceros frente a la que actúa."*

De un análisis exhaustivo de las garantías constitucionales que conforman el debido proceso, que se hacen radicar en los artículos 35, 36, 39, 41 y 42 de la Carta Magna costarricense, se desprende que, en especial de la norma 41 que establece que a los ciudadanos *"Debe hacérseles justicia pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes"*, podemos distinguir los siguientes derechos y conceptos fundamentales:

a) El *"debido proceso"* no se agota en un numerus clausus de posibilidades o tipologías posibles de manera que una de sus características es su generalidad o numerus opertus (considerando V). Por tanto, la jurisprudencia constitucional de la Sala está abierta permanentemente a nuevos casos de aplicación del concepto según los nuevos problemas que plantee cada caso concreto.

b) Debe tomarse en consideración la reforma introducida al artículo 48 constitucional por la Ley 7128 del 18 de agosto de 1989 *"que amplió el catálogo de derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos por la jurisdicción constitucional y por todos los tribunales, también a los derechos reconocidos en los instrumentos —no sólo tratados— internacionales sobre derechos humanos aplicables en la República; ampliando así el conjunto de fuentes normativas de los derechos fundamentales y, por ende, de criterios para integrar el debido proceso."* (considerando VI).

c) Existe según la Sala un *"derecho general a la justicia....entendida como la existencia y disponibilidad de un sistema de administración de la justicia..."* (considerando VIII-A). Este derecho a la justicia implica el ejercicio pleno de la función jurisdiccional del Estado, órganos judiciales independientes especializados, disponibilidad para resolver los conflictos en general y el acceso garantizado a todas las personas en condiciones de igualdad y sin discriminación.

d) Como derivación del anterior principio señala la jurisprudencia de la Sala que comentamos que el derecho de petición establecido en el artículo 27 constitucional es parte del *"debido proceso"*, así como la independencia funcional y económica del Poder Judicial (esta última en el artículo 177.2 constitucional, según ley 2122 del 22 de mayo de 1957), la exclusividad y universalidad de la justicia en manos del Poder Judicial, (sentencia de la Sala Nº 1148-90 de 17 horas del 21 de setiembre de 1990) y los principios de igualdad y no discriminación del artículo 33 constitucional. (considerando VIII-b-1-2). Cabe anotar que dentro de este artículo está el famoso principio de irretroactividad de las leyes y el in dubio pro reo, del cual se deriva la expresión ius laboralista *"in dubio pro operario"* que constituye uno de los principios interpretativos fundamentales de este derecho, a cuyo tenor las situaciones de duda legales o de hecho se resuelven en favor del trabajador y que un jurista sudamericano, Mario L. Deveali, denomina *como "el principio de mayor"*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

*significación dentro del derecho del trabajo."* (2).

En el aparte X-f) la sentencia alude al principio pro reo que en materia penal tiene la connotación de interpretar las situaciones en favor del imputado, mismo principio que en el derecho laboral es el "in dubio pro operario al cual" hicimos referencia anteriormente. La Sala lo define así:

> *"Implica que la convicción del Tribunal respecto de la culpabilidad del imputado debe superar cualquier duda razonable de manera que cualquiera que exista, obliga a fallar a su favor."*

e) Lo que la Sala denomina *"el derecho general a la legalidad"* no sólo a la ley entendida como norma general, ley en sentido material y formal, reglamento, decreto, etc., sino y fundamentalmente como norma constitucional. Las autoridades están sujetas al ordenamiento jurídico, en general, desde la Constitución que es la norma legal de más alto rango, hasta las de menor rango (VIII-B).

f) El derecho a un *"Juez regular"*, en la tradición sajona, un *"Juez natural"*. Este principio del *"Juez regular"* lo fundamenta la Sala en los artículos 9, 10, 48, 49, 152 y 153 de la Constitución Política y tiene una relación directa con el concepto de jurisdicción y competencia; el derecho a ser juzgado por quien tenga la competencia de hacerlo. (considerando VIII-C).

g) Los derechos de audiencia y defensa consagrados por el artículo 39 constitucional y por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en general en el párrafo primero para todo proceso, y en el 2 y el 5 para el proceso penal. La Sala dijo al respecto:

> *"El derecho general de defensa implica otros, particularmente el de audiencia y los principios de imputación e intimación, así como el derecho a la motivación o fundamentación debida de toda resolución procesal."*

Analizando todas las consideraciones de la Sala en torno a este concepto podríamos afirmar que el principio de intimación es el derecho de conocer los cargos y el principio de imputación el derecho a una acusación formal entendida como el sometimiento a un proceso en el cual se describan en forma "detallada, precisa y claramente, el hecho de que se le acusa." (considerando VIII-D-b).

h) El derecho de audiencia que se define como el derecho de defenderse personalmente o por medio de un defensor, haciéndose oír ante el Juez, o el órgano que diriga el proceso y de traer *"al proceso toda prueba que consideren oportuna para respaldar su defensa y el derecho de controlar la actividad de la contraparte y combatir sus argumentos y pruebas de cargo."* (VIII-D-c).

i) El derecho de defensa derivado de la norma 39 constitucional y 8 de la Constitución Americana que significa pleno acceso al proceso, sus pruebas, y el ejercicio de la defensa que comprende derechos tales como derecho a un traductor o traducción gratuitos, derecho a no sufrir limitaciones o restricciones al acceso del expediente o de la oficina que lo tramite, derecho a amplia comunicación para averigüar la verdad, el derecho a un proceso público, salvo excepciones muy calificadas, y el derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo o contra sus parientes. El derecho de defensa se concibe *"no sólo formal sino también material, lo cual implica además, como aspecto de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponer a sanción ni censura algunas por ese ejercicio."* (VIII-D-d).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

j) El principio de inocencia según el cual para condenar a una *persona "éste requiere la necesaria demostración de culpabilidad. Ninguna persona puede ser considerada ni tratada como culpable mientras no haya en su contra una sentencia conclusiva firme, dictada en un proceso regular y legal que lo declare como tal después de haberse destruido o superado aquella presunción."* lo que permite afirmar a la Sala que el acusado o reo se encuentra en un *"estado de inocencia del cual debe disfrutar ampliamente mientras no sea condenado en firme"* (VIII-E)."

k) El principio de inmediación de la prueba según el cual *"Es necesario que todos los sujetos procesales reciban la prueba de una manera directa, inmediata y simultánea. Es necesario que las pruebas lleguen al ánimo del Juez sin alteración alguna. A la hora de recibir la prueba el juez debe estar en comunicación directa con los demás sujetos del proceso. Se aplica la regla de la oralidad en la fase de juicio para hacer efectiva esa inmediación."* (X-G-c). La Sala en los apartes X-G, a-d-e apunta otros requisitos del proceso penal para el *"debido proceso"* como son el principio de la amplitud de la prueba, el de la identidad física del juzgador y el de la publicidad del proceso que no analizamos en esta oportunidad por cuanto son propios del proceso penal y no del proceso laboral que es el tema en análisis.

l) El impulso procesal de oficio es mencionado en el aparte X-G-f según el *cual "El juez tiene poderes que le sirven para impulsar el proceso para proteger los derechos del acusado y para velar por la preservación de la Constitución."*

En materia laboral el artículo 436 del Código de Trabajo establece que el proceso laboral es fundamentalmente verbal, término que en la época en que se promulgó el Código, se utilizaba para procesos de interés público en que mediaba el impulso procesal de oficio, lo que es ratificado en general en todas las normas procesales laborales Vgr. 443, 447.

m) En el aparte H) el fallo se refiere a los presupuestos de una sentencia justa que debe respetar como principios constitucionales, *el principio pro sententia*, según el cual *"todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla...."* (H-a) y el derecho a la congruencia *"entre acusación, prueba y sentencia"*.

n) En el punto 1) la sentencia se refiere al principio de la doble instancia fundamentada en el artículo 8, párrafo 2, inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que anteriormente había sido objeto de resoluciones de la Sala en sentencias 282-90 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990, 719-90 de 16.30 horas del 26 de junio de 1990, en procesos penales y de pensiones alimenticias. La Sala estima que el punto se cumple en nuestro sistema procesal con la *"posibilidad de que un Tribunal Superior enmiende graves errores del de juicio." (sic)* y el recurso de Casación cumple con esa función" (I-b)

ñ) Finalmente la Sala se refiere, en el aparte K), al derecho a la eficacia material de la sentencia según el cual es un requisito sine qua non de la vigencia de la libertad y los derechos de la persona humana, *"el más cabal e inmediato acatamiento de los fallos judiciales"*.

La Sala termina en esa forma una descripción minuciosa del *"debido proceso"* si bien advierte en el considerando XI que el tema no queda agotado pero que la sentencia *constituye "un cuerpo básico de doctrina, que puede aprovecharse útilmente para resolver, no sólo el recurso que motiva la consulta, sino muchos otros fundados en una alegada violación del debido proceso y del derecho de defensa....",* de manera que esta es una de las sentencias doctrinarias de la Sala que sirven de pauta para casos futuros y desde luego, en lo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que sea aplicable, en procesos laborales en que se haya violado el *"debido proceso"*. Por esa razón hemos extractado de la sentencia lo que en nuestro criterio puede ser aplicable a la materia laboral, dejando de lado aquello que es propio y exclusivo de la materia penal, a la cual en primera instancia se dirige la sentencia.

Como dijo la Sala en la acción de inconstitucionalidad a que se refiere la sentencia *1636-90* de 14.45 horas del 15 de noviembre de *1990 "Las disposiciones constitucionales señalan el derecho de defensa que debe ser concedido al indiciado penal, y el derecho a la protección de los Tribunales, quienes deben actuar en estricta conformidad con las leyes"*. Dichos derechos concebidos históricamente para ser ejercidos en el proceso penal, han sido ampliados a otros campos, tanto por la jurisprudencia como por el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como dice este, "a) *La determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".(3)*

Criterio ratificado en el amparo 1714-90 de las 15.03 horas del 23 de noviembre de 1990 *(4)* en cuyo considerando II establece:

> *"El debido proceso constitucional no sólo es aquél que nos da las grandes líneas o principios a los que debe estar sometido cualquier proceso jurisdiccional o administrativo, sino que también contiene las prevenciones necesarias para evitar que la autoridad, judicial o administrativa, con motivo de que su trámite afecte o lesione los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así el debido proceso puede ser concebido como un sistema o un medio, para garantizar la justicia y la equidad, estos principios han llevado a esta Sala a mantener en sus sentencia que el principio del debido proceso contenido en los artículos 39 y 41 constitucionales, rige tanto para los procedimientos jurisdiccionales como para los administrativos (ver sentencia 15-90)."*

## III. CASOS DE DEBIDO PROCESO EN MATERIA LABORAL

Enmarcado el *"debido proceso"* dentro de la referida sentencia de la Sala Constitucional corresponde analizar algunos casos que la Sala ha fallado en procesos o asuntos laborales en los cuales aplica los principios que hemos dejado esbozados en el punto anterior. Como dijimos anteriormente no es sino a partir de mediados de 1990 que empezaron a darse los primeros fallos de alguna importancia, por el criterio jurídico de la Sala expresado en ellos, todas dictadas en materia de amparo, en materia laboral.

### a) Debido proceso en procedimientos administrativos.

En informaciones administrativas las partes deben tener derecho a un plazo razonable para ofrecer sus pruebas en virtud del denominado "bilateralidad de la audiencia o principio de contradicción" que la Sala detalla en la sentencia *15-90* de 16.45 horas del 5 de enero de 1990, así.

> *"a) Notificación al interesado del carácter y fines del procesamiento; b) Derecho de ser oído y oportunidad del interesado para presentar los argumentos y producir las pruebas que entienda pertinentes; c) Oportunidad para el administrado de preparar su alegación, lo que incluye necesariamente el acceso a la información y a los antecedentes administrativos, vinculados con la cuestión de que se trate; ch) Derecho del administrativo de hacerse representar y asesorar por abogados, técnicos, y otras personas calificadas; d) Notificación adecuada de la decisión que dicta la administración y de los motivos en que ella se funde y e) Derecho del interesado de recurrir la decisión dictada....(Lo que) no sólo rige para los procedimientos jurisdiccionales, sino también para cualquier procedimiento administrativo llevado a cabo por la administración pública..." (5)*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Este criterio ha sido reiterado dada la amplitud del concepto de debido proceso de la Sala, como puede verse de la consulta legislativa 1059-90 de 16.00 horas del 4 de setiembre de 1990 *(6)* en que la Sala dijo que:

> ***"se hace justicia no solamente en sede jurisdiccional, sino también en la administrativa, con lo cual el concepto de justicia adquiere una connotación más amplia de la que usualmente se acostumbra a darle...."*** lo que la Sala relaciona directamente con el artículo 41 constitucional.

En un caso no laboral sobre debido proceso, pero que estimamos aplicable a un supuesto laboral, sentencia *Nº 34-90* de 15.00 horas del 10 de enero de 1990 *(7)* la Sala declaró con lugar el recurso porque consideró que a un sujeto bajo procedimiento administrativo que tenía causa de excusa para pedir posposición de la audiencia, al hacerle un nuevo señalamiento con dos días de plazo se le lesionaba su derecho porque el mismo debía ser *"al menos razonablemente amplio para preparar su defensa y sobre todo asistir y presentar las pruebas de descargo que estimare oportunas"*, ese plazo de dos días la Sala lo consideró *"un plazo evidentemente angustioso y no razonable", causándole indefensión "al administrado".*

En caso de un procedimiento laboral el administrado sería sustituido por el "trabajador"

**b) Debido proceso en traslados (ius variandi).**

Así en la sentencia *Nº 1243-90* de 15.35 horas del 3 de octubre de 1990 *(8)* se declaró con lugar un recurso por un traslado del recurrente, un oficinista de la Guardia de Asistencia Rural, con violación del *"debido proceso"* que la Sala hace consistir *"por cuanto no se le dio la correspondiente audiencia con el fin de que manifestara lo pertinente sobre dichos traslados y, en consecuencia, no se ponderará el eventual perjuicio que se le pudo haber causado con ellos."* No obstante en la sentencia *1230-90* de las 14.30 horas del 3 de octubre de 1990, la Sala deniega un amparo cuando el traslado de un guardia de asistencia rural se hizo *"necesario para llenar las vacantes que se originaron por el cambio de gobierno al acogerse parte numerosa del personal de la guardia rural al pago de sus prestaciones"* y no haber prueba en el expediente de que *"el cambio laboral se deba a razones políticas".*

El argumento de la persecución política es muy usado por los recurrentes laborales ante la Sala para tratar de justificar las supuestas arbitrariedades causantes del traslado, la Sala reiteradamente ha exigido prueba en ese sentido so pena de denegar el recurso, como es el caso de la sentencia *1310- 90* de las 16.10 horas del 17 de octubre de 1990 en que se alegaba que un traslado en el Ministerio de Salud había sido producto de la "ideología política" hecho no comprobado.

La Sala ha considerado un traslado "en condiciones de normalidad" si hay prueba de que el trabajador expresó *"su acuerdo en relación a ello"* si bien la Sala deja constancia de que esa circunstancia podría no *"ser definitoria en todos los casos,"* presumiblemente dejando abierta la posibilidad de una renuncia de derechos laborales nula en los términos del artículo 11 del código de trabajo (sentencia *1237-90* de 15.05 horas del 3 de octubre de 1990).

No procede el recurso de amparo en el caso de un servidor cuyo *"nombramiento se hizo para laborar en cualquier parte del territorio de la República"* y cuando *"Además, el traslado se hizo por necesidades del servicio"*(sentencia *422-91* de las 15.03 horas del 20 de febrero de 1991).

En la sentencia *914-91* de las 14.26 horas del 14 de mayo de 1991, la Sala mencionando expresamente el concepto laboral de "ius variandi" en este caso en el sentido de abuso patronal, aunque se declara sin lugar el recurso de amparo relativo a un traslado del recurrente que se alegaba debido a que no se estaba en presencia de una acción debida *"a razones de persecución política u otra discriminación contraria a la dignidad humana enmarcada dentro de planes y programas normales del Ministerio de Obras Públicas donde labora el recurrente".* En el considerando II la Sala dejó constando lo siguiente:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

*"II. En todo caso, y dado que la estabilidad laboral es uno de los principios fundamentales del Derecho del Trabajo, con el fin de evitar que en un futuro las amplias potestades reglamentarias que se otorgan al Ministerio para la aplicación del ius variandi sean cuestionadas o se presten para arbitrariedades, sería recomendable que se advirtiera expresamente a sus funcionarios que su relación de servicio permite traslados a otras localidades; de servicio así como que al llevar a cabo esos traslados se prefiera a los funcionarios que menos perjuicios hayan de sufrir con ellos."*

En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias núms. *1322-90* de las 17.10 horas del 17 de octubre de 1990 y *467-91* de 15.26 horas del 27 de febrero de 1991.

Con justa razón la Sala, ante la arbitrariedad de un traslado ordenado en el Organismo de Investigación Judicial a un servidor *"por sus superiores como respuesta a su solicitud de compensación de tiempo extraordinario servido"* la Sala acogió un recurso *porque "ello evidencia que la causa de ese acto no es justa y perjudica sus derechos. Lo contrario implicaría aceptar la renuncia de los derechos del trabajador en su propio perjuicio, lo que no se puede admitir ni siquiera por razones de conveniencia"* (sentencias *82-91* de 14.56 horas del 11 de enero de 1991 y *412-91* de 14.33 horas del 20 de febrero de 1991).

No se considera violatorio el traslado de un empleado de confianza fundado en una norma legal porque *"tal actuar no es impugnable por la vía de amparo por no notarse por parte de esta Sala ninguna desviación de poder, sino ante la jurisdicción laboral que es donde el accionante puede depurar cualquier violación, a mayor abundamiento, este tribunal ya ha dicho en otras resoluciones, que el asunto de legalidad de la administración deben ser resguardados ante los órganos ordinarios comunes."* (sentencia *182-91* de 14.54 horas del 25 de enero de 1991).

En sentido parecido la sentencia *639-91* de las 16.16 horas del 22 de marzo de 1991, considerando único, deniega un recurso en que se pretendía reclamar un traslado de puesto con el argumento de que en la Sala no puede *controlarse "la legalidad de las medidas adoptadas por sus superiores, para ordenar su traslado de puesto, lo que evidentemente no atañe al control de constitucionalidad."*

**c) Reducción de jornada de trabajo (ius variandi).**

En la sentencia *150-91* de las 16.10 horas del 16 de enero de 1991, la Sala analiza un caso interesante de ius variandi, la disminución de una jornada de trabajo de unos profesores universitarios de tiempo completo a medio tiempo que se alegaba por los recurrentes debido a problemas personales y persecución de un director de una facultad de la Universidad de Costa Rica; la Sala denegó el amparo por cuanto estimó *que "la acción no está prevista para dar solución a toda clase de conflictos, ya que ello equivaldría a desnaturalizarla y convertirla en un control de legalidad y de no constitucionalidad, tal y como lo establece nuesta carta fundamental.* En el caso estimó la Sala el asunto era de legalidad porque no se había notado ninguna actuación arbitraria de los representantes patronales, por lo cual siempre se dejó constancia de su criterio de que cuando los funcionarios públicos no actúen dentro de sus facultades regladas *"e interpretan y aplican la ley en forma evidentemente inconstitucional, cuando se exceden en los límites de su propia competencia o cuando su actuación arbitraria los lleve a ponerse al margen de la ley y en abierta pugna con la Constitución..."* entonces sí cabría el amparo.

**d) Retención de salarios.**

Reiteradamente la Sala ha resuelto que procede el recurso de amparo cuando arbitrariamente se retenga un giro de salarios, *"ya que no hay norma que autorice ese procedimiento, sin que sea atendible el argumento de la recurrida en el sentido de que obedeció a un lamentable error, esa actuación infringe los artículos 11, 57 y 73 de la Constitución Política."* (sentencia 78-91 de 14.48 horas del 11 de enero de 1991).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

**e) Caso de interinos.**

La Sala ha considerado que no se viola el "debido proceso" con la cesación de los empleados interinos y como consecuencia del reintegro ordenado al trabajador a su puesto en propiedad (sentencia *Nº 364-90* de 14.35 horas del 4 de octubre de 1990) *(9)*.

No obstante en la sentencia *585-91* de las 15.08 horas del 20 de marzo de 1991, considerando I, la Sala deja abierta una posibilidad de amparar las cesaciones de interinos en el caso *"que se nombre en su lugar a otro que no reúna los requisitos o a otro interino en cuyo caso sí podría la Sala determinar si ha existido o no desviación de poder."* siendo la regla general la de que los interinos *"no tienen estabilidad laboral"*.

**f) Autonomía del proceso laboral respecto al penal.**

Lo que ya los tribunales de trabajo en la jurisdicción ordinaria han venido resolviendo desde hace mucho tiempo (ver sentencias de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia núms. *38* de 9 horas de 23 de abril de 1981, *248* de 9 horas del 22 de noviembre de 1985 y *179* de 9.50 horas del 10 de noviembre de 1989 y Tribunal Superior de Trabajo *Nº 1103* de 8.30 horas del 29 de abril de 1979), la Sala lo ha ratificado en la sentencia *380-90* de las 16.30 horas del 10 de abril de 1990, en el sentido de que no es admisible que *"el procedimiento administrativo sancionatorio no puede seguirse sin que se produzca un pronunciamiento de los tribunales penales, en donde se sigue causa en su contra, pues tal supeditación no es ni constitucional ni legalmente atendible. En efecto, ya esta Sala ha establecido en su sentencia de las 16.30 horas del 28 de febrero último (Voto 143-90) que el patrono no puede quedar sujeto, para sancionar disciplinariamente, al resultado previo de una causa penal, pues estamos ante dos tipos de consecuencias distintas, para el acto de un trabajador." (10).*

**g) Omisión de pruebas.**

En la sentencia *432-90* de 14.15 horas del 27 de abril de 1990 *(11)* la Sala estimó que al haber sido ofrecidas pruebas testimoniales por un servidor sujeto a despido en el Tribunal de la Inspección Judicial, sin que se le recibieran esas probanzas, ello constituía violación al debido proceso, ya que tampoco dicha prueba había sido rechazada en el proceso por una resolución motivada (considerando c).

**h) Incumplimiento de normas legales de procedimiento.**

El criterio de la Sala no sólo en esta materia, sino en general, es el de que no entra en su competencia analizar cuestiones de legalidad, sólo de constitucionalidad; en la sentencia *Nº 466-90* de 16.30 horas del 4 de mayo de 1990 *(12)* en que en el considerando II, la Sala dijo. *"La mayoría de las alegaciones formuladas por el recurrente, se refieren a incumplimientos de la Ley General de la Administración Pública y el Estatuto de Servicio Civil, de parte de las autoridades a quienes ha correspondido conocer su caso en sede administrativa, materia que no resulta propia de un recurso de amparo, pues por medio de él solamente puede protegerse al ciudadano del irrespeto a derechos constitucionales (artículos 48 de la Constitución Política y 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional),* criterio reiterado específicamente en la sentencia *334-90* de 16.05 horas del 22 de junio de 1990 en un procedimiento administrativo de sanción disciplinaria en que se alegaba el incumplimiento del procedimiento ordinario señalado en los artículos 308 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, del cual según el ídem 307 está excluido *"en lo relativo al procedimiento por ella establecido la materia concerniente al personal, concretamente la laboral, cuando esa materia esté normada por ley o reglamento autónomo de trabajo...."* lo que ocurría en el sub júdice.

**i) Restitución en el puesto.**

En un caso en que una sentencia judicial estableció la restitución de un trabajador despedido a la Municipalidad de Curridabat sin que se acatara en el proceso la misma, la Sala acogió el recurso y ordenó la restitución del trabajador con el argumento de que *"no pueden*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

*hacer nugatorios los efectos jurídicos de una sentencia judicial firme que ordena la restitución de éste como consecuencia directa del derecho a la estabilidad laboral consagrada en el código municipal.";* los argumentos del patrono público para negar la reinstalación eran no tener contenido presupuestario para pagar el salario del trabajador despedido. (sentencia 615-91 de 14.25 horas del 22 de marzo de 1991).

**j) Otras variaciones al contrato.**

Dentro de la amplia gama que el *ius variandi* brinda de ejemplos de cambios reclamados por los trabajadores como abusivos de ese derecho patronal, en la sentencia *836-91* de las 14.58 horas del 30 de abril de 1991, la Sala dijo en el considerando único que los hechos del proceso *"permiten a esta Sala concluir que los cambios que se impugnan, lejos de ser ilegítimos o violatorios de los derechos del accionante, se justifican, en aras de lograr el mejor funcionamiento del despacho. Partiendo de la base de que el accionante no ha sufrido un menoscabo en su rango ni salario, y continúa ejerciendo funciones de secretario..."* En este caso el reclamante era secretario de una alcaldía y alegaba que la alcaldesa, su jefe, le había variado sus funciones causándole un serio perjuicio en su dignidad personal y moral.

**k) Renuncia del trabajador.**

En la citada sentencia *639-91* de las 16.16 horas del 22 de marzo de 1991 la Sala no entró a conocer la solicitud de un recurrente de dejar sin efecto su renuncia, presentada por un traslado no aceptado, *"la que debe ventilarse ante la vía correspondiente y por los caminos procesales del caso".*

Los anteriores ejemplos de la jurisprudencia de la Sala no agotan las posibilidades de conocer de nuevas situaciones en materia de "debido proceso" sobre todo después de que la Sala decidió aplicar ese concepto al *ius variandi* que brinda innumerables situaciones de cambio en las condiciones de trabajo que el trabajador puede reclamar como lesivas.

**l) Carta de despido.**

En reciente sentencia de la Sala Nº 2170-93 de 10.12 horas de 21 de mayo de 1993 la Sala acogió un recurso de amparo por cuanto un patrono particular se negó a darle a un trabajador despedido la carta de despido que a su solicitud exige el Código de Trabajo en su artículo 35 al patrono.

La Sala estima violado el derecho al debido proceso por cuanto dentro de los requisitos de dicho artículo están en el inciso d) especificadas "Las causas del retiro o de la cesación del contrato" estimándose que el trabajador sin carta cuando recurre a la vía judicial tiene limitado su derecho de defensa por ignorar la causa o causas de su despido.

Dicho artículo 35 del Código de Trabajo según la sentencia fue interpretado tomando en consideración el principio "in dubio pro operario" y el "derecho fundamental al trabajo", el "derecho a la dignidad" según el artículo 56 constitucional y la "irrenunciabilidad de derechos sociales" contenida en el 74 ídem. El no entregar semejante carta, según la Sala, constituye *"un atentado directo e inmediato al derecho al trabajo y al debido proceso,...al trabajador no se le documenta la presunta causal de terminación del contrato e incoado el proceso ordinario correspondiente se le pueden alegar todas y cada una de las causales de justo despido."* (considerando III).

El derecho a la referida carta también lo tiene el trabajador que renuncia y que no ha sido despedido que fue precisamente el caso fallado en este amparo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

## IV) INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS LAUDOS ARBITRALES

De las sentencias laborales que ha dictado la Sala Constitucional una de las que más impacto, ha causado es la denominada *"Inconstitucionalidad de los Laudos Arbitrales"*, que en realidad es más amplia porque abarca articulado del *Código de Trabajo relativo a los arreglos directos y a los llamados conflictos colectivos de carácter económico social en cuanto afectaban al sector público.*

Las sentencias de la Sala Constitucional son las números *1696-92* de 15.30 horas del 23 de agosto de 1992 y *3285-92* de 15.00 horas del 30 de octubre de 1992 publicadas respectivamente en las gacetas Nº 57 y 58 de 24 y 25 de marzo de 1993.

El impacto que en el medio iuslaboralista han tenido esas sentencias se debe al uso que se había dado al procedimiento de arbitraje obligatorio en el sector público como sucedáneo del derecho de negociación colectiva directo entorpecido por múltiples disposiciones de carácter administrativo y resoluciones del Consejo de Gobierno que datan del inicio de la década de los años 80 en que el país sufrió un serio trastorno en sus finanzas producido por las crisis del petróleo y la crisis financiera mundial que afectó seriamente las economías de los países en vías de desarrollo como Costa Rica.

Los trabajadores públicos y sus sindicatos, cerrada la posibilidad de negociar directamente con los entes públicos, recurrieron al arbitraje obligatorio al cual se llegaba después de agotar infructuosamente el procedimiento de conciliación en el llamado Conflicto Colectivo de Carácter Económico y Social (artículos 500 a 518 del código de trabajo) y, ante la prohibición de huelga en los servicios públicos que establece la Constitución Política en su artículo 61 .

El Instituto de Desarrollo Agrario y la Procuraduría General de la República solicitaron la inconstitucionalidad de los procedimientos que conducían al arbitraje obligatorio con el objeto de impedir que los jueces de trabajo con toda libertad y amplitud, concediendo derechos y beneficios, superiores a los gestionados por los trabajadores y aún contra lo pedido según lo autorizaba el artículo 525 ídem, por la vía de los laudos dictaran verdaderas sentencias colectivas con efecto *erga omnes*, algunas, que afectaban las finanzas del Estado.

En el ámbito jurídico laboral un análisis de los fallos referidos nos permite obtener las siguientes conclusiones:

1) Existen dos tipos diferentes de relaciones de servicio en el sector público; una es la relación de servicio de aquellos empleados del sector público que están ligados con las respectivas administraciones públicas por un *"Régimen de empleo de naturaleza pública"*, y otra es la relación de servicio laboral no sujeta legalmente a un régimen público de empleo.

2) *Un análisis de las sentencias nos demuestra lo siguiente:*

   a) El régimen de empleo público se deriva según la sentencia principal *número 1696-92* del régimen estatutario establecido en la Constitución Política en los artículos 190 y 191, de acuerdo con el artículo 191 citado la ley de Servicio Civil que debía promulgarse, regularía *"las relaciones entre el Estado y los servidores públicos"*, y no solamente entre el Poder Ejecutivo y sus servidores como lo indica el artículo 1 del Estatuto de Servicio Civil ley Nº 1581 de 30 de mayo de 1953; la cual aunque fue dictada dentro del plazo que el constituyente señalo en el transitorio X para cumplir con el precepto constitucional, no lo hizo al no amparar a todos los empleados públicos.

   b) Aparte de los empleados públicos del régimen estatutario en que la Sala hace consistir la relación de servicio,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

existen otros servidores que laboran para administraciones públicas no sujetas ilegalmente a un régimen público de empleo, fundamentalmente las empresas estatales, en las cuales el Estado o es dueño de su totalidad o de la mayoría de su capital, por lo cual es preciso señalar que sus empleados no se rigen por los conceptos de una relación estatutaria sino de una relación laboral privada; no obstante la distinción, la inconstitucionalidad declarada, afecta a *todos* los laudos arbitrales, tanto los del sector público como las de las empresas públicas, aunque por razones diferentes ya que la inconstitucionalidad de los laudos de las administraciones públicas con régimen de empleo de naturaleza pública lo es por su oposición a los artículos 191 y 192 de la Constitución Política y la de las administraciones públicas no sujetas legalmente a un régimen público de empleo por distinta razón.

c) La declaratoria tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia de las normas declaradas inconstitucionales que son, en lo que interesa a los servidores públicos (del Estado o sus instituciones), los artículos 368, parte segunda, 467 a 535 del código de trabajo y en cuanto a las administraciones públicas no sujetas a un régimen de empleo privado (empresas estatales) los artículos 398 a 404 y 525 ídem, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe al amparo de laudos dictados en firme, todo por el plazo en ellos determinado.

A estas administraciones alude la Sala en su considerando XI de la sentencia *Nº 1696-92* cuando afirma:

> *"Obviamente, la declaración contenida en esta sentencia abarca la relación de empleo que se da entre la administración (o mejor, administraciones) pública y sus servidores, más en aquellos sectores en que haya una regulación (racional) que remita a un régimen privado de empleo, la solución debe ser diferente. En esos casos, se daría un sometimiento a los procedimientos de arbitraje, pero con ciertas limitaciones, tales como que en ellos no pueden dispensarse o exceptionarse leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes, por lo que incluso en estos casos no procederían decisiones (laudos) en conciencia, ni tribunales formados por sujetos no abogados.*

Dada la fuerza obligatoria de ese considerando según lo señalamos en el inicio de este trabajo como característica de las sentencias de la Sala, se abre la posibilidad de interpretar nuevas situaciones laborales en el campo colectivo referido a las normas declaradas inconstitucionales que no lo son para el sector privado, dentro del cual se ubicarían esas administraciones no sujetas a régimen de empleo público.

En todo caso la inquietud sobre las dudas que las sentencias puedan dejar en el ánimo de los intérpretes jurídicos, dará lugar a controversias ordinarias ante la jurisdicción común según quedó previsto en el considerando II de la sentencia *Nº 3285-92* así:

> *"Otros aspectos en los que puedan surgir dudas sobre el alcance de la sentencia aquí comentada, deberán ser planteados ante la jurisdicción común y resueltos de conformidad con los principios y normas aplicables en la materia."*

d) La Sala se encargó de aclarar ese fallo en cuanto a los laudos sin plazo, con prórroga automática o prorrogados de hecho en el sentido de que las cláusulas que reconozcan derechos directamente en favor de los servidores o de sus organizaciones sociales, se mantendrán vigentes hasta *el 31 de diciembre de 1993*, por razones de equidad. Las restantes cláusulas se tendrán por fenecidas a la fecha de *publicación* del fallo,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

manteniéndose los derechos adquiridos y las situaciones consolidadas al amparo de los laudos por los trabajadores protegidos actualmente por los laudos, a su vencimiento o en su caso a partir del *1 de enero de 1994.*

e) Cabe ahora analizar cuáles derechos adquiridos de los trabajadores subsistirán a partir del 1 de enero de 1994, para lo cual es necesario recurrir al concepto de *"derecho adquirido"* según la Sala Constitucional, lo consignó en el mismo fallo.

El fallo *Nº 3285-92* en el considerando II dijo lo siguiente:

> *"Entiende la Sala, que el derecho adquirido sería el que se ha obtenido en firme, por la vigencia del laudo, aún cuando a hoy aquél haya fenecido formalmente, por manera que se ha incorporado(a) la relación, en la medida en que no haya necesidad de acudir nuevamente al texto, clausulado o mecanismos allí establecidos (porque evidentemente ya no es posible), para que se produzca el derecho o beneficio."*

Sobre este tema vale la pena analizar el concepto de *"situación jurídica consolidada"*, que no está definido ni mencionado en las sentencias de la Sala Constitucional y puede derivarse del anteriormente transcrito; la situación jurídica consolidada vendría a ser el derecho subjetivo que pertenece a una persona por un derecho adquirido ya pagado o cumplido. Estimamos así, que ambos conceptos están estrechamente ligados sin que encontremos que uno y otro tengan diferencias sustanciales relacionados con el laudo, de manera que, puede afirmarse que quién tenga un derecho adquirido puede llegar a tener una situación jurídica consolidada cuando haya disfrutado del derecho.

Los conceptos de derecho adquirido y situación jurídica consolidada están en el artículo 34 de la Constitución Política y en el acta 114 de la Sesión de la Asamblea Nacional Constituyente celebrada a las 15 horas del 21 de julio de 1949, se desprende el pensamiento que los constituyentes tuvieron al respecto. En la página 557 del tomo II de las actas de la Constituyente consta una intervención del representante Arias Bonilla, en relación con el artículo 37 que era el número que en el proyecto de Constitución tenía el actual 34, en la cual se lee:

> *"En este sentido -dijo- creo que la fórmula más adecuada era la que originalmente presentaron los señores Baudrit González y Fournier, desechada por la Cámara. La fórmula mencionada mantenía un principio, que luego se descartó en las otras mociones: que la retroactividad de la ley no puede afectar situaciones jurídicas consolidadas, lo que significaba respeto hacia el patrimonio adquirido de los costarricenses. Realmente en ninguna forma se puede ir contra un derecho patrimonial consolidado."*

En la página 559 de dicho tomo consta la aprobación con la redacción actual con las intervenciones de los constituyentes Baudrit Solera, Volio Jiménez y Rojas Espinoza.

Como puede verse, el criterio del constituyente de 1949 es el que hemos asumido para definir el término "situación jurídica consolidada".

f) Para efectos de los derechos adquiridos de carácer individual los trabajadores que deben considerarse son aquéllos que al 25 de marzo de 1993 estaban nombrados, fecha esa que surge de la segunda de las publicaciones de el Boletín Judicial *Nº 58* del 25 de marzo de 1993, ya que una publicación del Boletín Judicial *Nº 16* del 25 de enero de 1993 era incompleta y tenía errores, por lo cual no se le puede tener como publicación formal del fallo para su vigencia.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

g) Vale la pena apuntar que la desigualdad que produce esta situación, originada expresamente en los fallos de la Sala Constitucional, entre trabajadores que realicen el mismo trabajo *NO* viola los artículos 57 de la Constitucion Política y 167 del código de trabajo porque la desigualdad obedece al mantenimiento de un derecho adquirido y si se aplicara la igualdad a quiénes no la tienen desaparecería el derecho adquirido.

## V. CONCLUSIONES

La jurisprudencia laboral de la Sala Constitucional tiene una fuerza obligatoria erga omnes que le señala su ley constitutiva y de allí la necesidad de estudiarla y aplicarla, habida cuenta de que, contrario con la jurisprudencia de la jurisdicción laboral ordinaria que no es obligatoria sino en el tanto que su repetición la haga de aceptación general voluntaria por los funcionarios que administran justicia, la de la Sala es de ineludible aplicación y acatamiento.

Dado que no es muy conocida la jurisprudencia laboral de la Sala, en general, el analizar en esta ocasión los fallos que sobre el "debido proceso" y laudos arbitrales se han emitido en la corta existencia de la Sala, apenas tres años y resto, resulta de importancia excepcional como lo es toda la temática laboral de sus criterios que es mucho mayor que lo aquí analizado.

Sirva el presente trabajo de piedra fundacional de una serie de análisis sobre toda la jurisprudencia laboral de la Sala Constitucional con el objeto de aplicar sus consideraciones y resoluciones a la decisión de los casos de la justicia ordinaria, a la vez que incentive la discusión doctrinaria de estudiantes y iuslaboralistas, en su incansable afán de perseguir la justicia social que es el objetivo final del derecho del trabajo y de las garantías sociales insertas en la Constitución Política, en los tratados internacionales y en los perennes principios del derecho natural, representado hoy por los llamados derechos humanos.

## BIBLIOGRAFÍA


(1) BLACK'S LAW DICTIONARY West Publishing Co, 1951.

(2) DEVEALI, Mario L. *Tratado de Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina. 1964, Tomo I, pág. 394.

(3) Revista de Jurisprudencia Constitucional, Nº 5, pág., 318.

(4) Revista ídem, pág., 375.

(5) Revista ídem, Nº 2, pág., 22.

(6) Revista ídem, Nº 4, pág., 270.

(7) Revista ídem, Nº 2, pág., 38.

(8) Revista ídem, Nº 5, pág., 15.

(9) Revista ídem, Nº 3, pág., 43.

(10) Revista ídem Nº 3, pág., 51.

(11 ) Revista ídem, pág., 95.

(12) Revista ídem, pág., 126.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

# UN NUEVO MODELO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

**DR. LUIS G. HERRERA**
***Sala Tercera de la Corte***

## I. ¿POR QUÉ REFORMAR AL PODER JUDICIAL?

Pensamos que para afrontar una acción dirigida a buscar un nuevo modelo de administración de justicia, es necesario hablar de la modernización del Poder Judicial, por cuanto no basta con reformar la organización de los tribunales ni el sistema procesal para alcanzar la finalidad que se propone. La transformación debe incidir en todo el sistema de organización y de funcionamiento político, jurídico y administrativo de este Poder.

No podemos imaginar una política dirigida a modernizar este Poder, sin previamente hacer una reflexión alrededor de dos interrogantes: la primera, es ¿si el modelo actual de administración de justicia se encuentra agotado o en crisis?. La segunda, depende de la respuesta que demos a la anterior interrogante: ¿qué criterios, qué principios deben conducir un nuevo modelo de Justicia en el contexto actual de la globalización y de la transformación del Estado?

Es nuestro deseo contribuir con algunas reflexiones en torno al problema de la modernización del Poder Judicial y en la búsqueda de un nuevo modelo de administrar la justicia. Sin embargo para poder seriamente asumir esta tarea, es indispensable que abordemos, aunque sea brevemente, el tema de la modernidad, por cuanto, se afirma que ésta ha entrado en crisis, y con ella el Estado y en general los sistemas de regulación, especialmente el derecho y la administración de la justicia.

La modernidad ha sido caracterizada entre otras cosas por:

— Una lógica sustentada en una *racionalidad técnico-científica* que nos ha llevado a pasar de una civilización del trabajo y del progreso a una civilización del consumo en donde se busca de manera incesante el tiempo necesario para el entretenimiento, la diversión y el placer. Hemos entrado en lo que algunos han llamado la cultura científico-tecnológica[1] la cual tiende a modificar todas las

1 Vamos a seguir básicamente un artículo sobre la Modernidad publicado en la Enciclopedia Universalis, 1968, vol. II, ps. 139-141. Esta racionalidad técnico-científica es la que ha hecho afirmar a Heidegger, que vivimos en un mundo caracterizado por su dimensión *"contable"* ( CATHERINE COLLIOT-THELENE, *"Le désenchantement de l'État de Hegel"* a Max Weber", Minuit, 1992, p. 162). Esta racionalidad favorece cada vez más la autonomía de la técnico-científica del control político. En otras palabras avanzamos hacia una cultura científica. (LUC ROUBAN, *"L'État et la Science"*, CRNS, París, 1988, ps. 20 y 193."

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

relaciones sociales [2], en especial,porque las técnicas tienden a transformar los procesos de dominación[3]. Estas tecnologías, obedecen según J.F. Lyotard, a un principio de optimización de los resultados en donde en el juego social, no es ni lo verdadero ni lo justo lo que caracteriza la pertinencia, sino lo eficiente [4]. El paradigma que sirve de motor al pensamiento y a las relaciones sociales, sería técnico-económico [5]

—*Un concepto sicológico:* Frente al consenso mágico, religioso y simbólico de la sociedad tradicional, surgió esta era moderna caracterizada por la emergencia de un individuo con una conciencia más autónoma y más conflictiva; pero que progresivamente iba perdiendo su identidad, su comunicabilidad al ser invadido por los medios de información masiva y por otros procesos de alienación.

—Un concepto del *tiempo caracterizado por ser cronométrico,* lineal e histórico (pasado-presente-futuro). La modernidad se piensa históricamente y no mitológicamente.

—El surgimiento de un *concepto abstracto del Estado* caracterizado por su soporte constitucional, el estatuto formal del individuo y la propiedad privada. Esta concepción esta caracterizada por la dualidad: por un lado el Estado como entidad racional-burocrática y por otro los intereses y la conciencia privadas, que responden al mismo grado de abstracción[6]. Nosotros podemos afirmar a partir de estas constataciones, que también los modelos de administración de la justicia han sido igualmente burocrático-racionalizantes, rígidos y verticales.

El riesgo que se perfila con esta racionalidad y de la que tanto habló Max Weber, es de engendrar un modelo de Estado técnico-burocrático, que es precisamente —según F. Hinkelammer—, el Estado de mercado, en el cual toda la política se reduciría a la totalización de un solo principio: relaciones de mercado[7].

—la *Masificación de la cultura* es otro de los fenómenos de la modernidad. En el campo de la administración de la justicia, también la justicia se masifica, las soluciones también, y las concepciones abstractas y las categorías jurídicas tienden a desprenderse de la sociedad.

—Se dice también que uno de los efectos, derivados del fenómeno de la colonización —que es uno de los mayores acontecimientos

---

2 En este sentido MICHEL CROZIER, *"L'État Modeste, L'État moderne"*,P.M.P., N 2, 1989, p. 2. Entre los efectos sobre la sociedad, está el crecimiento extraordinario de la complejidad de las interacciones de los hombres , los grupos y las sociedades, el crecimiento del ámbito de la libertad de escogencia y de opciones de los individuos y la complejidad de los sistemas de comunicación y de información (idem, p.4).

3 Dentro de esta perspectiva estaríamos frente a nuevos procesos de alienación (G. GURVITCH). *"Dialectique et Sociologie", Flammarion,* 1962, p. 211."

4 J.F. LYOTARD, *"La condition post-moderne"*, Minuit, 1988, p. 72.

5 JURGEN SCHULD, *"Revolución Tecnológica, Relaciones Norte-Sur y Desarrollo"* publicado en el libro colectivo, "Opciones Estratégicas de Desarrollo", ALOP, ed. Nueva Sociedad, 1992, p. 26.

6 Una de las manifestaciones fundamentales de esta modernidad es precisamente el Estado, cuya mejor descripción ha sido hecha por Max Weber. El proceso de racionalización de la cultura occidental, ciertamente la laicización de ésta se ha caracterizado por dos sistemas de organización: la empresa capitalista y el aparato burocrático del Estado *"L'Ethique protestante et" l'esprit du capitalisme"*, PLON, 1964, p. 19. Ver también en torno a Max Weber, *"Le discours philosofique de la Modernité"*, de J. HABERMAS, Gallimard, 1988, ps.1-2.

7 F. HINKELAMMER, *"Nuevo rol del Estado en el desarrollo de la América Latina"*, op. cit. en nota N. 5, p.196. Como sabemos, es F. Hayek quien mejor ha hecho una defensa del mercado como sistema de regulación social el cual se desarrollaría dentro de un orden espontáneo ("Droit, Legislation et liberté", PUF, 1980, t. II, ps. 131 ss). Una crítica al mercado y los riesgos para la sociedad la encontramos en PIERRE ROSANVALLON, "L' État au tournant", dentro del libro colectivo "Où va l'État?", ed. Le Monde, 1992, p.71; JACQUES D. GOUDBOUT, "L'État autoregulé", MAU SS,8, 1990, p. 35; HABERMAS, "Raison et legitimité, PAYOT, 1973, ps. 43-44, "L'Espace Public", Payoy, 1978, ps.120 y 169.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de la modernidad—, es *el surgimiento de las ideologías* (nacionales, culturales, políticas). A partir de estos procesos hemos podido darnos cuenta, como nuestras culturas han sido progresivamente colonizadas, afectando todos los modos de organización, incluyendo el derecho y los sistemas de administración de la justicia[8].

El Estado y con él, la administración de la justicia se han desarrollado en medio de *paradojas* que emergen del seno de la modernidad: destructuración y progreso, verticalidad y compromisos, formalismos-tecnicismos y libertad, etc. La construcción de los sistemas judiciales es la consecuencia de los procesos de distribución del poder y del control social como garantía de estabilización del sistema político, social y económico [9].

En fin, el Estado que hemos conocido, *racionalizador, burocrático y prepotente* se encuentra sujeto a una dura prueba, la llamada sociedad postindustrial y que algunos llaman la postmodernidad; o bien, como otros lo plantean: que estamos en los comienzos de una quinta onda impulsada por una nueva revolución tecnológica en el seno de la sociedad capitalista mundial[10] la cual inevitablemente modificará todas la relaciones humanas.

## II. INICIO DE LAS POLÍTICAS DE MODERNIZACIÓN

Al finalizar la década de los 70 y comienzos de los 80 y como consecuencia de la crisis mundial, se comenzó a hablar indistintamente de la modernización del Estado. Las primeras políticas se aplicaron en Inglaterra, posteriormente en EE.UU. y sucesivamente en casi todos los continentes, como resultado de las acciones de los organismos financieros internacionales destinadas a modelar las estructuras políticas y recientemente las judiciales a fin de adaptarlas a la nueva configuración de la economía mundial.

Quienes se apropiaron de este discurso, hablaban de la crisis del Estado benefactor, de inspiración keynesiana. Este discurso fue impulsado por dichos organismos, quienes de una u otra manera, presionaban a los Estados para que disminuyeran su tamaño y se eliminaran los obstáculos a la actividad productiva y financiera. Se buscaba un eficientismo dentro de una concepción de tipo monetarista-funcionalista.

*Costa Rica* no fue la excepción, y desde comienzos de la década de los 80, se comenzó

---

8 No olvidemos los esfuerzos de la Teoría del uso alternativo del Derecho que pretende una definición de las condiciones prácticas y una elaboración de los presupuestos teóricos necesarios para eliminar los "disvalores" implícitos en los criterios de cualificación jurídica comúnmente empleados por la doctrina y la jurisprudencia. Se busca una formulación teórica diferente a las concepciones clásicas del Derecho y en particular contra el formalismo, la supuesta imparcialidad de los jueces, el papel de los juristas y la autonomía del Derecho (Carlos María Carcova, "No Hay Derecho", abril-mayo 1992, p. 14). Los mismos esfuerzos por descubrir los contenidos ideológicos en el Derecho y su aplicación fueron hechos por la Teoría Crítica del Derecho, fundada en otros por Michel Miaille, actualmente profesor en la Universidad de Montpallier I y seguida por importantes juristas Latinoamericanos entre otros por Enrique Mari, Ricardo Entelman, Alicia Ruiz y el autor anteriormente citado.

9 En este sentido MICHEL FOCAULT, "La verdad y las formas Jurídicas" , GEDISA, 1986, ps. 75 ss. No olvidemos que el discurso jurídico tiene una función paradojal que se explica en la doble articulación del derecho con la ideología y con el poder. Podemos afirmar, siguiendo a Carcova, que la práctica jurídica, en un sentido amplio, dista de ser neutral, y está impregnada de politicidad y adquiere dirección según las formas de la distribución efectiva del poder en la sociedad (CARLOS MARÍA CARCOVA, ídem, p. 16)

10 J. SCHULD, op. cit., ps. 26 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a hablar de la reforma del Estado. En 1985 se inauguraron las primeras reformas de tipo estructural al ponerse en vigencia el PAE I. Progresivamente el discurso fue invadiendo todas las instituciones del Estado, incluyendo el Poder Judicial. Desde luego las reformas que se propusieron al comienzo, fueron dentro del marco de un contexto de crisis económica, política y militar en Centro América. Hoy en día, las políticas de modernización se justifican en la necesidad de encontrar una nueva legitimidad del Estado, de los aparatos administrativos y judiciales, dado que los mecanismos de regulación social son puestos en duda[11] al no satisfacer plenamente las demandas de todos los grupos sociales, especialmente de los grupos dominantes.

## La legitimidad constitucional de la administración de la Justicia

Podemos afirmar que a partir de la Constitución Política de 1949, el sistema judicial costarricense formó parte de una nueva concepción del Estado, dentro de una visión desarrollista y legalista. Así como todas las instituciones del Estado encontraron su legitimidad en la nueva Constitución Política y en un sistema formal-electoral, el Poder Judicial, lo encontró a través de un sistema de selección de magistrados hecho por la Asamblea Legislativa, la cual, se consideraba como la mejor expresión de la representación política. Desde luego, en la última década, esta legitimidad se ha cuestionado y las instituciones de representación, especialmente parlamentaria, han sido puestas en duda. La desilusión también afectó la esfera del Poder Judicial, el que se vio sometido a duras críticas y a difíciles pruebas que lo obligaron a tomar ciertas medidas, entre ellas, el relevo de algunos magistrados.

## Crisis en el Poder Judicial

¿Podemos hablar de una crisis en el Poder Judicial o del modelo actual de administrar la justicia?. El concepto crisis es uno de los tantos que han sido objeto de estudio en las ciencias sociales, a tal punto que el término se ha vuelto polisémico. Se habla de crisis económica, de crisis social, de crisis política, de crisis en el derecho, etc.[12]

Independientemente de que admitamos la existencia de una crisis, en lo que sí estamos de acuerdo, es que el mundo pasa por una profunda transformación, caracterizada entre otras cosas por:

—La mundialización de las relaciones;[13]

---

11 Según G. Boismenu y J.J. GLEIZAL, la contestación y la pérdida de legitimidad de los aparatos administrativos, policial y judicial dan lugar a las políticas buscando su modernización, el mejoramiento de su eficacia, el reforzamiento de la regulación no jurídica y la redefinición de nuevos parámetros de legitimidad, "Les mécanismes de régulation social", Presses Universitaires de Lyon, 1988, p. 13. Dentro de este mismo sentido BLANDINE BARRET KRIEGEL "L' Etat et la Démocratie", Documentation Française, 1986, p. 8 y KAREN M. HULT y CHARLES WALCOTT, "Le modelage, de l'organization: un problème de politique publique" P.M.P., Nº 1,1991, p. 70.

12 Un análisis extenso del fenómeno de la crisis social, política, y sobre una manera de pensar la crisis, así como de los factores que impiden solucionarla, lo encontramos en el libro de N. TENZER, "La société dépoli tisée", PUF, 1990, especialmente las páginas 22 y siguientes. HABERMAS, analiza profundamente la crisis "sistémica", en su libro "Raison et legitimité", Payot 1978, ps. 12 ss.

13 Es interesante el estudio hecho por M. BEAUD, que explica el sistema mundial jerarquizado a partir de varios niveles: nacional, internacional, transnacional y mundial, en el cual, habrían varias lógicas, entre las cuales, la economía capitalista sería la más importante, pudiendo influenciar de un modo predominante con lo cual se configura la dominación en las relaciones internacionales y contribuye a la reproducción de sus formaciones nacionales (Une lecture du capitalisme mondial, Revista de Siences Humaines, N. 14, 1994, p. 23. y el libro, "Le système national/internacional/transnacional/mondial hiérarchisé" La Découverte, 1987). Para ACHILLE WEIN BERG, hay ciertos riesgos en la mundialización, puesto que los grandes organismos mundiales no son capaces de resolver todos los problemas (Revista de Sciences Humaines,N. 14, 1992, p. 16). Sobre el rompimiento del equilibrio en el mundo ver de OLIVIER DOLLFUS, "Le système monde loin de l'equibre", ídem, p. 26.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

— Una nueva revolución tecnológica; [14]
— Crecimiento desmedido de la complejidad;[15]
— Tendencias a la fragmentación social y a la inestabilidad;[16]
— Un debilitamiento de los sistemas de regulación estatal;[17]
— En el campo del derecho, la desadaptación de éste al ritmo del tiempo y la invasión de éste por el lenguaje de otras ciencias; etc.[18]

Dentro de este marco, obviamente, el Poder Judicial, con su sistema de administración de justicia rígido, vertical y formal, se ha vuelto incapaz de responder a todas las demandas de tutela, que no solo han aumentado cuantitativamente (masificación) sino cualitativamente (complejidad-heterogeneidad). El tipo de conflictos se han vuelto más complejos, sobre todo en ciertas áreas como el derecho público, comercial, internacional, trabajo, etc.

El tipo de racionalidad que ha inspirado los procesos de construcción de los modelos judiciales, como el costarricense, y de la cual hablaremos seguidamente, ha impedido la solución de los conflictos sociales de una manera comunicativa y dialogística. Los conflictos sometidos al conocimiento del Poder Judicial, lo han sido sin considerar su naturaleza particular. En la administración de la justicia. A la multiplicidad y complejidad de los conflictos la receta ha sido la universalización de las soluciones como criterio capaz de garantizar la "objetividad" y la "neutralidad".

De esta manera, encontramos las situaciones más absurdas, como por ejemplo, que un conflicto de familia cuya solución requeriría de un tratamiento especial por la sensibilidad de los intereses, es sometido a los mismos procedimientos que una discusión patrimonial. Esta situación y la tendencia a crear procedimientos perennes, rígidos y con un tecnicismo exagerado, ha conducido a la paradoja de que los procesos se convierten en una fuente de insatisfacción social, contribuyendo incluso a profundizar las contradicciones, como ocurre con los conflictos de familia, y en buena parte los civiles y penales.

Las concepciones en cuanto a la organización de los tribunales, en cuanto a su modo de funcionamiento y en cuanto al tipo de proceso, no han variado prácticamente en los últimos cuarenta años. Reformas importantes se han hecho como la del código procesal penal en 1975; pero siempre dentro de esa concepción racionalizadora, homogenizante y

---

14 JURGEN SCHULD hace un interesante análisis en torno a las revoluciones habidas durante toda la historia del capitalismo. Estaríamos en una quinta onda impulsada por una nueva revolución tecnológica op. cit. ps. 21 y ss.

15 Mucho se ha escrito en torno al aumento de la complejidad en la sociedad contemporánea. Sin embargo de los estudios más interesantes que he podido leer, pues comprende una visión sociológica, antropológica y biológica, esta ÉDGAR MORIN, "La Méthode. 1. La nature de la nature" Ed. Seuil, 1977, especialmente las páginas" 94 a 105 relativas a la complejidad en los sistemas organizativos; y sobre el desorden, las ps. 2117 ss. Igualmente es importante la obra de ANDRE-JEAN ARNAUD, "Pour une pensée juridique européenne", PUF, 1991, en especial las páginas 241 y siguiente donde plantea una nueva manera de administrar la complejidad. En relación con la complejidad y como confrontarla desde el punto de vista de la acción política, N. TENZER, op. cit. ps. 11, 12, 24.

16 Una visión socio-antropológica de la inestabilidad social, GEORGES BALANDIER , entrevista en la Revista Sciences Humaines, N. 20, 1992, p. 23. Ver Michelle Miaille en torno a la pérdida de unidad del sistema "Le retour de l'Etat de droit", p. 249.

17 Según COHEN-TANUGI, el modo de regulación del Estado no es capaz de confrontar la rapidez, la innovación y la competitividad de la nueva sociedad "Le droit sans Etat", PUF, 1987, p.7.

18 Sobre la pérdida de privigibilidad del Derecho y la pérdida de ciertos atributos como la universalidad G. BOISMENU, "La régulation tecnicienne des rapports sociaux", dentro del libro colectivo "Les mécanismes de régulation social", PUF, Lyon, 1988 ps. 86-87. El mismo autor analiza la invasión de que ha sido objeto el Derecho de parte de otras ciencias (p.99).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rígida en el tratamiento de los conflictos. Esta tendencia, que se fortalece con la sacralización del proceso y la mistificación de principios como el de legalidad, conduce a una abulia generalizada, a una falta de imaginación, a una parálisis del proceso, el cual queda reducido a una simple forma, es decir, a un laberinto institucionalizado. Nos encontramos pues con un proceso cuyos principios rigen desde hace más de cuarenta años, lo que ha dado como resultado la desadaptación al nuevo ritmo del tiempo.

Desde luego estas desadaptaciones críticas son parte del funcionamiento del sistema judicial y de sus contradicciones internas. Cada sistema tiende a mantenerse con la finalidad de no perder su coherencia y su unidad. El Poder Judicial lo hace perennizando las formas y las prácticas.

Las formas en los procedimientos y los hábitos en la actividad judicial, tienden a "institucionalizarse", a conservarse, no admitiendo cambios significativos. Esto, sin duda, es lo normal para quienes están anclados en esta cultura, pues de lo contrario, se podría poner en peligro esa unidad y esa coherencia. En fin, siguiendo a *Habermas*, diríamos que la identidad podría entrar en crisis.[19]

Si admitimos que existe crisis en el Poder Judicial, esta es una crisis de legitimidad, es decir, un cuestionamiento de las bases constitucionales y legales del sistema judicial; que se extiende al cuestionamiento de la legitimidad del Estado, es decir, de sus instituciones de representación política y de sus aparatos políticos y administrativos. Es la crisis de los partidos políticos que absorben la vida y la acción política de los ciudadanos y que han usufructuado el poder de éstos apoyándose en dichos aparatos.

El grado de desadaptación del aparato burocrático-judicial se manifiesta en la incapacidad de satisfacción en el plano regulativo. Las causas son múltiples, y luego examinaremos algunas debilidades que explican la desadaptación de este modelo, muy extendido en casi todos los países de la América Latina, el cual ha seguido de manera paralela la historia del Estado burocrático de corte napoleónico.[20]

## III. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. NATURALEZA

La función jurisdiccional es una de las funciones públicas del Estado constitucional. A través de ella se legitima éste como única instancia capaz de mantener la coherencia y la unidad social así como de resolver legítimamente cualquier conflicto que ponga en peligro el orden social (internamente o externamente). La división de Poderes no es más que una simple separación de funciones. En la realidad, el poder, el "gobierno" en sentido constitucional lo integran los tres poderes del Estado.[21]

Dada esa naturaleza inexorable de la función jurisdiccional, la estructura interna del Poder Judicial es una estructura que participa de la naturaleza del Poder, aun cuando, el ejercicio de las diversas funciones se someta

---

19 HABERMAS considera que un plan analítico de la crisis debe permitir poner en evidencia la correlación entre las estructuras normativas y los problemas de regulación (Raison et Légitimité, op. cit. p. 19).

20 Esta historia y que es la historia del poder, del control social y del disciplinamiento de nuestras sociedades ha sido explicada profundamente por M. FOCAULT, op. cit. ps. 91, 101 y 117. Es la llamada disciplinaria.

21 DROMI, JOSÉ ROBERTO, *"Introducción al Derecho Administrativo"*, Ed. Grouz, Madrid, 1986, p. 48.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la un régimen jurídico diferente y se trate de encubrir con una supuesta "neutralidad". La cabeza del Poder Judicial, su Corte, es un órgano político. Esta función es una de las tres principales del Estado a través de las cuales se cumplen los fines políticos. Estas se identifican con los medios propios de la actividad estatal y traducen la actuación del poder, de carácter formal (jurídica) como vías de actuación (gubernativa, legislativa, judicial y administrativa) por cuyo conducto el Estado logra los fines que le son asignados en la Constitución Política y en las leyes de la República.[22]

Mediante el ejercicio de esta función se logran dirimir los conflictos de intereses que alteran o puedan alterar el orden social, asumiendo de esta manera el Estado, el monopolio de la misma, y sustituyendo la actividad privada por la actividad pública. En la evolución de la Jurisdicción, ésta ha oscilado a grandes razgos, entre las concepciones privatistas e individualistas y las concepciones publicísticas. Hoy en día, las tendencias liberales quieren orientar las concepciones del proceso hacia soluciones eficientistas que atañen esencialmente las relaciones de tipo financiero-comercial, y que se concretan en ciertas reformas muy concretas dirigidas a buscar formas alternas de solucionar los conflictos, evadiéndose la transformación que permita el acceso amplio y sin obstáculos a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

En cuanto a la jurisdicción se refiere, como una de las tres funciones esenciales del Estado democrático, debe existir la preocupación permanente de que ésta se profundice al igual que la democracia. Es por ello que abogamos por una democratización permanente de los tres poderes principales del Estado a fin de disminuir el ejercicio de ese poder (incluyendo el económico) y provocar una auténtica redistribución del poder. En esta habría un altísimo grado de participación de todos los grupos sociales. Nuestra meta es que quienes históricamente han sido desposeídos de todas las formas de poder, asuman tareas directas, disminuyendo de esta manera la representatividad. El mito y la sacralización que encierran las vetustas y obsoletas instituciones de representación política debe ser descubierto al conocimiento, a la reflexión.

El Poder Judicial no puede aislarse ni del orden jurídico como expresión social, ni de la sociedad a la cual sirve. Entre mayor sea su contacto con esa realidad, la justicia será mas democrática y habrá una mayor comprehensión de los conflictos. También es necesario superar todos esos mitos y falsas creencias sobre la castidad de la justicia.

## IV. RASGOS DE UN MODELO JUDICIAL CERRADO

Vamos a analizar seguidamente esos rasgos que en nuestro criterio obstruyen la ampliación y profundización de la democracia en este Poder.

### 1. La politización de la función judicial y la pérdida de democracia.

La progresiva politización en los procedimientos de selección de magistrados

22 DROMI, J. R. idem, p. 55.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que finalmente culminó con una pérdida de la concepción democrática del Poder Judicial y consecuentemente de la administración de la justicia es uno de los problemas más serios que enfrenta el Poder Judicial.

La invasión de la política partidista es desde luego un fenómeno bastante extendido en nuestro Continente.[23] Sin embargo, después de la Constitución del 49, esta tendencia ha ido aumentando progresivamente hasta llegar a un bipartidismo bien definido. Entre los dos grupos políticos se ha tendido a "colonizar" *(Habermas)* prácticamente todas las actividades sociales: movimiento asociativo, cooperativo, burocracia, etc.[24]

El Poder Judicial no pudo escapar a esta tendencia, pese a las disposiciones constitucionales que le garantizan su independencia, no solo funcional, sino presupuestaria ( art. 154 C. Pol.). La influencia se ha observado en las últimas décadas en el nombramiento de magistrados, a tal punto, que entre los dos partidos se han repartido los nombramientos.

A través de este mecanismo, bastante informal y difícil de deslindar, se sacrifica uno de los principios esenciales de la democracia: el pluralismo y en algunos casos, el criterio político prevalece sobre el criterio técnico. De esta manera, resulta la paradoja de que el Poder Judicial se convierte en la instancia menos democrática de nuestro sistema político, lo cual, resulta negativo en el proceso de producción de las ideas y del pensamiento jurídico. Así, a pesar de que la Asamblea Legislativa se integra con diversas fuerzas políticas, los nombramientos deben pasar únicamente por el filtro de dos partidos, que se atribuyen la representación de todos los costarricenses.[25]

El problema de la democracia en la administración de justicia, tal y como ha sido planteado, trae otras consecuencias, entre ellas la instauración de poderes informales, los cuales alcanzan todos los procesos administrativos, especialmente en la selección de jueces, con lo cual se debilita la carrera judicial. Así, de una manera "informal", casi invisible, influyen en estos procesos, criterios ideológicos, religiosos y otros, con lo cual el Poder Judicial se "autoprotege", creando por decirlo así, sus propios mecanismos de defensa para protegerse contra los riesgos ideológicos conservando así los privilegios que tal función produce.[26]

---

23 Según PEDRO MEDELLIN, en la América Latina asistimos a un proceso progresivo de apropiación del poder político de parte de los partidos políticos como expresión materializada de una sobrepolitización de la sociedad, la cual se caracterizaría por tres fenómenos: concentración del poder por los partidos políticos, crecimiento de la burocratización y el clientelismo político (La Reforma del Estado en la América Latina". FESCOL, 1989, P. 99.

24 Es lo que BOISMENU, ha llamado la *"juridización del orden social"* y que puede ser la confesión del fracaso de la "normalización" op. cit. p.87).

25 No vamos a entrar en el análisis de este problema que es la generalidad en casi todas las democracias occidentales, especialmente de la América Latina. Esta crisis, que ha sido analizada profundamente por HABERMAS, nos indicaría que entre más fuertes son estas elites diz representativas, más docilidad encontremos en los individuos ("Raison et Legitimité, Payot, 1978, p. 109). Este es el proceso de dominación a través de la imposición de la voluntad encontrando como respuesta la obediencia (Max WEBER, citado por Catherine COLLIOT-THELENE, op. cit. nota 1 p. 205). Estos procesos podrían conducir a una despolitización de los ciudadanos con el consguiente daño a la democracia, tal y como ha sido señalado por M. CROZIER (op. cit. p. 308) y por N. TENZER, "La société dépolitisée", PUF, 1990, p. 299.

26 Seguimos en este punto a Peter Berger y Thomas Luckmman "La construction sociale de la réalité", Sociétés Merindien, 1986, p. 91. Estos poderes en el lenguage de Berger y Luckmamm, serían verdaderas técnicas de legitimación y de control (íd. p. 121 y 122).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

## 2. La indepedencia del juez y su función política.

Cualquier sistema judicial debe tener como meta esencial la instauración de garantías jurídico-formales y reales. En nuestro país abundan las primeras (artículos 9 y 154 C. Pol. y de la ley Orgánica del Poder Judicial).

La eficacia de las garantías formales ha sido relativa, dependiendo de muchos factores subjetivos y de otros de índole social, especialmente su actuación política en la sociedad. Cuando hablamos de la actuación política desde luego no estamos pensando en la limitación legal de participar en los partidos políticos —cuestión muy discutible—, sino en los procesos de comunicación, de solidaridad y otros de acercamiento especialmente con las comunidades donde ejercen sus funciones.

Desgraciadamente por una interpretación inconstitucional de tales normas y cuya eficacia se logra precisamente a través de esos poderes informales, el juez ha sido reducido a un espectador de los fenómenos sociales, sustrayéndolo de esta manera del conocimiento de los problemas de su comunidad y de la intercomunicación necesaria para mejorar los sistemas de regulación jurisdiccional. El juez, se ve compelido, por tales poderes invisibles a rehusar de participar en la vida social con lo cual nuestra administración de justicia se vuelve cada vez más ajena a la realidad social que es la base y la fuente de los conflictos sociales.

En otras palabras, las posibilidades reales de actuación disminuyen en el ejercicio de la función, con lo cual los procesos se vuelven estrictamente realidades formales, las cuales generan otros conflictos de orden social y un alto grado de insatisfacción de los ciudadanos, especialmente de los más desfavorecidos.

Así, el juez teme organizarse para luchar por sus derechos, no solo como funcionario-trabajador, sino aquéllos que configuran la función judicial. La ausencia de participación como anteriormente señalé y la ausencia de organización, son factores que limitan al juez y lo hacen potencialmente vulnerable a aquellos vicios propios de nuestra realidad y de nuestro sistema.

## 3. La concentración de poder.

Desde luego el Poder Judicial no escapó a la influencia del modelo de Estado centralizador y prepotente. Esta tendencia se presenta en el Poder Ejecutivo en donde el presidente de la República acapara tal cantidad de atribuciones, que podemos calificarlo de un modelo napoleónico; modelo que por su organización y funcionamiento, sustrae a los ciudadanos y a las comunidades el poder, con lo cual institucionalmente se crean los mecanismos que les impiden participar adecuadamente. El derecho como infraestructura que sostiene y legitima todo el sistema, está basado en una concepción monista y es un reflejo del Estado absolutista y del Estado jacobino.

La concentración del poder se sustenta en nociones tales como la de autoridad pública, servicio público e interés general que es, según J. Caillose parte de la retórica del derecho administrativo. Es la manera de mantener un proceso de dominación social del Estado a través de un trabajo de desvalorización de la sociedad civil.[27] Este fenómeno también lo encontramos en el Poder Judicial, cuya organización y funcionamiento ha sido concebido dentro de un orden jerárquico vertical y que condujo en un primer momento a una exagerada concentración de funciones de toda índole.

Pero, este fenómeno de la centralización, en lo que al Poder Judicial se refiere, se ha manifestado también de manera inconveniente con la asunción de funciones técnicamente incompatibles, tales como las del Ministerio Público y la Policía Judicial a las cuales habría que dar un estatuto diferente.

---

27 CAILLOSE, J. "*L'administration française doi-elle s'evader du droit administratif pour relèver le défit de l'efficience*" P.M.P. 2, 1989, p. 71."

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

## 4. La burocratización.

El fenómeno de la burocratización ha sido casi inevitable en todos los ámbitos del Estado. El Poder Judicial no pudo escapar a este fenómeno propio de cualquier sistema de organización política, burguesa o no. El que primeramente analizó este fenómeno fue *Max Weber,* para quien, la burocracia se constituye en una de las características esenciales del Estado moderno,[28] es decir uno de los razgos esenciales de la modernidad.

El grado de burocratización ha sido tal, que el número de funcionarios y empleados que participan en la actividad administrativa de apoyo a la función jurisdiccional es ostensiblemente más alto que el número de jueces y funcionarios directamente involucrados en la prestación de esta función. El Poder Judicial incurre obviamente en un proceso que ha caracterizado al Estado moderno, y que en el caso costarricense, es una expresión genuina del Estado racionalizador y burocrático.

El problema con la burocracia es que se constituye en un segmento que acapara y en consecuencia controla una parte del poder, impidiendo cualquier proceso de transformación. En otras palabras, existe una tendencia natural en este segmento social, cuyas acciones tienden a perennizarse a través de ciertos procesos de institucionalización[29] independientemente de que se afecte o no la función principal. La burocracia se apoya en las estructuras superiores y éstas en aquéllas, constituyéndose de esta manera en una complicada red de poder, cuyas manifestaciones se producen en la mayoría de las veces de una manera informal e imperceptible. Estos procesos terminan por debilitar las funciones esenciales y se convierten en verdaderos obstáculos para la transformación.[30]

## 5. La rigidez y tecnicidad legal. El derecho como mito.

La principal paradoja que nos encontramos en el camino, es que, son los jueces, los abogados y el derecho, los principales obstáculos para el cambio social, como decía *Novoa Monreal* y en consecuencia, obstáculos a la modernización del Poder Judicial. Pero esto que parece una paradoja, no es más que una manifestación sociológica de un fenómeno relacionado con una de las facetas en que el poder se ejerce. Precisamente en una reforma o en un proceso de modernización, la clase política y las elites encuentran una nueva forma de legitimación y al mismo tiempo su permanencia en el Poder, sin correr grandes riesgos personales ni de desestabilización del sistema. Por lo general las propuestas de cambio vienen de arriba hacia abajo, es decir, de los grupos que detentan oficialmente el poder, el "conocimiento". Los procedimientos, los códigos, son concebidos como realidades normativas independientes de la realidad social, cultural, económica.[31]

---

28 COLLIOT-THELEN,C. Op. cit. p. 7ss. Weber nos dice, que "el insiste muy particularmente sobre el Estado burocrático porque es el que mejor caracteriza el desarrollo racional del Estado moderno (*"Le Savant et le politique"*, París, Librería Plon, 1959, p. 119).

29 Aquí seguimos a P. Berger y T. Luckmamm, para quienes la institucionalización tiene por esencia las rutinas incorporadas dentro de la vida cotidiana (op. cit. p. 204). Este mundo institucional requiere de una cierta legitimación, es decir modos de explicación y de justificación de su existencia (p. 88).

30 Como bien lo ha señalado J. CAILLOSE, en todo proceso de modernización la burocracia tiende a sacar partido, para lo cual tiende a identificarse, siempre que no alteren su estatuto (La Modernization de l'État", op. cit. p. 755).

31 Esto ya lo había planteado en la Revista Judicial Nº 9 en el artículo "Comentario a las bases de trabajo para redactar el articulado del Código de Procedimientos Civiles".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Ahora bien, nos interesa precisar más este aspecto relacionado con la rigidez y la tendencia a hacer de la norma un lenguaje técnico la cual se hace ininteligible para el profano.

Como bien sabemos el derecho en el Estado moderno ha tendido a invadir todas las esferas sociales. En éste ha estado incorporada un tipo de racionalidad (jurídico-formal) que ha progresivamente inmovilizado al individuo, a los grupos, a la actividad jurisdiccional; en fin, a la democracia. *Kant* fue uno de los primeros en plantear el problema, al hablar de la autonomía de la razón. Esta tiene por objeto el derecho. Es la razón la que asegura el paso del Estado de naturaleza al Estado de derecho. Por ello es del aspecto macanicista y formal de la concepción del derecho de *Kant* donde se originan las concepciones normativistas modernas[32].

La concepción formal del derecho fue intensificada por los *Neokantianos Stammler y Del Vecchio.* Para el primero el derecho vendría a ser un concepto universalmente válido y estaría fundado sobre la razón pura como el imperativo categórico. El crea la validez del derecho. El derecho sería pura forma[33]. Para *Del Vecchio,* el derecho se caracterizaría por ser universal y neutro, en consecuencia formal.

Finalmente, con *Kelsen,* se llega a la expresión más formal del derecho, al exponer su teoría pura del derecho. El edificio jurídico tendría la forma de una pirámide de normas, producto de esta particularidad que presenta el derecho de autorregular su propia creación. El método positivista está presente en la concepción de la norma, profundamente arraigado al carácter formal del derecho. Las reglas jurídicas no tendrían ningún contenido necesario, ellas pueden contener no importa cual sistema de valores.[34]

Esta cita rápida de cuatro importantes representantes de las concepciones formales y normativistas del derecho nos pueden servir de base para plantear nuestra inquietud en el campo de la administración de la justicia y de su modernización.

Estas concepciones arraigadas en la acción de los Estados modernos y en la cultura de nuestros pueblos, han conducido progresivamente a vaciar del derecho esos contenidos esenciales, que es la complejidad de las relaciones sociales y su riqueza potencialmente comunicativa y participativa. Estas tendencias condujeron de la misma manera a una concepción del derecho, basado en la forma y en su carácter técnico en cuanto que al mismo tiempo se convertía la norma en un código inaccesible al ciudadano común, descifrable únicamente por los técnicos. Los procedimientos que permitían el desarrollo del proceso, se encerraron en la forma, sacralizando ritos procesales, con lo cual se impedía la evolución y la regeneración del proceso. *Pierre Bourdieu,* ha señalado de manera aguda, como la afirmación de la autonomía absoluta de la forma jurídica con respecto al mundo social y el instrumentalismo de éste son útiles de la dominación social[35].

Las formas, su manifestación y arraigo, tienen lógicamente una explicación dentro de la sociedad moderna. Ellas son una manera de expresión de un saber limitado, esotérico, es un tipo de lenguaje calificado, casi con una visión simbólico-religiosa. A través de ellas se pretende en alguna medida garantizar la finalidad del proceso, su verdad objetiva, es decir, encierran dentro del lenguaje de Habermas, una pretensión de validez universal.[36] Esta tendencia universalizadora del

---

32 Brimo, Albert, *"Les grands courants de la Philosophie du Droit et de l'État"*, Ed. A. Pedone, París, 1978, ps. 146-147.
33 BRIMO, A. idem ps. 156-157.
34 BRIMO, A. idem, p. 306.
35 PIERRE BOURDIEU, "La Force du droit" ARSS, 1978, ps, 3 ss.
36 HABERMAS, J. "Théorie...", op. cit. t. II.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derecho se ha manifestado en la búsqueda de soluciones jurídico-procesales homogéneas para realidades sociales muy heterogéneas que ha conducido a una paralización y a una ineficacia de las diversas vías procesales.

### 6. Mito y sacralización de la norma jurídica.

Detrás de esas concepciones formales, y a fin de justificar las mismas, se ha tendido a sacralizar la norma jurídica, el proceso y el juez, como estructuras "puras" o "neutras".[37] Sobre esto siempre hemos tenido muchas dudas, y ya lo había planteado en cierta medida en 1984,[38] cuando exponía como nuestro sistema ofrece una amplia gama de normas y garantías procesales, pero, en la realidad distanciadas de su soporte social.

Estos procesos, que se presentan en todas las sociedades, y cuya intensidad depende de muchos factores, especialmente del grado de participación y del conocimiento que el ciudadano tenga de los asuntos públicos, ha repercutido seriamente en la organización Judicial. Los tribunales, amparados en el formalismo y en el tecnicismo de la norma y en la sacralización del proceso, han ido paulatinamente aislándose del ciudadano, a tal punto que la justicia ha sido invadida por procesos formales-burocráticos; y de esta manera se presenta como una administración de justicia "neutra" y universalmente válida para resolver todo tipo de conflictos. Así se rechazan de esta manera otras formas de producir el derecho o de solucionar los conflictos, o bien, otros modos de integrar los tribunales y de control de parte de los ciudadanos.

## V. HACIA UN NUEVO MODELO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA ABIERTO

**1. Superar las visiones pragmáticas funcionalistas:** más que analizar los cambios que vive el Estado dentro de una óptica dogmática o monodisciplinaria, ha sido nuestra finalidad profundizar su análisis de una manera amplia, a fin de medir dentro de las limitaciones del caso, las consecuencias de su transformación dentro del contexto de la complejidad actual, marcada en otras cosas por la globalización de las relaciones, impulsadas por la lógica del mercado. No se trata solamente de perfilar los cambios que debe sufrir el Poder Judicial dentro de una perspectiva pragmática, tal y como la han

---

37 Sobre los procesos de mistificación del derecho merecen destacarse los trabajos de G. BOISMENU quien resalta el aspecto ideológico del Derecho (*"L'État y el orden jurídico"*, op. cit. p. 43; o la crítica al Estado de Derecho como mito (MICHEL MIALLE, *"L'État de Droit: technologie et/ou ideal"*, NAQD, Revue de Etudes et Criti que Sociale, 3, 1992, p. 20 ss. En torno al Derecho como mito, MICHEL MIALLE, *"Le retour de l'État de Droit"*," dentro del libro colectivo *"L'État de Droit"* bajo la dirección de Dominique Colas, PUF, 1987, ps. 226 y 227; J. LOUIS AUTIN, *"Illusion et vertus de l'État de Droit"*, ídem p. 147; JACQUES CHEVALLIER, *"La dimension symbolique du principe de légalité"* R.D.P. Nº 6, 1990, ps. 1655, 1657, 1659. 1661 ss.; este autor desarrolla el tema de la sacralización del Derecho en su artículo" *L'État de Droit"*, R.D.P. mayo-junio 1988, p. 375; R.D.P., 6, 1990, ps. 165-167. Una crítica de la justicia objetiva y de la validez formal del derecho se puede encontrar en F. HAYEK, *"Droit, Legislation et Liberté"*, PUF, 1980, T.2, PS. 57, 63, 70. Un análisis sociológico sobre el Derecho como mito lo encontramos en un artículo de PIERRE BOUR DIEU, *"La Force du Droit"*, ARSS, 1978, p.s. 3 ss., PETER BERGER y T. LUCKMAMM, analizan el origen de los universos simbólicos, ps. Nº 129 y ss; y J. HABERMAS, en su obra "Teoría de la acción comunicativa", op. cit. t. I. ps. 59 ss, analiza ampliamente los problemas que se plantean en torno a la comprensión mítica.

38 Desde este año expuse la necesidad de darle contenido al debido proceso, pero sobre todo, de recuperar su contenido material (El debido proceso, Revista Judicial N. 30, 1984, Revista Internacional de Derecho Comparado, Bélgica, 1984). Igualmente me preocupó el problema del acceso a la justicia ("Los obstáculos a la justicia administrativa", Rev. Ciencias Jurídicas, Nº 1991).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

asumido con cierta lógica ciertos grupos, sino por el contrario, sobrepasar tal perspectiva a fin de que nuestra reflexión nos lleve a encontrar otras respuestas esenciales.

**2. Una nueva racionalidad un nuevo modelo para administrar la justicia**: Para poder aprehender de manera eficaz las dificultades que surgen en una sociedad cada vez compleja, se hace necesario buscar una nueva racionalidad para incorporarla en los procesos de creación del derecho y en la lógica que debe dominar en la actividad jurisdiccional[39].

Creemos necesario superar los obstáculos que impiden una transformación democrática del Poder Judicial, algunos de ellos analizados páginas atrás. Nuestra propia cultura judicialista es un verdadero obstáculo para el cambio, por cuanto persisten medios, hábitos, tradiciones, imágenes, estereotipos ampliamente arraigados en el funcionario judicial, especialmente en el juez, cuya formación ha respondido esencialmente a la dogmática positivista.

El nuevo modelo, debe ser un modelo de justicia abierto[40]. Una política o acción de modernización del Poder Judicial debe inspirarse en esta vía de la apertura, que es la vía de la comunicación, de la reflexión y de la disminución del formalismo y del tecnicismo.

Modernizar no es en consecuencia modificar un aspecto de la administración judicial, ni introducir nuevas tecnologías, ni reorganizar abriendo nuevas oficinas. Modernizar es hacer una reflexión más profunda para buscar ese nuevo modelo dentro de una concepción global de un Estado que requiere necesariamente cambios, como exigencia de la transformación de las relaciones y de las nuevas reglas que dominan el mundo. Debemos abandonar esa perspectiva funcionalista e instrumentalista que ha inspirado casi todos los procesos de modernización en la América Latina, para dar paso a una justicia más humana, más solidaria, más accesible y dinámica.

Si queremos una administración de la justicia eficaz y eficiente, no podemos reducir el proceso a los aspectos patrimoniales ni a la visión monetarista. La eficacia en la justicia no puede ser reducida a una lógica de mercado ni a una moda pasajera. Buscar la eficacia y la eficiencia en esta área tan sensible es buscar la democratización de este servicio. Se trata de una eficacia social y no monetarista ni funcionalista. Es abrir el espíritu de los jueces para que éstos se incorporen plenamente en los procesos sociales dentro de una perspectiva pluralista y multidisciplinaria.

### 3. Criterios orientadores del nuevo modelo:

1. **El proceso:** Este no se agota ni en una situación jurídica, ni en un conflicto de intereses, ni en una concepción institucional. El proceso es eso y más. Es realidad social con todas las fortalezas y las debilidades de la organización humana, biológica y antropológica. Es necesario redefinir, reflexionar alrededor de muchos de los principios procesales, pero, especialmente la redefinición debe orientarse hacia los siguientes aspectos:

---

39 En el desarrollo de los puntos que siguen seguimos el pensamiento de J. HABERMAS, P. BOURDIEU, MICHEL MIAILLE, ÉDGAR MORIN, cuyas obras han sido citadas. De Morin retengo esencialmente el problema de la regeneración de las organizaciones sociales y el origen de la complejidad social. Dos obras se destacan en esto "La Méthode 1. La Nature de la Nature", Ed. Seuil, 1977 y "La Methode"

40 Al hablar de un sistema judicial abierto estamos apoyándonos en las nociones de "mentalidades abiertas y cerradas" de R. Horton, ampliamente explicadas por Habermas. El pensamiento abierto es la apertura al mundo, una apertura del espíritu a las alternativas teóricas y una disminución de la sacralidad de las creencias y menos temor sobre las amenazas que pesan sobre ellas ( Théorie de l'agir communicationnel", op. cit. ps. 77-78,79).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

— Reducción de costos para facilitar el acceso a los sectores de menos recursos;

— Reducción de formalismos y tecnicismos para que el lenguaje jurídico sea accesible a todos;

— Visión multidicisplinaria;

— Publicidad-oralidad;

— Fortalecimiento del debido proceso dentro de una perspectiva material.

— Nuevos procedimientos adecuados a cada realidad social basados en la flexibilidad, la publicidad y la operabilidad.

— Integración del ciudadano en la composición de ciertos tribunales

**2. Pluralismo y publicidad.** Es necesario fortalecer el pluralismo en todo el sistema de organización y de funcionamiento del Poder Judicial. Es necesario democratizar todas las instancias, especialmente el sistema de nombramiento de magistrados. El pluralismo ideológico, religioso, filosófico debe ser una garantía real y efectiva al interior del Poder Judicial. El pluralismo permite la confrontación de ideas, su renovación y la regeneración del sistema. Lo contrario conduce a formas autoritarias del poder y del control social, así como a un estancamiento de las ideas, de las concepciones y de las teorías.

La publicidad es un principio esencial al lado de la oralidad. Sin embargo debemos aspirar a introducir la oralidad en todos los procesos, sobre todo en aquellas áreas sensibles como familia. Sin embargo la publicidad que es una manera de ejercer el control democrático, no se aplica en todas las instancias del Poder Judicial. Es fundamental su extensión a todos los órganos, incluyendo a la Corte Plena.

**3. La independencia del juez.** Cualquier sistema de administración de justicia aspira a hacer una realidad el principio de independencia del juez, tal y como lo establece nuestra Constitución Política, Sin embargo sabemos que en la realidad, muchas veces ese principio no funciona, precisamente porque los otros principios no están plenamente garantizados. Es necesario por ello, que el juez tome conciencia de su papel y de la necesidad de participación en la vida social. El juez no puede ser un elemento extraño a la realidad social. Él debe conocerla e involucrarse en los procesos (excepción de la participación partidaria).

Pero no basta eso. El juez debe organizarse, y para ello deben respetarse las posibilidades de organización asociativa y sindical.

**4. Carrera judicial.** Esta debe también garantizarse efectivamente. No bastan las leyes y los estatutos. Es necesario que operen todos los principios a fin de reducir las posibilidades de que los criterios no técnicos prevalezcan sobre éstos. Una nueva orientación debe estar dada en atención a los méritos efectivos del juez, cuyos estímulos salariales y profesionales deben superar la simple jerarquía de tal manera que un juez eventualmente pueda tener ingresos superiores a los de un magistrado.

**5. Capacitación permanente y multidisciplinaria.** El juez debe dejar de ser un simple operador de la ley para convertirse en un conocedor de ésta. Hay profundas diferencias entre el simple acto de aplicar la ley, de manera casi mecánica y el conocimiento de la norma y del conflicto. Esto último no se puede lograr si no es a través de una formación multidisciplinaria. Solamente ampliando el conocimiento, aumentando la información y elevando el grado de conciencia del juez, que podremos pensar en una justicia más humana, más efectiva y menos conflictiva. La norma no es un producto aislado de la sociedad, es parte de ella, y como tal no puede ignorar sus contenidos socio-culturales, sicológicos y biológicos. El juez debe ser más un sicólogo y un sociólogo que un técnico de la ley. La capacitación no viene solamente de la educación formal, sino de la práctica y del contacto más cercano con los ciudadanos y de una intercomunicación permanente con todos los órganos de la justicia.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

**6. Participación, comunicación y reflexión.** Los tres aspectos forman parte de esa nueva racionalidad que debe inspirar la administración de justicia. Ya hemos hablado anteriormente de la necesidad de participación del juez a fin de que tome conocimientos efectivo de la problemática social. Pero también es necesario imaginar otras formas de participación de los ciudaddanos o de ciertas entidades o profesionales, para la solución de ciertos asuntos que escapan al criterio y la visión normativa y formal. Estos procesos hacen madurar la reflexión porque del intercambio se enriquecen las ideas y se multiplican los criterios, con lo cual se enriquecen los contenidos materiales de las sentencias.

**7. Descentralización:** Al igual que el Estado, es necesario pensar en descentralizar algunas funciones administrativas hacia ciertas regiones o provincias. No es posible que la administración propiamente dicha esté concentrada en San José, debemos pensar también en la desconcentración de algunos servicios, como podría ser la defensa pública.

**8. Independencia del Ministerio Público.** Parte de la concentración inconveniente de funciones en el judicial ha sido la asunción del Ministerio Público. Es indispensable su autonomía e independencia, elevándolo a rango constitucional y garantizándole esa independencia. La Policía Judicial debe pasar también al control del Ministerio Público.

**9. Desjuridización y despenalización:** Parte del proceso de renovación implica que debe procederse a una desjuridización del ámbito judicial, a fin de que la sociedad asuma ciertas tareas en la solución de algunos conflictos, especialmente agrarios, de familia y penales. Las alternativas para crear nuevos procedimientos es amplia. En el campo penal, el proceso se manifestaría por el establecimiento de un derecho penal mínimo. Muchas acciones deben dejar de ser delitos o convertirse en delitos administrativos. Hay que crear sistemas alternativos de penas para delitos menores. El proceso penal también debe ser revisado, pero rebasando las concepciones rígidas del derecho para que la búsqueda de la verdad real no siga estructurada sobre una lógica dominada por el éxito o por la justicia retributiva.

Los asuntos más sensibles, tales como conflictos pueden continuar siendo resueltos a través de los mecanismos procesales clásicos sujetos a las etapas y la rigidez de un proceso que termina aislando el conflicto de su base social y cultural. Es necesario crear nuevos procedimientos, basados en la oralidad, la composición heterogénea del tribunal (multidisciplinariedad), la concentración, mayor libertad en la evaluación de las pruebas, funciones de mediación, etc.

**10. Defensa pública.** Creemos que la defensa pública debe extenderse a otras áreas, sobre todo familia, agrario, pensiones, administrativa. Debe fortalecerse el derecho de la defensa desde el punto de vista material a fin de que el defendido lo sea de manera real y efectiva, y no meramente formal como ocurre muchas veces en los procesos penales.

Los criterios que han sido expuestos desde luego no agotan la discusión, sino son tan sólo algunos de los que podrían orientar la reflexión en la búsqueda de un nuevo modelo en un contexto de cambio en donde el derecho y los grupos que han detentado el poder se resisten a las transformaciones que puedan significar pérdida de privilegios, críticas que pongan en duda su legitimidad. Las jerarquías de los tres poderes no están dispuestas a compartir de manera horizontal el poder lo que hace presumir que en el dominio de la Justicia, los procesos y los sistemas de administrar justicia seguirán siendo invadidos por aquellos criterios propios de un sistema cerrado.

Finalmente, para concluir, debemos decir que la *modernización* es todo proceso permanente que impulsa la renovación institucional y del Estado, renovación que como hemos dicho no es simplemente funcional-instrumental, sino, que implica la profun-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dización de la democracia, la búsqueda de la eficacia social; esto es, el acceso del mayor número de ciudadanos a la justicia en condiciones de igualdad real. Debe ser pues, una política permanente de toda institución, de todo Estado la búsqueda de una mayor democratización de sus aparatos administrativos, políticos y jurídico-judicial.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

# LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA EN SEDE AGRARIA

LIC. WÍLBERTH ARROYO ÁLVAREZ *

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN ..... 76

CAPÍTULO I: El Contrato de Asignación Individual de Tierras (CAIT) en Costa Rica ..... 76

SECCIÓN I: Regulación legal ..... 76
SECCIÓN II: Principios que se aplican a la sucesión mortis causa ..... 78

CAPÍTULO II: La sucesión mortis causa en el derecho agrario costarricense ..... 78

SECCIÓN I: Ley de Tierras y Colonización ..... 79

A. Tipos de sucesión agraria conforme a la Ley de Tierras y Colonización ..... 79

1. Por disposición del causante ..... 79
2. Sucesión intestada por designación ..... 80
3. Sucesión necesaria con reversión ..... 80

SECCIÓN II: Cuestiones procesales de la sucesión mortis causa agraria ..... 80

A. Competencia de los tribunales ..... 80
B. Procedimiento aplicable ..... 81
C. Sucesión mortis causa agraria en sede administrativa ..... 81

CONCLUSIÓN ..... 81

BIBLIOGRAFÍA ..... 82

* Facultad de Derecho, UCR.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

# INTRODUCCIÓN

El instituto de la sucesión mortis causa en sede agraria, es una materia que ha sido poco investigada en la doctrina. Los trabajos existentes al respecto además de ser muy pocos, son desactualizados pues en la última década prácticamente no se ha escrito nada sobre el tema.

El presente estudio es un esfuerzo por analizar la situación actual de la sucesión mortis causa en sede agraria, instituto que halla su fundamento en los artículos 67 y 69 de la Ley de Tierras y Colonización.

# CAPÍTULO I

# EL CONTRATO DE ASIGNACIÓN INDIVIDUAL DE TIERRAS (CAIT) EN COSTA RICA

Según la Ley de la Organización y de la Competencia de los Tribunales Agrarios, art. 2, inc. c), compete a éstos conocer los procesos sucesorios cuando los bienes inmuebles sobre los que verse sean adjudicados por el Instituto de Desarrollo Agrario, encargado de la adjudicación de parcelas que normalmente se realiza conforme a la Ley de Tierras y Colonización, Ley que contiene el CAIT.

## SECCIÓN I: Regulación legal.

Su base legal se encuentra en el art. 49 de la Ley de Tierras y Colonización que faculta al ente agrario a llevar a cabo un programa de parcelación de sus tierras.

Se podría definir el CAIT, según Víctor Núñez, así:

> "Un contrato de duración por el cual el Estado, a través del ente agrario, adjudica a un agricultor previamente implicado calificado, una parcela o una finca agrícola, bajo el compromiso de traspasarla en propiedad, y por un precio, si el agricultor, durante el período de prueba a criterio del Ente, cumple con las obligaciones del contrato, demostrando tener capacidad técnica para desarrollar una empresa de cultivo. El Ente mantienen vigilancia sobre la explotación hasta que se haya desarrollado como tal, después de por lo menos 15 años contados a partir del traspaso en propiedad y siempre que no existan deudas pendiente. Mientras tanto el agricultor asignatario no puede disponer libremente de la parcela".

En la doctrina existe gran discusión sobre la naturaleza jurídica de este contrato considerando algunos su naturaleza civil, pública o agraria dependiendo en todos los casos de la formación que tenga quien expresa su opinión, exponiendo muy diversos criterios o argumentos; existe desde luego una posición ecléctica que considera que se trata de un instrumento del derecho agrario y que como tal, responde a principios y características propias que le impiden identificarse con las figuras afines del derecho público y del derecho privado y concluyen calificándolo de contrato sui géneris.

En este tipo de contratos el plazo es muy importante pues sus efectos se van modificando con el transcurso del plazo que la ley

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

otorga para su total consolidación. En la Ley de Tierras y Colonización se establece un plazo de 25 anualidades, pero se concede un período de gracia de 5 años, con lo que el plazo se amplía a treinta años. Dentro de la misma ley se permiten dos variaciones a ese término:

1. Aumentándolo, en virtud de producciones insuficientes no imputables al parcelero, el instituto asignante debe adecuar la forma de pago.

2. Permitiendo el pago anticipado si lo desea el beneficiario, para poder disponer como dueño al cumplirse 15 años del traspaso en propiedad. Aunque se dé este pago adelantado antes de ese plazo el principio de inalienabilidad del fundo se mantiene por ese número de años. Se pueden señalar varias etapas dentro del CAIT, donde los efectos sobre las obligaciones de las partes van variando. Así:

   A. Período de prueba: inicia con la adjudicación y entrada en posesión de la parcela, se mantiene por un espacio de tiempo discrecional que el Ente establece para cada proyecto, usualmente oscila entre tres meses y un año.

      El asignatario debe demostrar su capacidad técnica empresarial, el Ente realiza una evaluación del beneficiado y su idoneidad para desarrollar la parcela. Una falta de ella puede llevar a la anulación del título así como del status de asignatario.

   B. Traspaso en propiedad: concluida la etapa anterior, si el asignatario demuestra que es idóneo para la explotación de la parcela se hace acreedor para recibir el título de propiedad. Sin embargo aun cuando se dé la inscripción en el Registro Público no puede el asignatario disponer libremente de la explotación, el Ente debe autorizar sus actos, mantiene su tutela hasta que la empresa se consolida. En este punto el incumplimiento de sus deberes por parte del asignatario no tiene como efecto la revocatoria (pues ya es propietario) sino que el instituto debe pedir la resolución del contrato, asumiendo la indemnización que corresponda a las tierras y sus mejoras.

      Al cumplirse los 15 años de la asignación, el asignatario adquiere el poder de disposición casi plenamente, se extingue la limitación de inalienabilidad que hasta ese momento lo afectaba.

   C. Período de control masivo del Ente: esta fase se inicia cuando el asignatario adquiere el derecho de disponer libremente de su parcela, es un control masivo que la ley concede al Instituto, con la expectativa de readquirir la explotación ante actos del asignatario que atentan contra los fines de la reforma fundiaria. Esto tiene su base en principios del derecho agrario tendientes a evitar con la venta incontrolada el fraccionamiento de las unidades productivas e impedir formas de acaparamiento especulativo de tierras.

      Las partes en el CAIT son:

      a) El ente asignante quien necesariamente debe ser una persona de derecho público.

      b) El particular asignatario: éste necesariamente debe ser sujeto privado; debe cumplir con una serie de aptitudes cuya demostración resulta muy importante para los efectos de la sucesión mortis causa.

También la ley de tierras y colonización, artículo 63, establece un orden de preferencia para definir al heredero más calificado.

Por medio de este contrato se intenta conservar la continuidad de la actividad agraria,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

debido a esto es que durante los primeros 15 años del contrato, el asignatario no puede disponer de su parcela sin autorización del Instituto asignante. Tampoco puede hacerlo con efectos *mortis causa,* si su voluntad lleva al fraccionamiento del fundo y además se obliga a un procedimiento especial para seleccionar el sustituto con el fin de garantizarse que la producción continúe bajo los mismos lineamientos del causante. Sin embargo, debido a la insuficiencia de directrices de evaluación por parte del Estado y la insuficiencia normativa, a pesar de haberse creado una jurisdicción agraria, la sucesión prevista en esta ley puede alcanzar los fines antes citados, pues en la implementación de este procedimiento los principios utilizados por nuestros jueces han sido puramente civiles.

**SECCIÓN II: Principios que se aplican a la sucesión mortis causa.**

Diversos y hasta contradictorios entre sí pueden resultar los principios que se aplican en la sucesión mortis causa, según se rija ésta por el derecho civil o el agrario.

Así, según el artículo 595 del Código Civil el testador puede disponer libremente de sus bienes con tal de que deje asegurados los alimentos de su(s) hijo(s) hasta la mayoridad si es(son) menor(es) y por toda la vida si es inválido, así mientras los necesiten. Principios como el de la igualdad de los herederos, universalidad de la herencia y libre disponibilidad de los bienes, son propios de la doctrina civil, tendientes a tutelar la propiedad privada como derecho exclusivo y absoluto; un derecho estático que protege la nueva titularidad de los bienes. Por el contrario, la aplicación de estos principios conllevaría a la subdivisión de la propiedad agraria, provocando su disolución o la concentración excesiva de la misma.

Dichos principios son totalmente contrarios con los propios en el derecho agrario donde se conceptúa la propiedad como un derecho de actividad donde se desarrolla y conserva la empresa agraria aún después de la muerte del empresario, pretendiéndose eso con la selección del "heredero idóneo" que tenga la capacidad técnica necesaria para realizar la actividad agraria y así mantener la empresa.

Así el código civil y la Ley de Tierras y Colonización regulan en forma muy diferente la " sucesión mortis causa", con criterios totalmente distintos: uno " liberal ", basado en la igualdad de la herencia, la libre disponibilidad y universalidad de los bienes del causante, otra, con principios del derecho agrario como la búsqueda de mantenimiento de la integridad de la parcela y de la empresa, la selección del empresario idóneo y el evitar la disolución de la empresa o la concentración excesiva de la propiedad con la finalidad de cumplir con el principio de la función económico social de los bienes productivos agrarios.

## CAPÍTULO II

## LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA EN EL DERECHO AGRARIO COSTARRICENSE

Anteriormente las disposiciones previstas en la Ley de Tierras y Colonización en materia sucesoria resultaron inaplicables ya que no existía un procedimiento judicial especial en el que se las aplicara. Luego de la promulgación de la Ley de la Organización y de la Competencia de los Tribunales Agrarios, se crea una instancia para su aplicación conforme al art. 2 inc. c) de dicha ley en el que se atribuye a los tribunales agrarios la competencia para

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

conocer los procesos sucesorios previstos en los arts. 69 y 67 de la Ley de Tierras y Colonización.

## SECCIÓN I: Ley de Tierras y Colonización.

En nuestra legislación la sucesión agraria mortis causa encuentra su origen básicamente en el art. 69 de la LTC que dice:

> "Art. 69: Con el objeto de garantizar la integridad de la parcela, en caso de fallecimiento del parcelero, o colono antes de haberse producido las condiciones que señala el artículo 67, el Instituto, después de aprobarlo, autorizará el traspaso del contrato de adjudicación, dentro del siguiente orden de precedencia:
>
> a) El heredero designado por el causante, que reúna las condiciones exigidas por esta ley y sus reglamentos;
>
> b) A los herederos que reuniendo las mismas condiciones, se comprometan a continuar en conjunto la explotación de la parcela, como unidad económica y familiar, y
>
> c) Al heredero que designen los demás coherederos por convenio privado, y en caso de no haberlo, al que el Instituto estime idóneo para la adjudicación.
>
> Si no hubiere heredero capaz en los términos de esta ley y sus reglamentos, o si el presunto adjudicatario no pudiere garantizar el pago del haber sucesorio que por razón de la parcela pudiere corresponder a los otros herederos, el Instituto podrá adjudicarse judicialmente la parcela, depositando a la orden de la sucesión el valor del inmueble dado por el perito de la mortual, con deducción de las deudas que el causante tuviera con el instituto".

De una simple lectura de este artículo, en relación con el 67 ídem. Se deduce que debido a lo complejo de sus regulaciones los tribunales agrarios se han limitado a fallar o proseguir estos procesos conforme a los principios de la sucesión civil contemplados en la doctrina civil.

Con la muerte del Asignatario entra a regir la normativa tanto para éste como para los en propiedad (titulación), arrendamiento a precio fijo (con opción de compra o no); aparcerista y usufructuario .

La muerte del asignatario se debe dar antes de los 15 años siguientes a la adjudicación, o sea en el período en que aún la parcela se haya sujeta a un límite de la indisponibilidad del fundo así como también deben existir obligaciones económicas o financieras con el instituto considerándose que la existencia de estas deudas es el elemento más importante que determinan la aplicación de este régimen. Estas deudas incluyen tanto las que correspondan al pago de la parcela (que puede darse incluso antes de los 15 años de su asignación) como a cualquier tipo de deuda, por ejemplo: financiamientos otorgados u otros.

### A) Tipos de sucesión agraria conforme a la Ley de Tierras y Colonización.

Según la doctrina nacional se puede distinguir tres formas alternativas de sucesión agraria conforme a la LTC.

#### 1. Por disposición del causante.

Esta es la primera alternativa prevista en el art. 69 de la Ley de Tierras y Colonización.

> "a) Al heredero designado por el causante, que reúna las condiciones exigidas por la ley" para ser beneficiario.

Este testamento debe ajustarse a las disposiciones que regulan el instituto en el derecho civil, lográndose que la designación la haga el ente asignatario de entre una lista de posibles herederos hecha por el causante. Sin embargo, hoy en lo referente a este tipo de sucesión, se aplican las normas civiles no sólo en cuanto al otorgamiento del testamento, sino también respecto a la declaratoria de herederos y la distribución de los bienes. Hay que apuntar que debido al tipo de propiedades que son objeto de este contrato —de interés social— las personas beneficiarias de ellos, debido a sus pocos recursos económicos nunca recurren al notario para hacer uso del instrumento del testamento, siendo lo inusual la sucesión ab intestato.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

**2. Sucesión intestada por designación.**

Esta se da en defecto de la sucesión voluntaria, recayendo sobre el heredero que los demás designen o bien que el IDA designe en caso de contención.

Como defecto de esta disposición de la Ley de Tierras y Colonización al no señalar el orden legal en que debían concurrir los herederos los jueces —aún con mentalidad muy civilista— designan como heredero el cónyuge supérstite debido a la convivencia que los llevó a colaborar con el o la causante.

**3. Sucesión necesaria con reversión.**

Cuando no existe designación eficaz ni heredero idóneo por la vía intestada se da la sucesión necesaria por reversión. Conforme a lo que dispone el art. 69 el IDA debe depositar en el juicio sucesorio y a la orden del juez correspondiente el valor que el perito haya dado y haya sido aprobado judicialmente teniendo la posibilidad de sobrogarse en lo que le adeudaba el causante; sucesión agraria que por lo demás aún no se ha presentado en Costa Rica, debido quizá a que nuestros tribunales siguen un criterio civilista en los procesos sucesorios aunque éstos se procesen en sede agraria.

La única participación del instituto en estos procedimientos es una notificación realizada por los juzgados que tramita un proceso sucesorio en el que el haber sucesorio está compuesto por una parcela adjudicada conforme a la LTC, a lo que el instituto algunas veces se limita a responder un acuse del traslado.

**SECCIÓN II: Cuestiones procesales de la sucesión mortis causa agraria.**

***A) Competencia de los tribunales.***

Según el artículo 2 inc. c) de la Ley de la Organización y de la Competencia de los Tribunales Agrarios, la competencia en este tipo de proceso sucesorio se le atribuye expresamente a los tribunales agrarios así:

Corresponde a los tribunales agrarios conocer:

> "c) De las participaciones hereditarias, de la localización de derechos proinductos y de las divisiones materiales, cuando se refieran a los bienes adjudicados por el Instituto correspondiente o sean derivados de éstas".

Con esta norma se vino a llenar el vacío existente desde la promulgación de la Ley de Tierras y Colonización Nº 2825 del 14 de octubre de 1961 en la que se creó la sucesión agraria en Costa Rica pero que hasta 1982 (año en que se promulgó la ley No. 6734) no tenía una vía procesal específica para implementarla.

Esta ley Nº 6734, únicamente determina la competencia en razón de la materia de los tribunales agrarios, la forma de resolver los conflictos de competencia entre los jueces agrarios o entre éstos y los tribunales de otras jurisdicciones estableciendo a la vez una regla para determinar la competencia territorial en su artículo 16. En lo demás resultan aplicables en forma supletoria las normas del código procesal civil.

En materia agraria la competencia territorial la tendrá el juez del lugar donde esté localizado el inmueble. En cuanto a los conflictos de competencia, éstos se resolverán según esta ley, de la siguiente forma:

**1. Conflicto entre jueces agrarios.**

En cualquier momento que el funcionario se considere incompetente se declara inhibido por medio de resolución razonada que remitirá junto con el expediente al Tribunal Superior Agrario que tiene 48 horas para resolverlo. Si el Tribunal Superior confirma la declaratoria de incompetencia, debe remitir el expediente al tribunal que corresponda, de lo contrario, devolverá el mismo al juzgado de origen para que continúe en conocimiento del negocio.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

**2. Conflicto entre jueces agrarios y tribunales de otra jurisdicción.**

Si surgiera un conflicto por considerarse que la vía correcta para resolver el asunto no es la agraria, resolverá el Tribunal Superior Agrario, pero si dentro de los tres días siguientes a esta resolución alguna de las partes se manifestara inconforme con lo resuelto, se consultará la resolución a la Sala de casación (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia) que resolverá en definitiva el conflicto. Debe también consultarse a la Sala cuando el Tribunal Superior resuelva que el conocimiento del asunto corresponde a un funcionario de otra jurisdicción, habiendo manifestado este último su disconformidad dentro de los tres días siguientes al recibo del expediente. Ver resolución del Tribunal Superior Agrario en votos números 2756 de las 10.45 horas del 30 de abril y 358 de las 8.29 horas del 7 de junio, ambos de 1991.

***B) Procedimiento aplicable.***

La ley Nº 6734 determina expresamente la competencia de los tribunales agrarios en aquellos procesos sucesorios cuyo objeto recaiga sobre una parcela otorgada por el IDA, según la LTC, con el inconveniente de que no prevé un procedimiento especial en la tramitación de este tipo de juicio prescribiendo en su artículo 79 que en los casos en que un juez agrario deba conocer de algún negocio que ordinariamente es de competencia de los tribunales comunes y no ha sido regulado expresamente en ella, se tramitará por el procedimiento que para cada caso establece el código respectivo.

Así, las sucesiones agrarias se tramitan conforme en las disposiciones contenidas en el código civil y procesal civil.

El procedimiento previsto en los artículos 69 y 67 de la LTC en realidad nunca han sido aplicados por los tribunales agrarios pues éstos aplican los procedimientos y principios del derecho civil.

Otro argumento en contra de la puesta en práctica de este procedimiento es su elevado grado de complejidad y sus muchos requisitos que debe cumplir el heredero adjudicatario llevarían siempre a una sucesión necesaria con reversión al ente con el peligro social que éste representa al darse el caso de que toda una familia no calificara se quedaría sin el único medio de subsistencia.

***C) Sucesión mortis causa agraria en sede administrativa.***

Según el art. 69 de la LTC es posible que el IDA —de acuerdo a una interpretación amplia de la norma— en sede administrativa pueda adjudicar un bien de esta naturaleza obviando el trámite formal judicial o por reversión sino más bien acudiendo a las soluciones prácticas que ese articulado da como una opción posible.

## CONCLUSIÓN

— Los tribunales agrarios aplican a la sucesión mortis causa en sede agraria el derecho civil y sus principios.

— Los principios del derecho agrario no se aplican quizá por la formación totalmente civilista que reciben los profesionales del derecho y que luego se refleja en los distintos perfiles que puede asumir el abogado, como el juez, abogado de los tribunales, funcionario administrativo, etc.

La posibilidad que se cumpla con la función social de la propiedad disminuye, pues los principios de la doctrina civil son totalmente opuestos a los fines del derecho agrario.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Se suma a lo anterior la escasa participación del IDA en los procesos, achacable muchas veces al sobrecargo de trabajo que sufren sus funcionarios, y a una organización administrativa deficiente en este sentido que no contribuye a la protección del interés estatal ni social.

Sería ideal que se modificara la legislación agraria para que se tutele la sucesión mortis causa en sede agraria en forma realmente efectiva evitándose los muchos requisitos para ser considerado heredero idóneo protegiéndose el interés y la función social de la propiedad.

## BIBLIOGRAFÍA


Zeledón Zeledón, Ricardo. *Derecho Procesal Agrario*. 1 ed. San José, Costa Rica, ILANUD: Escuela Judicial, 1990, p. 261.

Costa Rica, *Ley de la Organización y de la Competencia de lòs Tribunales Agrarios,* 1 ed., San José, Editorial Dapiro, 1983, p. 38.

Costa Rica, *Ley de Tierras y Colonización, Ley Nº 2825 del 14 de octubre de 1963,* 5 ed., San José, Editorial Porvenir, 1990.

Zeledón Zeledón, Ricardo. *Estado y Evolución de la Jurisdicción Agraria en América Latina,* Rev. Desarrollo Rural en las Américas, 1977 Nº 3.

Núñez Torres, Víctor Hugo. *La sucesión mortis causa en el contrato de asignación individual de tierras, en el Der. Agrario Costarricense,* Tesis de Graduación para optar por el título de licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, UCR, 1981, p. 114.


* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

# TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

***"Fiat Justitia ne perea mundus"*** ***Hegel 1821***

**LICDA. MARTA E. ODIO BENITO ***

## SUMARIO

**PREÁMBULO.** ..... 84

**INTRODUCCIÓN.** ..... 85

1. Breve proceso que dio origen al tribunal ..... 85
2. Otros tribunales en la historia de la organización de las Naciones Unidas: Nuremberg y Tokio ..... 85

**PARTE I. LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL.** ..... 87

1. Marco contextual. ..... 87
2. Resoluciones del Consejo de Seguridad. ..... 88

**PARTE II.** ..... 90

**A. BASES JURÍDICAS FUNDAMENTO DEL TRIBUNAL.** ..... 90

1. Génesis del tribunal: Mecanismo de creación. ..... 90

**B. OBJETIVOS DEL TRIBUNAL.** ..... 93

**C. CONCLUSIONES.** ..... 94

**ANEXO.** ..... 94

**BIBLIOGRAFÍA.** ..... 95

* *Licenciada en Trabajo Social. Especialista en Derecho Internacional.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

# PREÁMBULO

*En el marco de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad[1], al amparo de la resolución 808 del 22 de febrero de 1993, dispuso la creación del TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA JUZGAR A LOS PRESUNTOS RESPONSABLES DE VIOLACIONES GRAVES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO COMETIDOS SOBRE EL TERRITORIO DE LA ANTIGUA YUGOSLAVIA DESDE 1991.[2]*

La constitución del tribunal ha sido calificada como un acontecimiento de trascendental relevancia en el ámbito internacional, por sus repercusiones jurídico-políticas que han levantado voces de aprobación y de crítica en torno a la oportunidad, necesidad, mecanismo de creación y efectividad de esta jurisdicción penal internacional "ad hoc".

Por su naturaleza, se afirma que el tribunal es el primero en su género creado por la organización de las Naciones Unidas para dar una respuesta judicial a las exigencias de un caso particular: la ex Yugoslavia, en cuyo territorio se han perpetrado crímenes contra la humanidad que han conmocionado la conciencia del conglomerado humano y que atentan contra la paz y la seguridad internacionales.

Dada su reciente creación, son escasas las fuentes de información que se disponen en Costa Rica para conocer de este hecho que, sin duda alguna, dejará su huella en la historia de la organización de las naciones, en su esfuerzo por armonizar o restaurar la convivencia pacífica entre los pueblos.

Sin pretender abordar exhaustivamente todos los caracteres inherentes a su naturaleza jurídica, dado los límites que impone un artículo, nos limitaremos a hacer referencia a algunos hechos que condujeron a la creación del tribunal, a precisar cuál es su fundamento y señalar los fines que persigue.

Para lograr estos propósitos, dos tipos de fuentes fueron consultados a saber:

— Primarias: Entrevista a un miembro del tribunal.[3]

— Secundarias: Fuentes bibliográficas y documentales: textos legales y resolutivos.

---

1 Órgano de las Naciones Unidas, estatutariamente creado en la Carta constitutiva de esta organización internacional, firmada el 26 de junio de 1945, en San Francisco, en vigor desde el 24 de octubre del mismo año. En el artículo 7 se dispuso la creación de este Consejo, al cual se le confía "la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales", y se le concede facultades suficentes para representar a los miembros de las Naciones Unidas en el desempeño de las funciones para el cumplimiento de dicha responsabilidad, definidas en los Capítulos VI, VII, VIII y XII (artículo 24, párrafos 1 y 2 del Estatuto).
El Consejo de Seguridad está compuesto por 15 miembros de las Naciones Unidas, 5 permanentes y 10 elegidos por períodos de dos años (Artículo 23, párrafos 1 y 2).

2 En adelante denominado "el Tribunal".

3 *Entrevista con la Licda. Elizabeth Odio Benito*, Vicepresidenta del Tribunal, 27 de diciembre de 1994.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

# INTRODUCCIÓN

## 1. Breve proceso que dio origen al Tribunal.

Por la complejidad de la Organización de las Naciones Unidas, en razón de su composición, estructura organizativa, sistemas normativos sustantivos y procesales y a la diversidad y contraposición de intereses geopolíticos, económicos y de otras índoles, la adopción de resoluciones de los órganos y Estados que la componen, en torno a los asuntos que tratan en sus agendas, es el futuro de intensos y largos procesos de negociación entre los sujetos parte.

No ha dejado, por ello, de sorprender la celeridad con la que el Consejo de Seguridad aprobó en su sesión 3175 del 22 de febrero de 1993 la resolución 808 (1993), con la cual decidió crear un "Tribunal para juzgar a las personas que se presumen responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario, cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991".

La forma rápida en que se adoptó esa resolución, parece evidenciar la urgencia que a los ojos de este órgano y de sus miembros, significó el procurar una respuesta judicial ante la gravedad de los hechos violatorios del derecho internacional humanitario, con una triple función:

— Preventiva (la perspectiva de ser juzgados podría disuadir a ciertos responsables o ejecutores de estos crímenes a continuar perpetrándolos; una sola vida salvada, el ultraje de una mujer, de un hombre o de un niño, evitado, por sí solos, justifican la existencia del tribunal).

— Represiva, razón de primer orden, ya que si no es posible resucitar a los muertos o borrar los sufrimientos al menos, y sin ánimo de venganza, hacer justicia, es la mínima consideración que merecen las víctimas.

— Simbólica, como un testimonio de la voluntad de la comunidad internacional para hacer respetar a aquellos que se burlan de las normas del derecho internacional[4].

## 2. Otros tribunales en la historia de la Organización de las Naciones Unidas: Nuremberg y Tokio.

Al señalarse en líneas anteriores que el tribunal es una instancia judicial singular en el seno de la Organización, obliga a hacer mención a la existencia de otras dos experiencias precedentes: los tribunales internacionales de Nuremberg y de Tokio. No obstante, estos últimos tribunales no pueden asimilarse al actual tribunal en virtud de las diferencias esenciales que los distinguen.

Los tribunales de Nuremberg y de Tokio, fueron de corte militar, creados en otras cincunstancias históricas, fundamentados en principios de orden moral y de derecho de naturaleza diferente.

Sin ánimo de establecer una comparación muy acabada vale citar algunos caracteres que

---

4 PELLET Alain, *Le Tribunal Criminel International pour l'ex Yugoslavie*. Editions A. Pedone, Paris, 1994, p. 58.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ilustran las diferencias. En primer término se menciona lo relativo al carácter internacional del tribunal; en contraposición a los tribunales de Nuremberg y Tokio se les atribuye un sentido multinacional y no tribunales internacionales en sentido estricto[5]. Esta afirmación descansa en el hecho de estar representados sólo por una parte de la comunidad mundial: los vencedores del conflicto bélico; rasgo reconocido por el mismo tribunal de Nuremberg[6].

En el caso del Tribunal, apreciamos entonces que no se trata de aplicar unilateralmente el derecho de los vencedores a los vencidos —por justificado que sea—, sino más bien, el tribunal persigue sancionar a todos los culpables en representación de la comunidad internacional en su conjunto, sin distingos de ninguna índole.

Una segunda diferencia radica en la composición de los tribunales. El Tribunal de Tokio por ejemplo, fue integrado por 11 jueces designados por el General Douglas McArthur, Comandante Supremo de las fuerzas aliadas elegidos entre los país que sufrieron los embates militares del Japón (nueve de ellos, de los países signatarios del instrumento de capitulación del Japón, más un juez originario de la India y otro de Filipinas), Por el contrario, el Tribunal no es un órgano de un grupo de estados, es una instancia del conjunto de la comunidad internacional.

En consencuencia con este principio, los 11 jueces que integran el Tribunal fueron elegidos por la Asamblea General, entre una lista de candidatos presentados por los Estados miembros y los Estados no miembros y los Estados no miembros, representados por una misión permanente ante la Organización de las Naciones Unidas, con rango de observador.

El Secretario General invitó a los Estados a que enviaran los nombres de sus candidatos y el Consejo de Seguridad presentó la nómina de 23 candidatos a la Asamblea General, tomando en cuenta que en ésta, estuvieran representados los principales sistemas jurídicos del mundo y que sus candidatos reunieran los requisitos de: integridad normal, idoneidad profesional, imparcialidad e independencia, condiciones esenciales para el ejercicio de las altas funciones judiciales inherentes al Tribunal[7].

Entre los 11 jueces elegidos, se encuentran juristas del derecho latino y del "common law", tres asiáticos, un norteamericano, una latinoamericana, tres africanos, dos europeos y un australiano.

Un tercer rasgo que marca la diferencia entre los dos tipos de tribunales, se refiere a la competencia. Nuremberg y Tokio estaban habilitados para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos durante el conflicto armado internacional; el tribunal es competente no sólo para juzgar a los presuntos responsables de los crímenes cometidos entre los Estados sino también a los que han sido consecuencia del conflicto interno.

---

5 B.V.A. Rooling, *The law of War and the National Juridisction since 1945* (le droit de la guerre et la compétence nationales depuis 1945). La Haye, Académie de droit international. *Recuil des cours*, 1960, 11, p. 356. (Leyden A. W. Sijthoff, 1961).

6 *Proces des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945 - 1er octobre 1946.*(Nuremberg, 1947), Vol. 1, p. 230.

7 En el Anexo se presenta la composición del Tribunal.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

# PARTE I
# LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL

## 1. Marco contextual.

Aun a pesar de la imposibilidad de exponer sucintamente el origen de este ancestral conflicto entre los diversos grupos étnicos y religiosos, que conforman la población de la hoy ex República Federal Yugoslava, no podemos dejar de mencionar algunos de los hechos más relevantes generadores del actual conflicto que se remonta a 1991. Estos se expondrán a continuación de acuerdo con su cronología.

- El 21 de junio de 1991, Croacia y Slovenia proclaman su independencia de la Federación de la República Federal Yugoslava; es el inicio del proceso de disolución de la República Federal.
- Ese mismo día, entran en combate las fuerzas federadas contra los croatas y slovenos.
- El 7 de julio de 1991, en el marco de los acuerdos de Brioni, se inician las negociaciones de las partes en conflicto sin llegar a soluciones pacíficas. La independencia de Croacia y Slovenia es confirmada el 8 de octubre.
- El 1º de marzo de 1992, los ciudadanos de Bosnia-Herzegovine, por medio de un referéndum, se pronuncian a favor de la independencia, lo que provoca mortales enfrentamientos entre las fuerzas militares serbias, musulmanas y croatas.
- El 6 de abril de 1992, el Parlamento del pueblo serbio proclama la independencia de la República serbia de Bosnia-Herzegovine;
- El 27 de abril de 1992 el Parlamento de Belgrado, dándole curso al proceso de disolución de la RFSY, adopta la nueva constitución de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro).

Los cruentos combates y el horror de actos inhumanos violatorios del derecho internacional humanitario y acuerdos internacionales, comenzaron a recorrer el mundo en imágenes e informes.

La prensa internacional jugó un papel determinante, así, por ejemplo en agosto de 1992, la prensa norteamericana reveló la gravedad de los hechos, confirmados por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y el Alto Comisionado para los Refugiados (HCR). Comienza a formarse una opinión pública mundial que repudia los graves actos y reclama la intervención de la comunidad internacional.

Los informes continúan proliferando. Ante este estado de cosas la Comisión de Derechos Humanos inicia sus pesquisas y rinde un informe sobre las atrocidades que están ocurriendo en el territorio de la agonizante Yugoslavia, en particular en Bosnia-Herzegovine:

- Ejecuciones sumarias y arbitrales,
- Desapariciones forzadas,
- Torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes,
- Detenciones arbitrarias,
- Toma de rehenes,
- Ataques deliberados contra las poblaciones civiles, los hospitales, las ambulancias,
- Devastaciones de bienes de particulares y bienes patrimonio de la humanidad,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

— Violaciones graves de los derechos humanos en los lugares de detención.

— Expulsiones y transferencias o desplazamientos masivos y forzados de personas de sus hogares, en violación flagrante de los derechos humanos, tendientes a desunir los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos.

— Violación sistemática y prostitución de miles de mujeres, como forma de "depuración étnica y de terror", etc.

En el verano de 1992, la existencia de estos actos ya no daba lugar a duda alguna; las informaciones sobre los hechos exactos, los lugares donde se cometían, las circunstancias, los nombre de sus autores y de las víctimas los evidenciaron. Ello provocó la toma de conciencia del conglomerado de las naciones y de numerosas instancias internacionales que comenzaron a pronunciarse.

Así, por ejemplo, la Conferencia de Londres, celebrada el 28 de agosto de 1992, en su acta final, adoptó decisiones específicas e invitó a los gobiernos y organizaciones internacionales a levantar un registro de violaciones comprobadas del derecho internacional humanitario y a colaborar con el Secretario General de las Naciones Unidas, en recopilación de esas informaciones[8].

Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos en sesión extraordinaria, dispuso nombrar un relator especial, con el mandato expreso de "reunir informaciones de primera mano sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la ex Yugoslavia, en particular en Bosnia - Herzegovine; de recoger informaciones de los gobiernos, de particulares, de organizaciones intergubernamentales y de organizaciones no gubernamentales, pertinentes y fidedignas, utilizando para ello los mecanismos existentes en la Comisión de Derechos Humanos". Así también, de "recoger y sistematizar aquellas informaciones que pudieran constituir crímenes de guerra y ponerlas a la disposición del Secretario General, para que eventualmente pudieran servir para procesar a las personas que violaran el Derecho Internacional Humanitario".[9]

El nombramiento del relator especial recayó en el Sr. Tadeusz Mazowwiechki, ex Primer Ministro de Polonia, quien ha rendido numerosos reportes, dando informaciones precisas sobre las violaciones comprobadas "in sito".

## 2. Resoluciones del Consejo de Seguridad

Una serie de resoluciones del Consejo de Seguridad fue emitida por este órgano, antes de la adopción de la 808 (1993), en la que dispuso instaurar el Tribunal.

A efecto de conocer la lógica del proceso, hemos creído oportuno hacer referencia, en forma resumida, al contenido de algunas de estas resoluciones:

— Resolución 713 (1991). El 25 de setiembre de 1991, el Consejo de Seguridad, que en un principio había dejado actuar a los europeos, adopta su primera resolución al amparo del Capítulo VII de la Carta, al constatar "que la prolongación de la situación en los territorios de la ex Yugoslavia, creaba una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales". Resuelve entonces decretar un embargo sobre el suministro de armamentos y equipos militares.

— Resolución 724 (1991). Como los combates no cesaban, el 15 de diciembre de 1991, el Consejo dispuso

8 Documento final LC/C7, 27 de agosto de 1992.

9 Resolución 1992/S-2, precedida por la resolución 1992/S-1/1, adoptada en la sesión extraordinaria del 14 de agosto de 1992; v. las resoluciones 1992/S-2 del 1 de diciembre de 1992 y 1993/7 del 23 de febrero de 1993.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"enviar un pequeño grupo a la región, incluyendo personal militar". Es esta la primera manifestación de la fuerza de protección de las Naciones Unidas.

— Resolución 752 (1992). El Consejo hace un llamado a las partes en conflicto y a otras interesadas, para poner término a las expulsiones forzadas de las personas de su lugar de residencia, así como a toda otra tentativa de cambiar la composición étnica de la población.

— Resolución 757 (1992). El Consejo de Seguridad en esta resolución del 30 de mayo, condena expresamente a "las autoridades de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) y adopta rigurosas sanciones en su contra".

Reitera, además, lo dispuesto en la resolución 752.

— Resolución 764 (1992), adoptada el 13 de julio de 1992. El Consejo hizo un llamado a las partes para someterse a las obligaciones derivadas del Derecho Internacional, —particularmente de las convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949— y cualificó expresamente la responsabilidad individual de las personas que cometan u ordenen cometer a otros graves violaciones a estas convenciones (decisión de especial relevancia).

— Resolución 771 (1992) del 13 de agosto de 1992. El Consejo pide a los Estados y las organizaciones humanitarias internacionales transmitirle las informaciones que tengan a su disposición.

— Resolución 780 (1992) del 6 de octubre. El Consejo resuelve establecer un mecanismo de encuesta; le encarga al secretario general constituir urgentemente una comisión imparcial de expertos para examinar y analizar la información solicitada en la resolución 771 (1992), así como cualquier otra información que esta comisión pudiere obtener por sus propias encuestas, o gracias a los esfuerzos de otras personas u órganos, en el marco de la resolución 771, en vista de aportar al secretario general sus conclusiones en torno a las violaciones al derecho internacional humanitario y violaciones graves a los convenios de Ginebra, probados y perpetrados en el territorio de la ex Yugoslavia.

El 14 de octubre de 1992, el secretario general, de conformidad con el párrafo 3 de la resolución 780, presentó al Consejo un informe (S/24657): la creación de la dicha comisión; el 26 de octubre designó al presidente y a los otros cuatro miembros que la integraron.

En Carta del 9 de febrero de 1993, el secretario general transmitió al Consejo de Seguridad un informe de la comisión de expertos (S/25274). En éste, los expertos constatan la existencia de las violaciones al derecho internacional humanitario y graves violaciones a los convenios de Ginebra entre ellos: homicidios voluntarios, "limpieza étnica", asesinatos masivos, tortura, violaciones a mujeres, actos de pillaje y destrucción de bienes civiles, destrucción de bienes culturales patrimonio de la humanidad y detenciones arbitrarias.

En su informe, la comisión manifestó que en caso de que el Consejo de Seguridad u otras instancias internacionales dispusieran crear un tribunal especial para juzgar a los presuntos responsables de tales actos, tal iniciativa sería conforme a la orientación de sus trabajos.

Tal es el contexto en el cual el Consejo de Seguridad ha examinado y adoptado la resolución 808 (1993), una vez constatado la existencia de los hechos, reafirmando que tal estado de cosas constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Se declaró resuelto a ponerle fin a tales crímenes y a tomar las medidas eficaces para juzgar a las personas responsables.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El contenido de las resoluciones citadas constituyen el sustrato que fundamenta la resolución 808 (1993) en la parte preambular, el Consejo reafirmó la resolución 713 (1991), así como las que le sucedieron; hace particular mención a las resoluciones 764 (1992), 771 (1992) y 780 (1992).

El Consejo se declaró, una vez más, alarmado sobre los actos generalizados y violatorios del derecho internacional humanitario, cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, en especial los asesinatos masivos y la práctica de la "limpieza étnica". Reafirmó que esta situación constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, en consecuencia, en el párrafo primero resolutivo, dispone la "*creación del Tribunal*", como medida judicial para procesar a los presuntos responsables.

En la resolución 820 (1993), del 17 de abril de 1993 el Consejo reitera su condena a los autores de los actos criminales, insistiendo en la práctica de "depuración étnica" y en las violaciones organizadas y sistemáticas de mujeres. Insiste en la individualización de la responsabilidad de los autores o de aquéllos que ordenaren los crímenes.

La resolución 827 (1993), adoptada el 25 de mayo de 1993, define el tercer objetivo que se pretende con la creación del Tribunal, "contribuir (...) a la restauración y al mantenimiento de la paz", en tanto medida adoptada en virtud del Capítulo VII de la Carta, frente a una "amenaza a la paz y a la seguridad internacionales". Esta resolución del Consejo hace énfasis en que el Tribunal ha sido concebido como uno de los medios para favorecer gradualmente el cese de hostilidades armadas y el retorno a la normalidad.

En la resolución 828 (1993), el Consejo, en su sesión Nº 3217, del 25 de mayo de 1993, adopta el Estatuto del Tribunal.

En esta resolución, el Consejo demanda al Tribunal la redacción del reglamento de procedimiento y de prueba, para normar la fase preliminar a la audiencia, la receptibilidad de la prueba, la protección de las víctimas de los testigos, derechos del acusado, indemnizaciones, recursos y otras normas del proceso.

# PARTE II
# A. BASES JURÍDICAS FUNDAMENTO DEL TRIBUNAL

**1. Génesis del tribunal: mecanismo de creación.**

Si bien la resolución 808 (1993) dispone crear el Tribunal, es omisa en cuanto al mecanismo de constitución y su fundamento jurídico.

En torno a la autoridad para crear el Tribunal surgieron tesis contrapuestas, a saber: la más ortodoxa fue la sostenida por la Conferencia sobre la seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE), cuyos portavoces consideraron que el tribunal debía ser creado por la vía convencional. Método que a su juicio ofrece mayores garantías, en tanto son los Estados parte quienes acuerdan su constitución y aprueban el estatuto.

Una vez redactado el instrumento por un órgano internacional (v.g. la asamblea general o una Conferencia convocada para tal efecto), al aprobarse, pasa a la firma y ratificación por parte de los Estados miembros.

La garantía del procedimiento descrito radica en el apoyo internacional del instrumento, producto de la negociación de las partes quienes, en el ejercicio pleno de su soberanía, deciden formar parte o no del tratado.

No deja de ser éste un argumento de peso, por cuanto la creación de un tribunal por esta vía, lo dotaría de un carácter más universal y, por ende, más sólido, lo que le pemitiría una mejor inserción en el seno de las Naciones

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Unidas. Sin embargo, este método convencional presenta el serio inconveniente del tiempo para su adopción. Por otra parte, tampoco representa una garantía total para hacer eficaz el instrumento, porque podría no obtener el número de ratificaciones necesarias para ello.

Parece que este era el sentir del grupo de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) quien, en su primer informe, afirmó:

> "... Una corte penal internacional debe de estar dotada de un estatuto que le sea propio, bajo la forma de un tratado. Ningún otro método le daría a la corte la garantía de un apoyo internacional suficiente para funcionar adecuadamente"[10].

En otra dirección, el Comité de Juristas franceses fue favorable a la instauración de un tribunal ad hoc, por la vía de la resolución, en el marco de las Naciones Unidas, cuya Carta, en su Capítulo VII, le atribuye competencia al Consejo de Seguridad para adoptar medidas tendientes al restablecimiento de la paz y la seguridad internacionales, previa determinación de la "existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión" (art. 39).

El artículo 41 del mismo texto, autoriza expresamente al Consejo de Seguridad a:

> "Decidir que medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones..."

Interesa además hacer referencia al artícuo 29, contenido en el Capítulo V de la Carta, que a la letra dice:

> "El Consejo de Seguridad podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones."

Como puede colegirse de las normas citadas, —entre otras de la Carta—, el Consejo de Seguridad es un órgano de las Naciones Unidas con facultades suficientes para adoptar medidas que, como el establecimiento de un tribunal penal internacional, contribuyan a la efectividad de sus decisiones, dentro de los límites de sus atribuciones.

El Secretario General en su informe S/25704, Add. 1, 1993, de conformidad con el párrafo 2 dispositivo de la resolución 808 (1993), expresó la incompatibilidad entre la "urgencia" declarada por el Consejo y la participación de la Asamblea General en la redacción o examen del estatuto del Tribunal por las razones aducidas supra en cuanto al procedimiento de adopción[11]. Agrega, en el citado informe, que, en su criterio, existen otras formas de hacer valer la autoridad y el prestigio de la Asamblea General, mencionando concretamente la elección de los jueces y la aprobación del presupuesto, lo que le otorga poder de control sobre el funcionamiento del Tribunal.

El informe de los copresidentes del Comité Director de la Conferencia Internacional sobre la ex Yugoslavia Internacional sobre la ex Yugoslavia (S/25221), se pronuncia en favor de la creación del tribunal. La Comisión de Juristas italianos, constituida por el Gobierno de Italia para examinar la cuestión que nos ocupa, también fue favorable a este procedimiento.

Se desprende de estas últimas opiniones una cierta coincidencia en la creación del tribunal por el método no convencional porque, además de la ventaja de procedimiento rápido, en comparación con el tradicional, tampoco está exento de efectividad, en tanto los Estados, en virtud del Capítulo VII de la Carta, están compelidos de ejecutar la decisión del

---

10 Informe de la C.D.I., A/47/10, ANEXO, part. 437, p. 161.

11 SECRETARIO GENERAL, Informe según disposición del párrafo 2 de la resolución 808 (1993). *Estatuto, Reglamento de Procedimiento y de Prueba, Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario, cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991.* Holanda, 1994, p. 198.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Consejo en forma coercitiva. La decisión tiene también su fundamento en derecho, tanto por el objeto como por su propósito.

Como se indicó, el Consejo de Seguridad constató que la situación de violaciones generalizadas del derecho internacional humanitario en los territorios de la ex Yugoslavia, constituían una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales. En virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas exigió a todas las partes del conflicto y las otras interesadas, así como a todas las fuerzas militares en Bosnia - Herzegovine, someterse a las disposiciones de la resolución 771 (1992), de lo contrario el Consejo anunció que tomaría otras disposiciones de conformidad con la Carta.

Asimismo, el consejo reafirmó la obligación de las partes de respetar el derecho internacional humanitario y, en particular, las Convenciones de Ginebra; señaló que las personas que violen esas convenciones son individualmente responsables de tales violaciones.

En su resolución 808 (1993), el Consejo expresó su convicción de que, en las circunstancias particulares prevalecientes en la ex Yugoslavia, la creación de un tribunal internacional permitiría poner fin a tales crímenes y a tomar medidas eficaces para que los responsables de tales actos sean juzgados en justicia, lo cual contribuiría a la restauración y al mantenimiento de la paz.

En el preámbulo de la resolución 808 (1993), el Consejo presenta la creación del tribunal, como una "medida especial tomada por él".

El método adoptado para la constitución del Tribunal, con fundamento en el Capítulo VII de la Carta, impone ciertos límites; éste es solo jurídicamente válido en la medida en que conduzca a la restauración y al mantenimiento de la paz. De ello está consciente el Consejo, quien por su resolución 827 (1993)

> "Decide (...) crear un tribunal internacional con el solo propósito de juzgar a las personas que se presumen responsables de violaciones graves del derecho humanitario internacional cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, entre el 1º de enero de 1991 y en una fecha que determinará el Consejo después de la restauración de la paz, y de adoptar a este fin, el Estatuto del tribunal internacional."

En conclusión, el Consejo de Seguridad, en virtud del Capítulo VII de la Carta, crea el tribunal como un órgano subsidiario, de acuerdo con el sentido del artículo 29 de la Carta, pero órgano de carácter judicial.

Este órgano está obligado a cumplir sus funciones al margen de toda valoración política, tal como lo indican sus funciones judiciales. No será sometido a la autoridad o control del Consejo de Seguridad.

El tribunal con fundamento en la razón por la que fue creado, a título de media coercitiva, en el marco del Capítulo VII, su duración está ligada a la restauración y al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, así como a las decisiones que a este respecto adopte el Consejo de Seguridad.

El tribunal, por la naturaleza de sus funciones se regirá por las normas del derecho internacional humanitario.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

## B. OBJETIVOS DEL TRIBUNAL

En el preámbulo de la resolución 808 (1993), el Consejo de Seguridad enuncia los objetivos generales que guiarán los trabajos del tribunal, los que se reiteran en la resolución 827 (1993):

- Primer objetivo: El Consejo declara que "... las personas responsables de los crímenes perpetrados en los territorios de la ex Yugoslavia, deben ser juzgados en justicia", como medida eficaz para contribuir a la restauración y al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.
- Segundo objetivo: Expresa la intención de que la creación de este órgano jurisdiccional "contribuirá a cesar las violaciones del derecho internacional humanitario y la reparación efectiva de los daños".

En síntesis, subyacen en estos propósitos el "animus" del Consejo de Seguridad de dar una respuesta judicial que permita procesar a los culpables de las atrocidades perpetradas en el territorio de la extinta Yugoslavia, actos calificados como graves y violatorios del derecho internacional humanitario, como medio para disuadir a todas las partes de continuar cometiendo estos actos inhumanos. Individualizar la responsabilidad de los autores, indemnizar a las víctimas y contribuir al cese de hostilidades que, a juicio del Consejo se han constituido en una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, es la justificación que dio origen al Tribunal.

Algunos críticos de la medida han intentado provocar el temor de que esta instancia judicial se constituye en un peligro para el proceso de paz. Sin embargo, otros afirman que el Tribunal implica una contribución en este proceso, porque crea condiciones para favorecerlo, en el tanto en que no puede aspirarse al retorno a la legalidad y al restablecimiento de relaciones sanas, constructivas y estables entre los diversos grupos étnicos que cohabiten al interior de los Estados independientes o entre los Estados independientes, si se deja impunes a los culpables.

Agregan estos últimos que la impunidad de los autores probablemente generará más hostilidades y resentimiento en las víctimas directas o indirectas de estos crímenes.

Los defensores del Tribunal consideran que esta instancia es la "sola" alternativa civilizada para canalizar el sentimiento de venganza; el hacer justicia a través de un tribunal independiente e imparcial para conducir un proceso fundamentado en los principios de justicia y equidad, juzgando y castigando a los culpables de los crímenes que se les imputa.

Se concluye, retomando la máxima que proclamó *Hegel* en 1821 y que se afirma es el fundamento en que se inspira el tribunal:

*Fiat justitia ne perea mundus*[12]

*"Que se haga justicia si no el mundo perecerá".*

---

12 G.W.F. Hegel. *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Eléments de la philosophie du droit). 1821, p. 130.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

# C. CONCLUSIONES

— El Tribunal Internacional, creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su sesión Nº 3175 del 22 de febrero de 1993, en virtud de la resolución 808, con el propósito de juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario, cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, es un tribunal ad hoc.

— Fue constituido por un procedimiento no convencional, al amparo del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.

— Se rige por un estatuto y un reglamento que norma el proceso judicial en todos sus extremos, de conformidad con el derecho internacional humanitario.

— El Tribunal llegará a su término en una fecha que determinará el Consejo de Seguridad, una vez restaurada la paz y concluido el cometido para el que fue creado.

La ausencia de una corte criminal internacional no dejaba la posibilidad de elección: o bien, con el pretexto de la falta de corte se dejaba impunes a los atroces actos criminales cometidos en la ex Yugoslavia, o bien, se creaba "ex nihilo", un tribunal especial para juzgar estos actos. Esta fue la vía elegida.

El concepto arcaico de "responsabilidad colectiva" cedió ante la noción de "responsabilidad individual".

El Tribunal, entre la complegidad de sus tareas, ha tenido una función cuasi-legislativa, porque fue invitado a preparar un código de procedimientos penales (reglamento de procedimiento y prueba), así como a ocuparse de un sinnúmero de aspectos administrativos y reglamentarios de su actividad, entre ellos:

— La asistencia judicial; la puesta en práctica de todo un sistema internacional y notificación de actos; los planos y construcción de una sala de audiencia y de la penitenciaría, el reglamento de detenciones, un sistema de garantía de los testigos de su seguridad y las de los jueces.

Entre las dificultades principales con las que se ha enfrentado el Tribunal se citan: de orden práctico, financiero y estructural.

Los jueces fueron elegidos por la asamblea general en setiembre de 1993, prestaron juramento el diecisiete de noviembre, fecha en que entraron en funciones.

## ANEXO
## COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL[13]

**A. Jueces del tribunal al mes de julio de 1994.**

Antonio Cassase (Italia), Presidente

Elizabeth Odio Benito (Costa Rica), Vicepresidenta

Adolphus Karibi - Whyte (Nigeria).

---

13 NATIONS UNIES, ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, CONSEIL DE SÉCURITÉ, *Rapport du Tribunal International Chargé de Poursuivre les Personnes Présummées Responsables de Violations Graves du Droit International Humanitaire Commies sur le Territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991* A/49/342,S/1994/1007, 29 aôut 1994, p. 51.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Gabrielle Kirk McDonald (Estados Unidos de América).

Haopei Li (China).

Jules Deschenes (Canadá).

Sir Ninidan Estephen (Australia).

Rustam Sidhwa (Pakistán).

George Abi - Saad (Egipto).

Datuk Wira Lal Vohrah (Malasia).

Claude Jorda (Francia).

**B. Fiscal.**

Richard J. Goldstone (África del Sur).

**C. Secretario.**

Theodoor van Boven (Países Bajos).

# BIBLIOGRAFÍA


*B.V.A. Roding, The Law of War and the National Jurisdiction since 1945* (Le droit de la guerre et la compétencie nationale depuis 1945), La Haye, académie de droit international, *Recueil des cours,* 1960-II (Leyden, A.W. Sijthoff, 1961).

*Pellet* (Alain), *Le tribunal Criminel International pour l'ex Yougoslavie,* Extrait de la Revue Generale de Droit International Public, Janvier-Février-Mars 1994, Número 1, Editions A. Pedone, Paris, 1994.

*Proces des Grands Criminels de Guerre devant le tribunal Militaire International, Nuremberg, 14 novembre 1945-1er octobre 1946* (Nuremberg, 1947), vol. 1.

*Nations Unies Assemblee Generale, Conseil de Sécurité, Rapport du tribunal International Chargé de Poursuivre les Personnes Présumées Responsables de Violations Graves du Droit International Humanitaire Commies sur le Territoire de l'ex Yougoslavie depuis 1991* A/49/342, S/1994/1007, 29 aôut 1994.

*Nations Unies, Rapport du Secretaire Général au Conseil de Sécurité, Mai, 1993.*

*Nationes Unies, Conseil de Sécurité, Resolutions:* 713 (1991), 724 (1991), 752 (1992), 757 (1992), 764 (1992), 771 (1992), 780 (1992), 808 (1993), 820 (1993), 828 (1993), 827 (1993), 828 (1993).

*Instrumentos Jurídicos Internacionales*

Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Staut, Réglement de Procédure et de Preuve, tribunal International Charge de Porusuivre les Personnes Présumées Responsables de Violations Graves du Droit International Humanitaire Commies sur le Territoire de l'ex Yougoslavie depuis 1991, Netherlands, 1994.


* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

# EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DR. ERNESTO JINESTA LOBO.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. ..... 98

I. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN: PERFILES JURÍDICO, POLÍTICO E IDEOLÓGICO. ..... 98

1. Control y Constitución. ..... 98
2. Prerrogativas de la administración y libertades del administrado: el papel del control jurisdiccional en ese enfrentamiento. ..... 100
3. Control de la administración y el principio de separación de funciones ..... 102
4. Control de la administración y el principio de legalidad ..... 103

II. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO. ..... 104

III. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1949. ..... 106

IV. ALCANCE DEL CONTROL JURISDICCIONAL PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN. ..... 108

1. Exclusiones específicas ..... 109
2. Discrecionalidad administrativa ..... 109
3. Actos políticos o de Gobierno ..... 109
4. Actuación material o técnica de la administración ..... 110
5. Inactividad de la administración ..... 111

BIBLIOGRAFÍA. ..... 112

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

*"El poder administrativo es de suyo un poder esencial y universalmente justiciable"* [1]

# INTRODUCCIÓN

El control jurisdiccional de la administración pública constituye uno de los rasgos esenciales del Estado social de derecho, y quizá el más trascendental, pues posibilita la vigencia pragmática de otros de los caracteres inherentes al mismo, pues si media un control efectivo, regirán plenamente los principios de legalidad (sometimiento de la administración al ordenamiento jurídico escrito y no escrito), de separación de funciones, etc., y desde luego, habrá un mayor respeto de las libertades y derechos constitucionales de los administrados.

La existencia de una cláusula general de revisión jurisdiccional de la totalidad de la función administrativa, de rango constitucional, que instituye una protección jurisdiccional sin fisuras o lagunas, constituye un avance sustancial y notable en favor de la libertad en la lucha permanente contra las inmunidades, prerrogativas y arbitrariedades de la administración pública y de su intervencionismo exacerbado.

Seguidamente, abordaremos la significación jurídica, política e ideológica del control jurisdiccional de la Administración, su relación con el Estado social de derecho, y sobre todo, aludiremos al alcance de su formulación por el constituyente de 1949. Igualmente, nos esforzaremos en subrayar la relación existente entre ese tipo de control, y la idea de la separación de funciones de los órganos estatales.

# I. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN: PERFILES JURÍDICO, POLÍTICO E IDEOLÓGICO

## 1. Control y Constitución

Existe una relación inmanente entre el efecto directo e inmediato de la Constitución y los controles, pues son ellos los que posibilitan el carácter vinculante de la norma constitucional. Lo anterior significa que en el marco del Estado de derecho, como Estado constitucional, existe un nexo indisoluble entre Constitución y control. Por ello se afirma que "efectivamente, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo... si la Constitución es norma y no pura entelequia o desnuda vaciedad. El control no forma parte únicamente de un concepto "político" de Constitución... sino de su concepto jurídico, de tal manera que **sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma**"[2] (la negrita es nuestra).

---

1 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Ed. Civitas, reimpresión 3a. edición, 1989, p. 97.

2 ARAGÓN (Manuel). El control como elemento inseparable del concepto de constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 19, año 7, ene-abr. 1987, p. 16.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Resulta evidente, entonces, la importancia capital del control, pues en último término la vigencia de la Constitución dependerá de su capacidad de "realización", es decir, de su efectividad normativa, para lo cual constituye condición sine qua non la realidad del control. Los conceptos de "Constitución como norma" o de "Estado de derecho", resultarían inconcebibles si no se asentaran sobre la piedra angular de los controles existentes y efectivos.[3] Es así como el control, desde una perspectiva general, le atribuye eficacia a las situaciones jurídico-sustanciales del administrado (llámense derechos subjetivos o intereses legítimos), además de asegurar la vigencia de las normas, principios y valores constitucionales.

El control constituye un elemento inherente a la Constitución, y del concepto mismo de Constitución, pues se puede afirmar, sin temor a equívocos, que sin control las garantías constitucionales resultan enervadas, y lo que es más grave, no hay Constitución.[4]

En lo referente al significado del término "control", parece ser que la única acepción unívoca trae causa de su finalidad, la cual se traduce en servir de instrumento o vehículo para hacer efectivas y concretas las limitaciones del poder.[5]

Empero, la pluralidad de instrumentos, sujetos titulares y objetos susceptibles de control, hacen imposible la construcción de un concepto homogéneo.[6]

Por nuestra parte, del amplio abanico de instrumentos de control de la administración —institucionalizados y no institucionalizados—, haremos referencia al jurisdiccional, el cual constituye el ejemplo típico del control jurídico dado su fuerte carácter objetivado (fundamentado en razones jurídicas, y de ejercicio necesario), esto es, el confiado a un órgano imparcial e independiente, dotado de singular competencia técnica para dirimir los conflictos jurídicos[7], y que fiscaliza la arbitrariedad y los excesos del poder.

En suma, el control es consustancial al poder ejercido por la administración, pues éste no existe sin aquél, el control se impone para encauzar la función administrativa dentro de los márgenes permitidos, y lograr así la consecución de los fines públicos,[8] y al propio tiempo, se erige en garante de la probidad y moralidad administrativas, pues la finalidad de los diversos sistemas y procedimientos de control es verificar la conformidad o adecuación al ordenamiento jurídico y a los principios de la buena administración.[9]

---

3 V. ARAGÓN (Manuel), op. cit., supra 2, pp. 35-36.

4 V. op. ult. cit., pp. 51-52.

5 V. ARAGÓN (Manuel). *La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional. Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 17, mayo-agosto 1986, pp. 86-88. Este mismo autor expresa que "...Limitación y control se presentan, pues, como dos términos fuertemente implicados, en cuanto que el segundo viene a garantizar, precisamente, la vigencia del primero. Poder limitado es, en consecuencia, poder controlado, pues limitación sin control significa, sencillamente, un contrasentido, es decir, una limitación inefectiva o irrealizable..." op. ult. cit., p. 95.

6 V. op. ult. cit., pp. 89-90.

7 A diferencia del carácter general y difuso de los controles sociales, y en contraposición al político que es subjetivo y voluntario, el jurídico es objetivo y necesario, por lo que "...la limitación no resulta, como en el control político, de un choque de voluntades, sino de una norma abstracta, y el órgano de control no es un órgano limitante, sino actualizador de una limitación preestablecida, ajeno, en principio, a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano limitado...Cuando el órgano jurisdiccional declara la nulidad...de un decreto o de una resolución administrativa por ilegal, no está actuando en situación de supremacía sobre...la autoridad administrativa, no está limitando el poder, sino asegurando que los límites del poder se cumplen, es decir, no está limitando, pero sí controlando. Y ni siquiera, exactamente, está controlando a otros órganos, sino a las actividades de esos órganos..." ARAGÓN (Manuel), op. cit., supra 5, p. 97.

8 El control "Tiene por objetivo verificar la legitimidad (razón jurídica) y oportunidad (razón política) de la forma (procedimiento) y el fin (causa final) de la actuación, como modo de constatar la correspondencia entre antecedente y consecuente, entre "forma prevista y fin propuesto" como "forma ejecutada y finalidad realizada". DROMI (José Roberto), *Introducción al Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Grouz, S.E., 1986, pp. 96-97.

9 V. DROMI (J.R.), op. cit., supra 8, p. 101.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

## 2. Prerrogativas de la administración y libertades del administrado: el papel del control jurisdiccional en ese enfrentamiento.

La historia de las relaciones del ciudadano frente al poder se resume en el dualismo irreductible y permanente entre "libertad y autoridad", "abstención e intervención", o más precisamente "subsidiariedad y razón de Estado".

De otra parte, se ha producido el predominio de uno de los polos de esa relación dialéctica, pues los atentados, por parte de los poderes públicos, contra la esfera de libertades del ciudadano se producen hoy cotidianamente y con progresión creciente. Lo anterior obedece, no sólo a los privilegios posicionales ínsitos a la administración sino también, y ahora en mayor medida, a la hipertrofia e intervencionismo (por razones de presunta eficacia) propios de la administración pública, y en general a la extensión e intensificación de las funciones administrativas lo que ha determinado su omnipresencia o ubicuidad en todos los campos del orden social.[10]

Es precisamente en el derecho administrativo donde, con mayor fuerza, se refleja el conflicto permanente entre autoridad y libertad, Estado e individuo. De ahí que la búsqueda del punto de equilibrio en la tensión dinámica entre los dos conceptos es una de las principales tareas dogmáticas de esa disciplina jurídica.[11]

Históricamente, el derecho administrativo asumió como objetivo esencial la protección de la libertad humana, frente a los privilegios del poder. Por ello, la evolución del derecho administrativo es "La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación..."[12].

Sin embargo, como en la praxis no existen situaciones puras de "liberalismo" o "intervencionismo", la organización estatal considera prudente que la forma óptima de tutelar la libertad es mediante la existencia de la autoridad, la que sin libertad de obedecer no tiene a quien mandar; es así como el derecho administrativo tiende a asegurar el equilibrio entre autoridad y obediencia[13].

En la búsqueda del equilibrio dinámico entre prerrogativas y garantías, la administración no debe desbordar el ordenamiento jurídico, de ahí la necesidad de acompañar las prerrogativas de un sistema eficaz de garantías. El derecho administrativo tiene la tarea de juridificar el equilibrio al que nos hemos venido refiriendo; ahora bien, del conjunto de garantías con las que cuenta el administrado son las jurídicas las de mayor relevancia, al tener por objeto directo la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos del ciudadano[14].

Como se ve, sólo la existencia de garantías hace posible la vigencia y ejercicio de los derechos y libertades del administrado, de lo contrario, resultan conculcadas ante el crecimiento exagerado del poder. En el seno de

---

10 V. GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *Administración Pública y Libertad*, México, UNAM, S.E., 1971, p. 19. "Las funciones y competencias públicas del Estado han crecido notoriamente, tanto en el ámbito funcional (formal) como en el finalista (material). Se impone como necesario para un equilibrio razonable y prudente de estas polaridades entre autoridad (libertad de los que mandan) y libertad (autoridad de los que obedecen), un sistema eficaz de control público". DROMI (J.R.), op. cit., supra 8, p. 95.

11 V. GORDILLO (Agustín). *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, Parte General, Tomo I, S.E., 1977. pp. III-1,2.

12 GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), op. cit., p. 22.

13 DROMI (José Roberto) expresa que "La autoridad sin límites es muerte de la libertad. La libertad sin límites es muerte de la autoridad y de la propia libertad. Allí surge precisamente la función del derecho para fijar con responsabilidad y prudencia las riberas de ese río eterno llamado poder" *Constitución, Gobierno y Control*, Mendoza, Ediciones Ciudad Argentina, S.E., 1983. p. 170.

14 V. DROMI (J.R.), op. cit., supra 13, p. 174.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las garantías jurídicas, cumplen un papel de primer orden las relativas a los modos o formas de fiscalización de la función administrativa.[15]

La problemática primordial del derecho administrativo, ha sido instrumentar un sistema de garantías para lograr el sometimiento de la administración al ordenamiento jurídico; el despojo de sus prerrogativas y la justiciabilidad de sus actos ha implicado una labor ingente fraguada durante largos años. Empero, históricamente no se ha desaprovechado oportunidad alguna para hacer nugatorio el control de la administración, desde el método de crear categorías de actos excluidos hasta el artilugio de establecer una serie de obstáculos procesales para acceder a la tutela jurisdiccional erigidos con la finalidad de extenuar al administrado. Pero pese a todos esos obstáculos el derecho administrativo logró la concepción, depuración y potenciación del contencioso-administrativo.[16]

El fortalecimiento de un control jurisdiccional de la administración, no suponé, ni por asomo, la instauración de un Gobierno de los jueces. Al contrario, el ejercicio de la función jurisdiccional además de no interferir o estorbar la actuación administrativa, contribuye a su realización.

En todo caso, lo grave no es un gobierno de los jueces, sino una justicia de los políticos o un toga que oculte un político para que utilice la sagrada función de administrar justicia como plataforma política.[17]

Pese a las múltiples críticas al contencioso-administrativo, señalándose sus disfunciones, como por ejemplo su incapacidad para conseguir la sumisión de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, y su inidoneidad para satisfacer las pretensiones fundadas en derecho administrativo, ataques que han dado lugar a la búsqueda de nuevos métodos o sistemas de control de la administración pública (crisis, ocaso, decadencia del contencioso-administrativo)[18], no puede negarse el alto grado de importancia y perfección alcanzado, hasta ahora, por el control jurisdiccional, por lo que se ha afirmado que "...la mejor fiscalización de la actividad administrativa, la que reúne mayores garantías jurídicas es la realizada por los tribunales...".[19]

Lo anterior queda de manifiesto con la vis expansiva, potenciación o plenitud de la jurisdicción contencioso-administrativa, al comprender el control de la actividad materialmente administrativa de otros Poderes Públicos distintos del Ejecutivo (art. 1.4, inciso b, LRJCA),[20] en aras de la reducción de los reductos exentos de control jurisdiccional.

En síntesis, la protección jurisdiccional del administrado constituye uno de los pilares básicos del derecho administrativo, pues la jurisdicción contencioso administrativa se instauró para proteger al individuo contra la administración pública y no a la inversa, de ese

---

15 V. op. ult. cit., p. 174.

16 V. GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús), op. cit., supra 10, p. 67.

17 V. op. ult. cit., p. 92.

18 V. GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *Nuevos Sistemas de Control de la Administración Pública. Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 22, jul-sep. 1979, pp. 399-402. "No existe ni ha existido otra institución que pueda parangonarse al juez administrativo en la salvaguarda de los derechos fundamentales. La excelsa función del juez adquiere toda su plenitud en el proceso administrativo. Porque en él, a diferencia de otros procesos, se intenta la composición de un litigio producido entre partes situadas en planos de manifiesta desigualdad. No es ya la desigualdad económica o social que puede darse —y de hecho se da— en otros procesos. Es la desigualdad sustancial entre un sujeto desprovisto de toda prerrogativa pública y otro investido de todos los poderes". GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús), op. cit., supra 10, p. 67.

19 MARTÍN REBOLLO (Luis). *La justicia administrativa ante el texto constitucional. Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, No. 19, octubre-diciembre 1978*, p. 529.

20 V. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Lorenzo). *Evolución reciente del contencioso-administrativo. Revista de Administración Pública, No. 95, Mayo-Agosto 1981*, pp. 22-32. SANTAMARÍA PASTOR (J.A.). Sobre el carácter expansivo de la Jurisdicción contencioso-administrativa. *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 1, abril-junio de 1974, p. 127.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

modo quedaron compensadas las amplias y exorbitantes potestades concedidas a ésta. Debe evitarse a toda costa, en consecuencia, la instauración o resucitación de zonas excluidas o exentas de esa protección y control, a efecto de no festinar ese precario equilibrio dinámico entre garantía y privilegio. En un sistema judicialista, como el costarricense en el cual le corresponde a un órgano jurisdiccional adscrito al Poder Judicial, el control de la función y actividad administrativas, el juzgador se instituye en "contrapeso fundamental de la administración pública"[21].

### 3. Control de la administración y el principio de separación de funciones.

El principio de separación de funciones (John Locke, Tratado del Gobierno Civil 1690 y Montesquieu, El Espíritu de las Leyes 1748)[22], juega un papel de vital trascendencia en la conformación de la idea del control jurisdiccional de la administración, dado que fue concebido como una garantía de la libertad, como una forma de la contención del poder por sí mismo (mediante el control mutuo e interacción de los órganos del estado).

El principio de la separación o división de las funciones estatales, que tiene pleno reflejo en la Constitución Política de 1949[23], posee por clave de su estructura la contención del poder, para lo cual es necesario arbitrar un sistema de pesos, contrapesos, frenos y límites recíprocos ("cheks and balances"). y de esa manera lograr un balance o equilibrio de poderes en aras de garantizar la libertad ciudadana. De ese modo, la separación de funciones se complementa con la garantía de los derechos a efecto de levantar barreras al poder arbitrario y absoluto.

En efecto, la coexistencia en el seno del Estado de diversos órganos indepedientes entre sí y con una función específica es una concepción filosófica-jurídica, cuyo substrato ideológico es el debilitamiento recíproco y conjunto de los gobernantes a efecto de evitar los abusos en el ejercicio del poder. Una de las consecuencias de ese principio es la separación e independencia del órgano jurisdiccional frente a la administración (el art. 154 CP establece que el Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley). En esencia, los tribunales ejercen una función trascendental que incide sobre el ejercicio del poder político: "controlan a los gobernantes

---

21 V. GORDILLO (Agustín), op. cit., p. IV-18.

22 Entendemos por tal no un principio únicamente de limitación u oposición sino de cooperación entre poderes. Es un principio de constitución, racionalización, estabilización y eficacia del Poder del Estado, sea principio básico de la organización constitucional. Así en el Voto de la Sala Constitucional No. 1618-91 de las 14:16 hrs. del 21 de agosto de 1991, se indica que tal principio tiene en el Estado de Derecho "...un específico sentido de garantía de la libertad, en favor, por lo tanto, de los súbditos, y no de mera eficacia o distribución del poder entre gobernantes.". V SÁNCHEZ AGESTA (Luis), División de Poderes y Poder de Autoridad del Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 25, àño 9, ene-abr. 1989, pp. 9-15. EMBID IRUJO (Antonio), El coloquio de Heidelberg sobre el Control Judicial de las Decisiones Administrativas. *Revista de Administración Pública*, No. 124, enero-abril 1991, p. 443.

23 Basta una somera consideración sistemática del texto constitucional para constatar la incorporación del principio de separación de funciones: se impone en primer término citar el art. 9º CP, al disponer que el Gobierno de la República lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí; luego el Título IX de la CP se dedica en su totalidad a regular el "Poder Legislativo", el X el "Poder Ejecutivo" y el XI el "Poder Judicial"; finalmente el principio se encuentra reforzado por lo dispuesto en el art. 149 incisos 3) y 5) CP al estatuir con claridad meridiana que:

"El Presidente de la República y el Ministro de Gobierno...serán también conjuntamente responsables.

...3) Cuando *impidan o estorben las funciones propias de la Asamblea Legislativa*, o coarten su libertad o independencia...

...5) Cuando *impidan o estorben las funciones propias del Poder Judicial*, o coarten a los tribunales la libertad con que deben juzgar las causas sometidas a su decisión, o cuando obstaculicen en alguna forma las funciones que correspondan a los organismos electorales o a las municipalidades..."

Por último el art. 122 CP le impide a la Asamblea Legislativa dar "votos de aplauso respecto de actos oficiales, así como reconocer a cargo del Tesoro Público obligaciones que no hayan sido previamente declaradas por el Poder Judicial, o aceptadas por el Poder Ejecutivo, o conceder becas, pensiones, jubilaciones o gratificaciones."

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para que actúen dentro de los límites del derecho, es decir, aplicando el principio de legalidad".[24]

En suma, la separación de funciones, rasgo característico del Estado social de derecho costarricense, presupone "...la existencia de un poder judicial independiente que controla la actuación de la administración y los poderes públicos y garantiza los derechos de los ciudadanos".[25]

## 4.- Control de la administración y el principio de legalidad.

El control jurisdiccional de la administración está íntimamente ligado al principio de legalidad[26], pilar básico del Estado de derecho, pues es la jurisdicción contencioso-administrativa la que ejerce el contralor de la legalidad (conformidad o adecuación sustancial con el ordenamiento jurídico) de la función administrativa, a fin de evitar la arbitrariedad. Resulta indudable que la jurisdicción contencioso-administrativa controla tanto la actuación (jurídica o material) como la inactividad de la administración cuando medie discordancia con el ordenamiento jurídico, y se lesionen situaciones jurídicas subjetivas.[27]

El principio de legalidad aporta la justificación racional, además de ser el elemento ancilar, del control jurisdiccional de la administración, pues supone una jerarquía de órganos y normas, donde las inferiores deben conformarse a las superiores, y de ese modo, el control de legalidad se traduce en observar tal conformidad o disconformidad y sus consecuencias.[28]

No puede negarse, entonces, el papel medular cumplido, desde la óptica de las instituciones políticas, por la jurisdicción contencioso-administrativa, al ejercer un control de legalidad sobre los actos de las autoridades públicas, pues de esa manera asegura la subordinación jurídica de la administración al Poder Legislativo, además de asumir un poder y un *rol* esenciales en las relaciones existentes entre esos dos órganos.

---

24 DUVERGER (Maurice). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional,* Barcelona, Ediciones Ariel, 5a. edición española, 1970. p. 220.

25 DE ESTEBAN (J.) y LÓPEZ GUERRA (L.). *El Régimen Constitucional Español,* Barcelona, Ed. Labor, S.E., tomo I, 1982, p. 117.

26 Consagrado en la CP en los numerales 11 y 28, y especificado en la LGAP, al disponer en sus arts. 11 y 13 que la Administración Pública actuará sometida al "ordenamiento jurídico", el cual se encuentra integrado por las normas escritas y no escritas —jurisprudencia, costumbre y principios generales; principios elementales de justicia, lógica y conveniencia; reglas científicas y técnicas de sentido unívoco y aplicación exacta—. Al respecto, cabe destacar la sujeción a ciertos valores y principios constitucionales de vinculación general que "...son de directa aplicación a la Administración por medio del control judicial de la misma, aun cuando actúe aquélla bajo la cobertura de una ley (interpósito legislatoris). La conformidad sustancial —no meramente formal— de la actuación administrativa, no sólo con la ley sino también con la Constitución y sus principios, se impone como una exigencia insoslayable y uno de los méritos más relevantes de la Constitución. En este sentido conviene destacar y recordar las palabras de O. Bachof: "El control de la legalidad de la Administración significa hoy, al mismo tiempo, control de constitucionalidad de la Administración, significa que también se controla a la Administración sobre el cumplimiento del sistema de valores de la Constitución". En este orden de consideraciones puede concluirse que la Constitución impone una nueva dimensión a la Jurisdicción contencioso-administrativa en su tarea de control judicial de la Administración" BASSOLS COMA (Martín). Los Principios del Estado de Derecho y su aplicación a la Administración en la Constitución. *Revista de Administración Pública, No. 87, sep-dic. 1978,* pp. 154-155 V. en este último sentido GARRIDO FALLA (F.) y otros, *Comentarios a la Constitución,* Madrid, Ed. Civitas, S.E., 1981. pp. 1067-1068. "...la ley obliga a todos, incluida la Administración, ya que ésta es sujeto del Derecho administrativo no sólo en cuanto su gran y primer protagonista, sino también como súbdito, y los tribunales aplican y han de aplicar la ley, todas las leyes, a todos los a ellas sujetos, y si la Administración sigue siéndolo frente a la justicia, pues la sirve, la Justicia sigue siéndolo frente a la Administración, pues la juzga" GUAITA (Aurelio). Artículo 106 Control Judicial y Responsabilidad de la Administración. *Comentarios a las Leyes Políticas,* Madrid, EDERSA, Tomo VIII, 1985, p. 323. "El Estado nace de la Constitución, con los caracteres y atribuciones que éste le fija; el Estado está pues dentro de la Constitución y ésta no es un producto de él sino que él es producto de ella. Este es, en sentido jurídico formal, uno de los principales elementos que tipifican al Estado de Derecho: el sometimiento de toda la organización estatal a un régimen jurídico pre-establecido" V. GORDILLO (Agustín), op. cit., p. III-11.

27 V. BREWER CARIAS (Allan). *Estado de Derecho y Control Judicial,* Alcalá de Henares-Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, S.E., 1987. pp. 211-220.

28 V. DUVERGER (Maurice), op. cit., pp. 232-238.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

De otra parte, el control jurisdiccional posibilita la vigencia efectiva del principio de legalidad pues por su medio "cualquier acto o conducta, positiva o negativa, de la administración y de sus agentes puede ser sometida al enjuiciamiento por parte de órganos judiciales, a instancia de cualquier persona o entidad (pública o privada) a quienes dichos actos o conductas lesionen en sus derechos o intereses"[29]. Se configura de esa forma como el instrumento para lograr que todas las actuaciones administrativas estén sometidas al ordenamiento jurídico, en tal sentido se afirma que "El sometimiento de la administración (de todas las administraciones públicas) a la jurisdicción ordinaria... es la más cabal materialización del principio de legalidad, si bien no la única".[30]

El control jurisdiccional de la función administrativa, es en suma, una consecuencia trascendental de la aplicación del principio de legalidad a la administración, pues supone que la misma está sujeta al bloque de legalidad, al derecho, los que se constituyen en parámetros permanentes de la actuación administrativa, fuera de cuyos márgenes deviene en irregular. El ámbito administrativo es permeado por el derecho, con lo que no quedan espacios exentos de su cobertura.[31]

## II. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado de derecho "es la cristalización de una larga aspiración humana: la supresión de la arbitrariedad y el despotismo",[32] histórica y esencialmente supone el gobierno de las leyes y la consecuente autolimitación del Estado a través del derecho, por oposición al Estado absoluto; constituye la manifestación jurídica del Estado Liberal.[33]

Uno de los rasgos definitorios o presupuestos esenciales del Estado de derecho lo es el control judicial[34] (jurisdicción contencioso administrativa). es decir, aquél concepto no se agota en la legalidad de la función administrativa (sometimiento al ordenamiento jurídico) sino que presupone una serie de instrumentos de fiscalización.[35]

---

29 SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso). *Principios de Derecho Administrativo*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., S.E., 1990, p. 56.

30 DE ESTEBAN (Jorge) y LÓPEZ GUERRA (Luis). *El Régimen Constitucional Español*, Barcelona, Ed. Labor, S.E., Tomo I 1982, p. 264.

31 V. SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso), op. cit., supra 29, pp. 53-54.

32 DE ESTABAN (Jorge) y LÓPEZ GUERRA (Luis). op. cit., Tomo I, p.113.

33 V. op. ult. cit., pp. 114-115. ORTIZ ORTIZ (Eduardo). Costa Rica: Estado social de derecho. *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 29, mayago. 1976, pp. 23-158. GARRORENA MORALES (Ángel), *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Ed. Techos, 1a. edición, 1984, pp. 155-198. Conviene aclarar como no todo Estado de derecho es tal, pues puede distinguirse un nivel jurídico y otro ideológico-sociológico, no basta crear y utilizar un ordenamiento normativo para denominarse Estado de derecho, es necesario, adicionalmente, que el Estado este autolimitado también por el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales del ciudadano y que la ley sea expresión de la voluntad general, que provenga de una asamblea de representación popular libremente elegida, no de una individual o sectorial, y que vincule y limite a los poderes públicos.

34 Se señalan, entre otros, los siguientes: Imperio de la ley, en tanto expresión de la voluntad general; División de poderes; Reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales; Sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos a la Constitución y la ley. V. Elías Díaz citado por DE ESTEBAN (J) y LÓPEZ GUERRA (L), op. cit., Tomo I, p. 115.

35 V. BASSOLS COMA (Martín), op. cit., p. 137. El Estado de derecho presupone la contención del Poder "...es la consagración jurídica de un proyecto político. En él se estratifica el objetivo de garantizar al ciudadano contra arbitrariedades del Poder Público, mediante la previa subordinación del Poder y de sus agentes a un nuevo marco normativo general y abstracto cuya función principal es conformar efectivamente la conducta estatal a ciertos parámetros previamente establecidos como forma de defensa de los individuos. Asimismo, es su propósito establecer realmente un obstáculo a que tales límites sean sobrepasados y —si pese a ello lo fueran— asegurar que los comportamientos violadores del Derecho sean eliminados, imponiéndose aquellos que serían debidos, además de las reparaciones

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Conviene acotar que históricamente, ese elemento del Estado de derecho además de caracterizarlo, ha contribuido a preservar su vigencia conceptual merced al énfasis puesto a la "necesidad de que el Estado en cuanto poder administrativo debe someterse al derecho *(subd itus ius);* sometimiento que se garantiza a través de un sistema de Justicia administrativa".[36]

Y es aquí donde también el Poder Judicial ha desempeñado una función fundamental, a efecto de dotar de plena y permanente vigencia al Estado de derecho pues "Es en el control de la actividad administrativa donde el poder judicial muestra con mayor fuerza su virtualidad para mantener y ampliar el concepto de Estado de derecho, como conquista y tendencia. Por ello, en la medida en que el Ordenamiento jurídico de un Estado permita que su Administración no encuentre una comprobación imparcial e independiente de que sus actos se han sometido a la ley que les habilitó para actuar, los derechos del ciudadano se verán burlados, pues estarán sujetos a las arbitrariedades de los órganos administrativos sin ninguna posibilidad de defensa jurídica. De ahí que la justiciabilidad de los actos administrativos en un Ordenamiento jurídico se puede considerar como índice de que los postulados esenciales del Estado de derecho están siendo respetados. Así pues, no es extraño que la más genuina doctrina administrativa haya propugnado el avance en el control judicial de los actos administrativos como garantía última de los derechos individuales y sociales y del principio de legalidad".[37]

El Estado de derecho descansa sobre la piedra angular del control jurisdiccional, el que permite a su vez que aquél sea una realidad y configurarse como un "Estado jurisdiccional" de derecho.[38]

Dentro de las necesarias y elevadas aspiraciones de todo Estado de derecho, está la de instrumentarse como un Estado de justicia.[39] Aunque la justicia administrativa no abarca todo el problema del Estado de derecho, sí constituye un elemento constitutivo indefectible de éste.[40]

En lo relativo a la incidencia del control jurisdiccional de la Administración, sobre el concepto de Estado social conviene tener presente que las garantías amparan, concomitantemente, un interés privado y uno público pues "El acrecentamiento de las funciones del Estado moderno, al asumir tareas económico-sociales irrenunciables, debe hacerlo sin desmedro de las libertades públicas a las que debe servir".[41]

Resulta claro, que el control jurisdiccional de la Administración no sólo es un elemento ínsito al Estado de derecho, sino que también cumple un *rol* de primer orden en relación al Estado social. En efecto, los fines institucionales de la jurisdicción contencioso-administrativa han variado, pues no tiene únicamente por cometido la protección de la

---

patrimoniales posibles. En esto, evidentemente, va supuesto un órgano independiente al cual los perjudicados por la actuación ilegítima puedan recurrir para declarar el Derecho y la consecuente sujeción del Estado a las normas establecidas". BANDEIRA DE MELLO (Celso Antonio), *Control Jurisdiccional de los Actos Administrativos. Revista de Administración Pública, No. 110, Mayo-Agosto 1986,* pp. 367-368. "Si la instrumentación técnica del Estado de derecho se ha conseguido fundamentalmente mediante el derecho administrativo, hay que añadir enseguida que la realización práctica de éste es la que se verifica ante los tribunales de justicia" GARRIDO FALLA (Fernando) y otros, op. cit., p. 1059.

36 BASSOLS COMA (Martín). op. cit., p. 137.

37 LÓPEZ MARQUEZ (José Francisco). *Las otras excenciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956:* Estudio de la disposición transitoria quinta. *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, No. 18, Julio-Septiembre 1978,* p. 407.

38 V. ARAGÓN (Manuel), op. cit., supra 5, p. 135.

39 V. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). op. cit., p. 98.

40 V. op. ult. cit., p. 12.

41 DROMI (J.R.), op. cit., supra 13, p. 176.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

libertad individual, sino que se han extendido a garantizar la igualdad de trato por la ley y la administración, así como a garantizar una serie de prestaciones estatales enmarcadas en el ámbito de la justicia social.[42] Tal cambio cualitativo obedece a la posición y funcionalidad asumidas por la administración en el Estado social, de modo que entiende como cuestión clave la efectividad del control o de la tutela judicial: "Ella es, en efecto, la base necesaria no sólo para la garantía real de los derechos fundamentales o libertades públicas, sino también para la efectividad de los deberes de acción positiva en que se traduce el Estado social... y de los derechos que de esta acción resulten..."[43]

Efectivamente, el control jurisdiccional resulta ser más imperioso en el Estado social, pues a éste es inherente una corriente recíproca de socialización del Estado y estatalización de la sociedad que demanda la efectividad de las limitaciones y del control.[44]

El control jurisdiccional de la administración pública, indubitablemente, constituye un medio para mantener el Estado Social de derecho, pues le garantiza al administrado una serie de derechos y prestaciones, y de otra parte, combate las arbitrariedades y abusos de la administración en su *rol* intervencionista o como dadora de prestaciones positivas. Por lo anterior, se ha subrayado el carácter bidimensional asumido por la justicia administrativa, afirmándose lapidariamente como "juzgar a la administración contribuye decisivamente a administrar mejor".[45]

## III. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1949

La Constitución de 1949, optó por un "sistema judicialista puro" de control de la actuación de la administrativa. Ahora bien, en su redacción original el artículo 49 CP dejó muchas lagunas y reductos exentos, pues establecía que el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa era "proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las municipalidades y toda institución autónoma o semiautónoma del Estado, actuando como personas de derecho público y en uso de facultades regladas". Resulta a toda luces, que tal precepto limitaba el control jurisdiccional desde cuatro frentes que minimizaban la efectividad del mismo:

a) se protegía, única y exclusivamente, el ejercicio de los derechos administrativos, quedando excluidos de plano los intereses legítimos y todos aquellos derechos subjetivos que no tuvieran origen en el ordenamiento administrativo; b) tocante al ámbito subjetivo, se marginaba apriorísticamente la función administrativa desplegada por los otros poderes del Estado que no fuera el Ejecutivo,

---

42 PAREJO ALFONSO (Luciano). *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Ed. Civitas, primera edición, 1983, p. 264.

43 PAREJO ALFONSO (Luciano). op. cit., p. 264.

44 V. ARAGÓN (Manuel). op. cit., supra 2, p. 35.

45 "Juzgar a la Administración no es administrar, ni debe serlo, pero sí contribuye a administrar mejor —y en ese sentido coadyuva el logro de los fines institucionales de la Administración como organización servicial de la comunidad—, al propio tiempo que protege los derechos e intereses legítimos de los ciudadados..." FERNÁNDEZ (Tomás R.). Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor. *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 76, octubre-diciembre 1992, p. 528.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

y por los entes públicos no estatales; c) en congruencia con la exclusión del interés legítimo, sólo se podían impugnar actos o disposiciones definitivas dictadas en el ejercicio de potestades regladas, dejando exento de control el vasto ámbito de la discrecionalidad; d) únicamente se podía impugnar, a tenor del texto constitucional, la actividad formal de la administración, haciéndose excepción de importantes filones de la función administrativa tales como la inactividad formal y material y la actuación material o técnica de la administración.[46]

Con la reforma operada por virtud de la Ley Nº 3124 de 25 de junio de 1963, que introdujo la redacción actual del artículo 49 CP, se operó un giro copernicano en la concepción del control jurisdiccional de la actuación administrativa. En efecto, el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa será, a partir de ese momento, "garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público", y adicionalmente el precepto constitucional se cierra con una importante disposición al señalar que "La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados". De esta forma, se extiende la fiscalización a casi todo el arco de las manifestaciones del poder administrativo, y se introduce uno los conceptos que constituyen la clave de bóveda del derecho administrativo como lo es el de la "función administrativa".

Con la promulgación de la ley Nº 3667 del 12 de marzo de 1966 (Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), el esquema del control jurisdiccional de la actuación administrativa se aleja ostensiblemente del parámetro constitucional, toda vez, que el artículo 1.1 de ese texto normativo dispuso que esa jurisdicción sería la "encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la administración pública sujetos al derecho administrativo", con tal redacción se limita sensiblemente el alcance y potencialidad aplicativa del artículo 49 CP, pues, nuevamente se redujo el ámbito de control a la actividad formal e inactividad formal —silencio administrativo— de la administración, consagrándose peligrosamente zonas de inmunidad jurisdiccional.

Por lo anterior, es que debe propiciarse una interpretación del art. 1.1 LRJCA conforme con el texto constitucional, en tanto reputa la jurisdicción contencioso-administrativa como un derecho constitucional —emplazamiento sistemático del art. 49[47]— y en cuanto consagra el derecho a una tutela judicial pronta y cumplida (art. 41 CP). Ahora bien, los problemas se presentarán al momento de adecuar la tipología de las pretensiones ejercitables y sentencias de mérito, establecidas en el marco de la ley con las que serían admisibles a tenor del texto constitucional.

En suma, el art. 49 CP introdujo, especialmente a partir de junio de 1963, la "cláusula general"[48] de revisión jurisdiccional de la legalidad de toda la función administrativa, es decir, un control sin fisuras ni excepciones admisibles. Ese numeral encarna lo que la doctrina ha denominado el "parágrafo regio del estado de derecho" (W. Jellinek). pues constitucionalizó el control jurisdiccional de la actividad administrativa.[49] Al otorgar una

---

46 V. ORTIZ ORTIZ (Eduardo). *Espíritu y perspectivas de una reforma de la justicia administrativa en Costa Rica*, San José, texto mimeografiado, 1985, pp. 1-2.

47 Sobre el particular consúltese el voto de la Sala Constitucional Nº 3095 de las 15:57 hrs. del 3 de agosto de 1994.

48 V. AROZAMENA SIERRA (Jerónimo). *Perspectivas de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Estudios sobre el proyecto de ley orgánica del Poder Judicial*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Escola d'administració Publica, 1a. edición, 1985, p. 11.

49 V. GARRIDO FALLA (Fernando). *El sometimiento de la Administración al orden jurídico: Sometimiento a los Tribunales y responsabilidad. La Administración en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, S.E., 1980. pp. 18-23.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

protección total y universal (ámbito material de ejercicio). se impone la prohibición de cualquier norma que establezca zonas de inmunidad jurisdiccional.[50]

Sobre este particular, la Sala Constitucional ha declarado categóricamente la "universalidad" de la función jurisdiccional, lo que significa que "ningún acto o materia está fuera de su fiscalización... no existe en nuestro ordenamiento ninguna posibilidad... de otorgar inmunidad ante ellos —Tribunales— a ninguna norma —salvo, si se quiere, las constitucionales—, acto o persona —salvo, en este caso, las reconocidas por el derecho internacional—... ( Voto Nº 1618-91 de las 14:16 hrs del 21 de agosto de 1991).

El juego de los arts. 11, 28, 41, 49 CP consagran una cláusula general inequívoca que somete toda la función administrativa al control de los tribunales, el texto constitucional no admite ninguna otra conclusión al respecto.

Por último, resulta importante no perder de perspectiva que la existencia de un sistema de control judicializado, debe estar íntimamente vinculado al tema de la reserva de la jurisdicción, esto es, a la imposibilidad de la administración de realizar funciones materialmente jurisdiccionales.[51] Por ello "...no sólo hay que impedir que la administración invada los dominios de la ley, sino que, con similares fundamentos constitucionales, hay que alejarla también del ejercicio de funciones que corresponden a los jueces y tribunales".[52]

## IV. ALCANCE DEL CONTROL JURISDICCIONAL PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN

La cláusula general del artículo 49 CP parece haber permeado todos los ámbitos, con lo que redujo los reductos de la arbitrariedad. Ese numeral no excepciona o excluye ninguna manifestación final de la función administrativa. Cualquier limitación apriorística deriva del distanciamiento del legislador del parámetro constitucional en el ejercicio de su libertad de configuración.

Merced a la normatividad y aplicación directa e inmediata de los preceptos constitucionales[53] debe desecharse cualquier límite legislativo tendiente a establecer zonas exentas del control jurisdiccional.

La eterna contraposición entre los derechos, la libertad y la dignidad del administrado frente a las exenciones del poder administrativo, quedó definitivamente zanjada por el texto constitucional, el que lejos de privilegiar al poder administrativo somete toda manifestación de la función administrativa al bloque de legalidad.[54]

---

50 V. SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso), op. cit., supra 29, pp. 56-57.

51 V. Voto de la Sala Constitucional Nº 1148-90, de las 16 hrs. del 21 de setiembre de 1990, donde se estableció que a tenor del texto constitucional no puede existir una "jurisdicción administrativa". En este trascendental voto de la Sala Constitucional se indica que "...las normas, principios y valores fundamentales de la Constitución establecen claramente que en nuestro Ordenamiento jurídico la función jurisdiccional corresponde, en forma exclusiva, al Poder Judicial..."(Considerando II). Posteriormente, en el voto Nº 441-91, de 16:15 hrs. del 20 de febrero de 1991, la Sala Constitucional considera que "...en Costa Rica no se puede dudar de que la administración de justicia es competencia exclusiva del Poder Judicial...La función judicial -jurisdiccional— está excluyentemente en manos del Poder Judicial..." (Considerando II).

52 MUÑOZ MACHADO (Santiago). *La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la administración. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Ed. Civitas, 1a. edición, 1991, p. 2763. V. en igual sentido RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ (Jorge). *El Poder Judicial como límite de la potestad de control de las cortes generales. Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 9, Año 3, sep-dic. 1983, p. 62.

53 V. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, reimpresión de la 3a. edición, 1991, pp. 63-94.

54 V. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La jurisdicción contencioso-administrativa hoy. Documentación Administrativa, Nº 220, octubre-diciembre 1989*, pp. 11-12.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

De otra parte, el artículo 41 CP, al establecer una tutela judicial pronta y cumplida, proscribe, per se, cualquier género de exclusión, es decir, ninguna controversia puede ser sustraída del conocimiento y resolución de los jueces y tribunales, pues al socaire del precepto constitucional supracitado, "Ocurriendo a las leyes, **todos** han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales..." (la negrita no es del original), el tenor literal de este canon constitucional, conjuntamente con el 49, elimina toda exclusión subjetiva u objetiva. Síguese de lo anterior, que ahí donde exista una actuación administrativa lesiva de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, el administrado titular de tales situaciones jurídicas sustanciales debe tener la posibilidad de acudir ante un órgano jurisdiccional para que se le haga justicia pronta y cumplida.

En síntesis, de la relación necesaria de los artículos 41 y 49 CP, resulta que toda la actividad administrativa es justiciable y el control jurisdiccional puede ser pretendido con fundamento en cualquiera de las situaciones jurídicas sustanciales previstas por el texto constitucional.

### 1. Exclusiones específicas.

La regla general es la que hemos venido enunciando: cualquier ley posterior a la Constitución Política de 1949, sobre todo después de su reforma de 1963, que intente crear una inmunidad o exclusión particular o genérica será flagrantemente inconstitucional.[55]

### 2. Discrecionalidad Administrativa.

La discrecionalidad ha venido siendo controlada mediante los elementos reglados del acto administrativo (potestad, competencia, fin), y otras técnicas alternas tales como el control de los hechos determinantes (motivo). la distinción entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados y los principios generales del derecho.[56]

En nuestro ordenamiento jurídico administrativo, la LGAP configura una serie de límites expresos e implícitos impuestos por el ordenamiento jurídico (art. 15.1 LGAP) para encauzar el ejercicio de las potestades discrecionales dentro del bloque de la legalidad, tenemos así el principio de razonabilidad de los arts. 16.1 y 216.1 ibíd. conforme al cual en ningún caso se pueden realizar actuaciones contrarias a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica o a los principios elementales de justicia, lógica o conveniencia.

Es así como tales reglas y principios metajurídicos integran el órdenamiento jurídico administrativo —arts. 158.4 y 160 ibíd— y el juez deberá controlar la conformidad o no de la actuación administrativa con tales parámetros de fiscalización (art. 16.2 ibíd).[57]

De no ser por tales límites la administración contaría con un campo fértil para toda clase de arbitrariedades y desmanes.[58]

### 3. Actos políticos o de Gobierno.

No cabe ni tiene ninguna validez, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, la exclusión de actos pseudopolíticos. La propia LRJCA (art. 4º, inciso b) emplea una terminología sobre cuya hermenéutica no caben dudas, toda vez que no excluye los actos de gobierno que enuncia (cuestiones suscitadas sobre los actos de relación entre los poderes del Estado o con

---

55 V. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), op. cit., supra 1, p. 76.

56 V. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo), op. cit., supra 1, pp. 24-49.

57 V. ORTIZ ORTIZ (Eduardo). *Límites y contralor de la discrecionalidad administrativa en Costa Rica. Revista Judicial,* No. 28, marzo 1984, pp. 11-28.

58 V. COCA VITA (Eduardo). *Legalidad Constitucional, Exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica. Revista de Administración Pública, No. 100-102, Vol. II, enero-diciembre 1983,* pp 1079-1080.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

motivo de las relaciones internacionales de la República[59]) de cualquier género de control, antes al contrario, se limita a estatuir que tales actuaciones no corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Adicionalmente, la LRJCA establece que sí corresponderá a esa jurisdicción especializada la determinación de las indemnizaciones procedentes con motivo de la adopción de algún acto de esa índole, esto es, le corresponde conocer de las consecuencias lesivas de un acto de ese tipo, pero no del acto en sí.

El art. 4º LRJCA deja abierta la posibilidad de residenciar esos actos ante otras jurisdicciones,[60] tales como la constitucional (vía conflictos de competencia —arts. 10, inciso a, CP, 2º, inciso c, y 109 LJC— o recurso de amparo —arts. 48 CP y 29 LJC—)[61] o internacional, sin perjuicio, claro está, del control político que pueda ejercer la Asamblea Legislativa.

En suma, la cláusula general de fiscalización jurisdiccional de la función administrativa, impide la distinción en su seno de un sector de actividad jurisdiccionalmente exenta por su calificación de actividad política o de Gobierno.[62]

### 4. Actuación material o técnica de la Administración.

Toda la actuación material o técnica orientada a preparar o ejecutar un acto administrativo o a prestar un servicio público debe resultar, de iure condendo, controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa. Tal interpretación obedece a la necesidad de adecuar la jurisdicción contencioso-administrativa al amplio parámetro constitucional fijado por el art. 49, al establecer como su objeto el control de la legalidad de la función administrativa, sin distinguir entre actividad puramente formal —actos de alcance individual y general, contratos administrativos, etc.— y actuaciones materiales de la administración.[63]

---

59 La exención de la jurisdicción contenciosa de estos dos tipos de actos es consecuencia de no ser actos de la Administración, por lo que no están sujetos al Derecho Administrativo. Consecuentemente, la norma procesal no consagra una zona inmune de la Administración, dado que, no es ésta quien los realiza, ni tampoco establece una excepción a la competencia general de esa jurisdicción, ya que ésta limita sus poderes a fiscalizar las actuaciones provenientes de la Administración.

60 V. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). op. cit., supra 11, pp. 60-61. PARADA (Ramón). *Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 4a. edición, Tomo I, 1992, p. 100. BASSOLS COMA (Martín), op. cit., p. 157.

61 Al respecto, se estima que el juez constitucional dispone de claros parámetros de control, dado que la potestad de producir actos políticos se encuentra constitucionalmente reglada, esto es, la función de dirección política debe desarrollarse en el marco de la "legalidad" constitucional, sin olvidar que la discrecionalidad inherente a la voluntad política está sujeta a unos límites y obligaciones constitucionales o a un "programa constitucional" V. URIARTE TORREALDAY (Roberto). La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos del gobierno no controlables judicialmente. *Revista Vasca de Administración Pública, No. 30 mayo-agosto 1991*, pp. 213-224. GARCÍA LLOVET (Enrique). Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional, No. 36, septiembre-diciembre 1992*, pp. 281-290.

62 V. GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). op. cit., supra 1, p. 75. Empero, no falta en la doctrina quienes sostienen la vigencia de un ámbito propio de los actos políticos o de gobierno producidos por los poderes públicos, distinto de los actos sujetos al derecho administrativo (función política frente a función administrativa), infiscalizables jurisdiccionalmente, pues son adoptados en un ámbito de actuación reservado por la propia Constitución en aplicación del principio de separación de funciones (librado de la inmisión de cualquier otro poder) y en ejercicio de la capacidad de gestión política o libertad de configuración política. Para quienes propugnan esta postura, tales actos tienen una naturaleza política intrínseca. Agregan, eso si que "... en modo alguno podrá cualquier construcción sobre los actos políticos o de Gobierno considerar que el respeto a su existencia y singularidad llevará inexorablemente consigo una inadmisibilidad judicial del recurso planteado contra uno de estos actos si éste ha violado un derecho fundamental. No hay restricciones en el control judicial de las violaciones a los derechos fundamentales, sea cual sea el poder público que haya producido la violación. El carácter de acto de Gobierno no justifica la inmunidad judicial cuando se ha producido la violación de un derecho fundamental". V. EMBID IRUJO (Antonio). La Justiciabilidad de los actos de Gobierno. *Documentación Administrativa, Nº 220, octubre-diciembre 1989*, pp. 30-32. En igual sentido V. MUÑOZ MACHADO (Santiago), op. cit., p. 2763.

63 Se impone de esa forma la admisión de pretensiones y sentencias condenatorias en el proceso administrativo, pues **"En el caso de actividades o actuaciones la función del proceso no será anular o confirmar el acto administrativo, sino condenar a la Administración a realizar aquellas que deba en cumplimiento de sus obligaciones para con el administrado o de acuerdo con el régimen jurídico que le imponga el deber de prestarlas."** (la negrita no es del original). ORTIZ ORTIZ (Eduardo). **La vía de hecho y la jurisdicción contencioso administrativa**, San José, LIL, 1993, p. 168.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Tal corolario se impone, también, por el derecho a la tutela judicial pronta y cumplida (art. 41 CP) de las situaciones jurídicas sustanciales del administrado (intereses legítimos y derechos subjetivos, art. 49, párrafo in fine, CP).

Desde luego, que la actuación material-vía de hecho, resulta de conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como lo prescribe el art. 357.1 LGAP, que además de otorgarle al administrado la posibilidad de acudir a la vía sumaria interdictal no le impide el acceso a la ordinaria.

## 5. Inactividad de la administración.[64]

De *lege ferenda* debe propugnarse, a fin de obtener una interpretación conforme del art. 1.1 LRJCA con el texto constitucional y de hacer una realidad el Estado social de derecho, la extensión del control jurisdiccional a la inactividad o pasividad de la administración, cuando la actuación sea obligada, preceptiva o reglada (para colmar la regulación de un ámbito que le ha sido confiado).[65]

Sobre este particular, Ortiz Ortiz propugnó, al socaire del art. 49 CP, la potestad del juez de lo contencioso administrativo de sustituir a la administración cuando sea el único instrumento para satisfacer las pretensiones del administrado, incluso en relación a la discrecionalidad residual empleada ilegítimamente en la fase de ejecución y tendiente a enervar los efectos del fallo anulatorio de mérito favorable al ciudadano.[66]

De tal forma, se extendería razonablemente el control jurisdiccional de la Administración —un paso más en el sometimiento de la administración al Ordenamiento jurídico—, dándole plenitud a la jurisdicción contenciosa-administrativa, y combatiendo, al propio tiempo, el carácter revisor de ésta y la inercia de la administración prestacional.[67] Adicionalmente, y esta es la principal consecuencia, sería posible desvincular el proceso del objeto (acto expreso o tácito), y facilitar la interposición de pretensiones en sede jurisdiccional sin necesidad de formalizar previamente el conflicto en la vía administrativa.[68]

---

64 V. NIETO (A.). La inactividad material de la Administración: veinticinco años después. *Documentación Administrativa*, Nº 208, abril-diciembre 1986. NIETO (A.). *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo.* Ibídem. FERRET (J). El control jurisdiccional de la inactividad administrativa. Ibídem.

65 COCA VITA (Eduardo). *Revisión Jurisdiccional de la Inactividad Material de la Administración. Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, No. 17, Abril-Junio 1978*, p. 295.

66 V. ORTIZ ORTIZ (E.). *La vía de hecho...*, pp. 168-170. V. la magistral exposición sobre la constitucionalidad de las potestades jurisdiccionales de ordenación y sustitución de la discrecionalidad administrativa ORTIZ ORTIZ (E.). Espíritu y perspectivas de la reforma de la justicia administrativa en Costa Rica, pp. 29-42.

67 En tales supuestos, al administrado "...le interesa la actuación positiva de la administración, el ejercicio activo de potestades, para que regule, conceda, declare, establezca, prohíba, impida o fije condiciones de efectividad de derechos que, aun implícitamente reconocidos o declarados genéricamente por leyes, sean incompletos o imposibles de ejercitar o disfrutar sin previas actuaciones administrativas". COCA VITA (E.), op. cit., pp. 296-297. "...se abre el camino necesario para poder conseguir en vía judicial declaraciones positivas de actuar de la Administración y fórmulas eficaces para que estas obligaciones se lleven a la práctica legalmente. No se trata en ningún caso de convertir al Juzgador en Administración sustituyendo sus funciones de actuación y normativas, pero sí de evitar que un papel revisor mal entendido deje inmunes parcelas y conductas tan significativas de la administración pública que la hagan aparecer con un especial fuero de inviolabilidad frente a inermes y débiles administrados de cualquier clase; administrados a los que tanto se les puede lesionar con actuaciones como con omisiones administrativas, pues unas y otras y no sólo aquéllas, pueden ser perfectamente injustas e ilegales. Frente a ambas está la soberanía de la ley y existen derechos de los ciudadanos" ibid. p. 299.

68 PAREJO ALFONSO (Luciano). *La Garantía Jurisdiccional frente a la actividad administrativa;* a propósito de los artículos 24 y 104 del anteproyecto de Constitución. *Revista de Administración Pública, No. 84, septiembre-diciembre 1977*, pp. 574-575 y 577.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

# BIBLIOGRAFÍA


ARAGÓN (Manuel). *La interpretación de la constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional. Revista Española de derecho Constitucional,* Nº 17, mayo-agosto 1986.

ARAGÓN (Manuel). *El control como elemento inseparable del concepto de constitución. Revista Española de derecho Constitucional,* Nº 19, año 7, ene-abr. 1987.

AROZAMENA SIERRA (Jerónimo). *Perspectivas de la jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudios sobre el proyecto de ley orgánica del Poder Judicial,* Barcelona, Generalitat de Catalunya, Escola d'administració publica, 1a. edición, 1985.

BANDEIRA DE MELLO (Celso Antonio). *Control jurisdiccional de los Actos Administrativos. Revista de Administración Pública,* Nº 110, Mayo-Agosto 1986, pp. 367-368.

BASSOLS COMA (Martín). *Los principios del Estado de derecho y su aplicación a la administración en la Constitución. Revista de Administración Pública,* Nº 87, septiembre-diciembre 1978.

BERMEJO VERA (José). *El Desarrollo constitucional en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. El Desarrollo de la Constitución Española de 1978,* Libros Pórtico, Zaragoza, 1982.

BREWER CARIAS (Allan). *Estado de derecho y control judicial,* Alcalá de Henares-Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, S.E., 1987.

COCA VITA (Eduardo). *Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica. Revista de Administración Pública,* Nº 100-102, Vol. II, enero-diciembre 1983.

COCA VITA (Eduardo). Revisión Jurisdiccional de la Inactividad Material de la Administración. *Civitas Revista Española de derecho Administrativo,* Nº 17, Abril-Junio 1978.

DE ESTEBAN (J.) y LÓPEZ GUERRA (L.). *El régimen constitucional español,* Barcelona, Ed. Labor, S.E., tomo I, 1982.

DROMI (José Roberto). *Constitución, gobierno y control,* Mendoza, Ediciones Ciudad Argentina, S.E., 1983.

DROMI (José Roberto). *Introducción al derecho administrativo,* Madrid, Editorial Grouz, S.E., 1986.

DUVERGER (Maurice). *Instituciones políticas y derecho constitucional,* Barcelona, Ediciones Ariel, 5a. edición española, 1970.

EMBID IRUJO (Antonio). *El coloquio de Heidelberg sobre el control judicial de las decisiones administrativas. Revista de Administración Pública,* Nº 124, enero-abril 1991.

EMBID IRUJO (Antonio). *La justiciabilidad de los actos de Gobierno. Documentación Administrativa,* Nº 220, octubre-diciembre 1989.

FERNÁNDEZ (Tomás R.). *Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor. Civitas Revista Española de derecho Administrativo,* Nº 76, octubre-diciembre 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La lucha contra las inmunidades del poder,* Madrid, Ed. Civitas, reimpresión 3a. edición, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid, Ed. Civitas, reimpresión de la 3a. edición, 1991.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La jurisdicción contencioso-administrativa hoy. Documentación Administrativa,* Nº 220, octubre-diciembre 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA (E.) y FERNÁNDEZ (Tomas-Ramón). *Curso de derecho Administrativo,* Madrid, Ed. Civitas, 4a. edición, Tomo I, 1987.

GARCÍA LLOVET (Enrique). *Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales. Revista Española de derecho Constitucional,* Nº 36, septiembre-diciembre 1992.

GARRIDO FALLA (Fernando). *El sometimiento de la Administración al orden jurídico: sometimiento a los tribunales y responsabilidad. La Administración en la Constitución,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, S.E., 1980.

GARRIDO FALLA (F.) y otros, *Comentarios a la Constitución,* Madrid, Ed. Civitas, S.E., 1981.

GARRORENA MORALES (Ángel). *El Estado Español como Estado Social y Democrático de derecho,* Madrid, Ed. Tecnos, 1a. edición, 1984.

GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *Administración Pública y Libertad,* México, UNAM, S.E., 1971.

GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *Nuevos sistemas de control de la administración pública. Civitas Revista Española de derecho Administrativo,* Nº 22, jul-sep. 1979.

GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *El control jurisdiccional de los actos del jefe de Estado. Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría,* Madrid, Editorial Civitas, Tomo III, 1991.

GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús). *La extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa. Libro homenaje al Profesor Eduardo Ortiz Ortiz,* San José, UACA, 1994.

GORDILLO (Agustín). *Tratado de derecho administrativo,* Buenos Aires, Ediciones Macchi, Parte General, Tomo I, S.E., 1977.

GUAITA (Aurelio). *Artículo 106 control judicial y responsabilidad de la administración. Comentarios a las Leyes Políticas,* Madrid, EDERSA, Tomo VIII, 1985.

LÓPEZ MARQUEZ (José Francisco). *Las otras excenciones de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956: Estudio de la disposición transitoria quinta. Civitas Revista Española de derecho Administrativo,* Nº 18, Julio-Septiembre 1978.

MARTÍN REBOLLO (Luis). *La justicia administrativa ante el texto constitucional (apostillas a un libro reciente). Civitas Revista Española de derecho Administrativo,* Nº 19, octubre-diciembre 1978.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Lorenzo). *Evolución reciente del contencioso-administrativo. Revista de Administración Pública,* Nº 95, Mayo-Agosto 1981.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Lorenzo). *De la separación y control de los poderes en el Sistema Constitucional Español. Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* Nº 4, septiembre-diciembre 1989.

MUÑOZ MACHADO (Santiago). *La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la administración. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría,* Madrid, Ed. Civitas, Tomo III, 1991.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

NIETO (Alejandro). *La inactividad material de la administración: veinticinco años después. Documentación Administrativa,* Nº 208, abril-diciembre 1986.

NIETO (Alejandro). *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo. Documentación Administrativa,* Nº 208, abril-diciembre 1986.

ORTIZ ORTIZ (Eduardo). *La vía de hecho y la jurisdicción contencioso-administrativa,* San José, LIL, 1993.

ORTIZ ORTIZ (Eduardo). *Justicia administrativa costarricense* (cuatro estudios). San José, LIL, 1990.

ORTIZ ORTIZ (Eduardo). *Espíritu y perspectivas de la reforma de la justicia administrativa en Costa Rica,* texto mimeografiado, 1985.

ORTIZ ORTIZ (Eduardo). *Límites y contralor de la discrecionalidad administrativa en Costa Rica. Revista Judicial,* Nº 28, marzo 1984.

PARADA (Ramón). *Derecho administrativo,* Madrid, Marcial Pons, 4a. edición, Tomo I, 1992.

PAREJO ALFONSO (Luciano). *Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa,* Madrid, Ed. Civitas, primera edición, 1983.

PAREJO ALFONSO (Luciano). *La garantía jurisdiccional frente a la actividad administrativa; a propósito de los artículos 24 y 104 del anteproyecto de Constitución. Revista de Administración Pública,* Nº 84, septiembre-diciembre 1977.

PAREJO ALFONSO (Luciano). *La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida. Revista de Administración Pública,* Nº 94, enero-abril 1981.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ (Jorge). *El Poder Judicial como límite de la potestad de control de las cortes generales. Revista Española de derecho Constitucional,* Nº 9, Año 3, sep-dic. 1983.

SÁNCHEZ AGESTA (Luis). *División de Poderes y Poder de autoridad del derecho. Revista Española de Derecho Constitucional,* Nº 25, año 9, ene-abr. 1989.

SANTAMARÍA PASTOR (J.A.). *Sobre el carácter expansivo de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Civitas Revista Española de derecho Administrativo,* Nº 1, abril-junio de 1974.

SANTAMARÍA PASTOR (Juan Alfonso). *Principios de derecho Administrativo,* Madrid, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., S.E., 1990.

URIARTE TORREALDAY (Roberto). *La reciente jurisprudencia constitucional en materia de actos del gobierno no controlables judicialmente. Revista Vasca de Administración Pública,* Nº 30 mayo-agosto 1991.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

# TLC COSTA RICA-MÉXICO

## Repercusiones para Centroamérica
## Solución de Controversias y temas afines

**Msc. MARIO A. UMAÑA***

*El presente trabajo es parte integral de un estudio sobre las repercusiones para Centroamérica del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y México que incluye las áreas de acceso a mercados, agricultura, normas de origen, normas técnicas, inversiones, servicios financieros, propiedad intelectual y compras del sector público.*

## INTRODUCCIÓN

La solución de controversias en un tratado bilateral, regional o multilateral tiene como objetivo principal introducir normas de naturaleza procesal para darle seguridad y predecibilidad a las regulaciones sustantivas de los acuerdos, evitando la proliferacción de acciones unilaterales o el uso de la vía judicial.

Este artículo expone en forma resumida los hallazgos más relevantes en relación con los instrumentos establecidos por el TLC CR-MEX para resolver los conflictos, las causas de éstos y los sujetos involucrados. Además, se hace un pequeño análisis de algunos mecanismos alternativos de enorme vigencia en el sector privado estadounidense con el fin de rescatar algunas lecciones a la hora de enfrentar las controversias comerciales privadas. Por otra parte, se explora la interrelación medio ambiente-comercio, y problemas laborales-comercio, especialmente en el marco de la solución de controversias. Finalmente se evalúa el posible fenómeno de transnacionalización de los servicios de asesoría jurídica en el contexto de las Partes Contratantes y de Centroamérica.

## 1. LOS INSTRUMENTOS

El TLC reproduce casi en su totalidad el modelo NAFTA para la solución de las controversias generales[1] y las que se presenten en materia de inversiones.[2] En cuanto a las controversias por comercio desleal (dumping o subsidios), materia reservada en

* *Máster en Derecho. Georgetown University Law Center.*

1 Capítulo XVII TLC, XX del NAFTA.

2 Captítulo XIII TLC, XI (B) del NAFTA.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ambos tratados a las leyes domésticas en su fase administrativa, el tratado se separa de la regulación del capítulo XIX del NAFTA, donde opera un *sistema de revisión de paneles arbitrales,*[3] refiriendo la revisión de las cuotas compensatorias impuestas por las autoridades administrativas al procedimiento general del capítulo XVII. Al igual que los modelos modernos, incluyendo los nuevos mecanismos administrados por la Organización Mundial del Comercio, el TLC contiene instrumentos *no contenciosos*[4] como las consultas, los buenos oficios, la conciliación y la mediación; e instrumentos *cuasijudiciales*[5] como el arbitraje institucional del capítulo general, el arbitraje comercial privado, la posibilidad de acudir al esquema multilateral de la OMC como foro excluyente,[6] el arbitraje en materia de conflictos entre un inversionista de una Parte y la otra Parte[7] y los mecanismos para resolver casos de comercio desleal.[8] Todos los procedimientos están sustentados en un *sistema de pasos progresivos* que se van agotando sucesivamente.

### 1.1 La solución amistosa de controversias

La I fase en el escenario no contencioso, *las consultas* inician el proceso. Las Partes entran en contacto directo *sin* la intervención de la Comisión Administradora. Se establece además un régimen especial para el área de medidas fitozoosanitarias, reglas de origen y medidas de normalización. Para esta fase se fija un plazo de 45 días, siendo lo deseable que la gran mayoría de las controversias se resuelven amistosamente durante este período.

La II fase conlleva la intervención de la Comisión Administradora del Tratado. Las figuras de *Buenos Oficios, Conciliación y Mediación* son definidas por la doctrina del Derecho Internacional y contienen elementos que se entrecruzan. Los buenos oficios se refieren a la naturaleza del trabajo de la comisión en la búsqueda de un arreglo entre las Partes; la conciliación se refiere a un proceso cuasiarbitral cuyo resultado no es vinculante para las Partes; y la mediación se refiere a la intervención de la comisión actuando casi como un "tercero" que se involucra de forma más plena que en la situación de buenos oficios. Estas distinciones conceptuales, no muy claras en su contenido, carecen de relevancia práctica, ya que, por un lado, la Comisión no es precisamente un *"tercero entre las Partes"*, sino las Partes mismas en forma de estructura institucional del TLC; y por otro lado, las tres figuras se refieren a un único fenómeno de utilización de mecanismos diplomáticos.

### 1.2 La solución contenciosa de controversias

La III fase se inicia mediante la solicitud para integrar un tribunal arbitral de una lista de 20 expertos en diferentes temas del comercio internacional. El tribunal, formado por cinco miembros, utilizará las reglas modelo de procedimiento, aún en proceso de elaboración y aprobación sobre la base de las reglas de arbitraje de UNCITRAL. Se introduce el concepto ya existente en el NAFTA y en el entendimiento sobre solución de diferencias aprobado en el Acta Final de la Ronda Uruguay, de una *"Decisión Preliminar"*, evidenciándose un proceso de "anglonización"[9] de los institutos jurídicos mexicanos y costarricenses basados fundamentalmente en el modelo romano-germánico. Este proyecto de decisión, tomado dentro de los

---

3 Panel Review System.
4 Art. 17-05 y 17-06.
5 Art. 17-07al 17-16.
6 Art. 17-03.
7 Art. 13-20 al 13-38.
8 Capítulos VIII (bases para aplicar legislación nacional) y XVII (Reglas generales).
9 Este concepto pertenece al Lic. Rónald Garita, abogado costarricense, funcionario de FUCE y negociador por Costa Rica en el TLC en la mesa de Solución de Controversias, quien me concedió una entrevista sobre sus experiencias en la negociación del Tratado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

90 días posteriores al nombramiento del último árbitro, se somete a las Partes para sus observaciones e indica la tendencia de disminuir la naturaleza contenciosa del proceso.

La decisión final de carácter vinculante y definitivo[10] se adopta por mayoría del tribunal dentro de los 30 días posteriores a la decisión preliminar y tiene como posible resultado la *suspensión de beneficios* en uno o varios sectores del tratado para la Parte que perdió el panel. Un nuevo tribunal arbitral puede evaluar la suspensión misma de los beneficios en el caso de que la otra Parte considere que fue excesiva.

### 1.3 El mecanismo multilateral

El TLC contempla la posibilidad de acudir a los mecanismos del GATT[11]. La escogencia de este foro excluye la posibilidad de acudir al procedimiento bilateral. Como conceptos novedosos introducidos en la ronda se incluyen la decisión preliminar, la adopción de la decisión final a menos de que exista consenso de no hacerlo (eliminación del poder de bloqueo), y una fase de apelación por razones de derecho. Las reformas al sistema vigente en el antiguo GATT, han sido consideradas como uno de los aspectos más sobresalientes de la ronda, renovándose la credibilidad de todo el sistema multilateral al disminuir la tentación de la utilización de medidas unilaterales y reforzarse la judicialidad de los procedimientos.

### 1.4 Solución de controversias en materia de inversiones

En esta materia, como se mencionó anteriormente, el TLC escoge básicamente el modelo NAFTA, que promueve la solución de controversias entre un inversionista de una Parte y la otra Parte, mediante la utilización de CIADI[12] (Convenio Internacional para el Arreglo de Disputas en Materia de Inversiones), para cuando las partes sean miembros de ésta; las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI, para cuando sólo una de las partes sea miembro; y las reglas de arbitraje de UNCITRAL, para cuando ninguna de las partes sea miembro. Todavía no queda claro si este último será el caso de Costa Rica a raíz del error cometido por la Asamblea Legislativa en la ratificación de CIADI, ya que se introdujo un artículo exigiendo el agotamiento de la vía administrativa y la vía JUDICIAL, haciendo nugatoria la aplicación de la convención por razones de *cosa juzgada.*[13] El capítulo XIII contiene además normas relativas a la escogencia de la sede y al derecho sustantivo aplicable.[14] Se establece una fase de medidas provisionales y otra de un laudo definitivo. La ejecución del laudo se hará de conformidad con el Convenio de CIADI, la Convención de Nueva York sobre ejecución de laudos arbitrales extranjeros o la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial (Convención de Panamá).

---

10 El NAFTA contempla, al igual que las nuevas regulaciones administradas por la OMC, la posibilidad de acudir a una instancia de apelación, después de la decisión de un panel, salvo en el caso de comercio desleal donde el fallo del panel bajo el cap. XIX es final y vinculante.

11 Debe entenderse que se refiere a los mecanismos sustentados en el *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias*, Anexo 2 del Acuerdo de Creación de la OMC, aprobado en el Acta Final de la Ronda Uruguay, ratificada por Costa Rica mediante Ley 7475 del 26-12-94.

12 Este modelo ha sido criticado por alguna parte de la doctrina internacional sobre arbitraje comercial ya que permite la interposición excesiva de recursos de revisión sobre las decisiones de los paneles.

13 En entrevista realizada al Lic. Jaime Granados de la Dirección de Negociaciones Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, se externó una apreciación incial y extraoficial de esa Dirección sobre este tema en el sentido de que el error legislativo no perjudicará la aplicación de la Convención pues el TLC remite en forma indirecta al mecanismo, incorporándolo de modo sui géneris al ordenamiento costarricense en su concepcion original, siendo irrelevante para los casos que se pudieren presentar dentro del Tratado, la forma de ratificación en nuestra Asamblea.

14 Esto no se encuentra en el procedimiento del capítulo general ya que se le dejó a las Reglas Modelo de Procedimiento su regulación concreta.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

### 1.5 Solución de controversias por comercio desleal

En el área del *Dumping* o subsidios, el Cap. VIII del Tratado regula los procedimientos para que, de conformidad con la ley doméstica de cada parte, se resuelvan las disputas. Para el caso de Costa Rica, y en relación con el comercio extraregional, opera el Reglamento Centroamericano para Prácticas de Comercio Desleal y Cláusula de Salvaguardia.[15]

Este instrumento no es congruente en su totalidad con las nuevas regulaciones que, en esta materia, se aprobaron en la Ronda Uruguay por lo que pronto habrá que modificarlo. Una vez finalizada la investigación por parte de la autoridad administrativa del territorio de la Parte donde se detectó la posible aplicación de prácticas de comercio desleal y aprobada la *cuota compensatoria* correspondiente, un panel arbitral constituido de conformidad con el cap. XVII puede revisar esta última para decidir si es compatible con las disposiciones del cap. VIII.

### 1.6 La solución de controversias entre particulares

En el caso de controversias entre particulares, el TLC[16] promueve la utilización del arbitraje comercial privado. Costa Rica y México son signatarios de la Convención de Nueva York y la Convención Interamericana para efectos de ejecución en el territorio de una Parte de los laudos emitidos en el territorio de la otra Parte. Se propone además la creación de un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas el cual debe, a nuestro juicio, ser potencializado por el sector privado costarricense ya que la experiencia mexicana en el NAFTA refleja claramente los beneficios de la utilización de un mecanismo de esta naturaleza para orientar a los empresarios.

Costa Rica cuenta con una legislación deficiente en materia de arbitraje comercial privado. La Corte Suprema de Justicia revisa en estos momentos un proyecto de ley para modernizar nuestros instrumentos. La Cámara de Comercio de Costa Rica se encuentra, por su parte, en la etapa final de la estructuración de un centro de arbitraje y conciliación. Estas dos últimas circunstancias nos hacen pensar que el país está dando los pasos correctos para prepararse en un tema que será, sin duda alguna, el marco de controversias comerciales más grande en el contexto de la apertura y la globalización de la economía.

### 1.7 Mecanismos alternativos para el sector privado[17]

Dentro de este escenario, vale la pena explorar algunos métodos alternativos[18] para resolver controversias que están siendo aplicados por un gran número de empresas norteamericanas como forma de evitar los problemas derivados de la utilización de los mecanismos tradicionales. Estas empresas han logrado reducir sustancialmente el costo y la duración de los procesos contenciosos mediante la instauración de un procedimiento sistematizado[19] que le da seguimiento a la disputa desde el mismo momento de su nacimiento. La utilización de los métodos *ADR* está basada en la limitación del procedimiento escrito y el aumento de la oralidad, el intercambio de información entre las partes, el acuerdo para limitar los daños, y la utilización de expertos neutrales. Todo esto, aunado a una nueva mentalidad que reemplace la confrontación por la negociación, a través de un compromiso que evite la trampa de convertir *ADR* en un mecanismo judicial privado, ha llevado a las empresas a descubrir que *lo verdaderamente importante desde el punto de vista comercial no es ganar las disputas sino resolverlas.*

---

15 Aprobado mediante Decreto Ejecutivo 21984 MEIC Gaceta 52 del 16-03-93.

16 Art. 17-18.

17 Sobre este tema ver CARVER Todd B y Albert A. Vondra. Alternative Dispute Resolution: Why It Doesn't Work and Why It Does. Harvard. Business Review. May -June 1994. pp 120.

18 Alternative Dispute Resolution ADR.

19 Dispute Avoidance Resolution Process.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

# 2. CONTROVERSIAS BASADAS EN EL CONFLICTO ENTRE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES Y EL COMERCIO INTERNACIONAL DE BIENES Y SERVICIOS

Uno de los temas de alguna forma pendientes[20] en las discusiones multilaterales de comercio y de alguna forma más polémica especialmente entre los ambientalistas[21] es el relativo a la dialéctica entre protección ambiental, protección laboral y el comercio mismo de bienes y servicios. No obstante, el asunto ha sido analizado y negociado en la conformación de bloques regionales como la Unión Europea y el NAFTA. En este último, se negociaron dos acuerdos suplementarios en el campo ambiental y laboral. En ambos, se incluyen disposiciones específicas para la solución de controversias.[22]

El TLC Costa Rica-México por su parte, no contiene mayores provisiones, salvo las relativas a la voluntad genérica de las Partes de ejecutar sus respectivas legislaciones domésticas.[23]

En términos generales, las controversias en materia ambiental y/o laboral entre dos o más socios comerciales podrían devenir de situaciones fácticas contrapuestas; es decir, de la utilización de las excepciones ambientales y de los derechos laborales como barreras no arancelarias encubiertas,[24] o del incumplimiento de alguna de las Partes en ejecutar los compromisos adquiridos en estos campos y originados en su bloque de legalidad interno.[25] Cualquiera de los dos escenarios es peligroso y debe ser analizado con sumo cuidado.

## 2.1 Regulación ambiental en el GATT y en el Acta Final de la Ronda Uruguay

En este delicado balance, y específicamente en el tema de la protección ambiental, el GATT en su artículo XX, al hablar

---

20 El Acta Final de la Ronda Uruguay incluyó en la estructura de la OMC y como uno de los Comités adscritos al Consejo General, el Comité sobre Comercio y Medio Ambiente. A pesar de la presión de los Estados Unidos durante la Reunión de Marrakesh, la llamada Cláusula Social relativa a los derechos laborales y su relación con e l comercio no fue incluida en este instrumento, ni quedó institucionalizado ningún comité al respecto.

21 Ningún área de la actividad del GATT ha sido más criticada por los ambientalistas que la solución de controversias en el GATT. En este sentido, ver ESTY, C, Daniel. *Greening the GATT: Trade, Environment and the Future. Institute for International Economics. 1994. pp 211*, citando a von MOLTKE, Konrad. *Dispute Resolutin and Transparency; in the Greening of World Trade. Pub No EPA 100-R-93-002. Washington: EPA.*

22 Arts. 22 al 36 del Acuerdo Norteamericano sobre Cooperación Ambiental, y 27 al 41 del Acuerdo Norteamericano sobre Cooperación Laboral. El texto se puede encontrar *en The NAFTA Supplemental Agreements. U.S Government Printing Office. 1993.*

23 Art. 13-15 del TLC CR-MEX, dentro del Capítulo de Inversiones.

24 Este es el modelo fáctico derivado del art. XX del GATT y de las interpretaciones de ese artículo en las controversias presentadas ante el GATT antes de la creación de la OMC.

25 Este es el modelo utilizado en acuerdos como el NAFTA y la Unión Europea.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de las excepciones generales, es poco preciso en su léxico.[26] El inciso b) autoriza a las partes contratantes para imponer restricciones al comercio *necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar la de los vegetales*, el inciso (g) autoriza a imponer restricciones *relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restriccciones a la producción o consumo nacionales.* El párrafo incial del artículo advierte, por su parte, la no utilización de estas excepciones como barreras ocultas al libre comercio. Las interpretaciones hechas por los paneles arbitrales han sido restrictivas. De hecho, las controversias más famosas presentadas ante el GATT se han resuelto en favor del libre comercio siendo las más conocidas la de los paneles sobre el problema del atún y la muerte de delfines, entre México y los Estados Unidos,[27] y entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos.[28]

Los casos promueven la impresión de que los que imponen una restricción basada en las excepciones generales mencionadas están a la defensiva ya que éstas deben justificar plenamente las medidas adoptadas. Sin embargo, la verdad es que si normalmente la parte que defiende sus intereses comerciales es la parte accionante, ésta tiene —por un principio de derecho— la carga de la prueba y de seguir con el procedimiento.[29]

Algunos autores han propuesto recientemente algunas alternativas para el tratamiento de estos problemas, incluyendo la modificación sustantiva al GATT para incluir regulaciones más claras y modernas relativas al tema del medio ambiente y la estructuración de una Organización Multilateral sobre Medio Ambiente.[30] Por el momento, la Declaración Ministerial de Marrakesh ha establecido como mandato para el comité sobre comercio y medio ambiente una agenda[31] que incluye: la transparencia del sistema internacional vigente, las exportaciones de productos prohibidos domésticamente, la relación entre el sistema de solución de controversias de la OMC y el sistema de los distintos acuerdos internacionales sobre medio ambiente, las medidas ambientales con efecto sobre el comercio, como por ejemplo el empaque, etiquetado, requisitos de marcado, estándares de producto, impuestos ambientales, y la relación entre acceso a mercados y medio ambiente, incluyendo las escalas arancelarias.

Dentro de estos puntos de la agenda, el tema de la transparencia es quizá el más importante para los defensores del ambiente, ya que al hacerse más público el proceso de los paneles, más peso sobre ellos para dictar resoluciones ambientalmente amigables. Hasta hace poco, la naturaleza casi diplomática de los mecanismos del GATT tendían a convertir el proceso en algo muy confidencial y, por ende, poco accesible al público.

### 2.2 Resolución de controversias ambientales en el NAFTA

Como se mencionó en la nota 22 supra, el Tratado de Libre Comercio de América del

---

26 En este sentido, ver RUNGE, C, Ford. *Freer Trade, Protected Environment: Balancing Trade Liberalization ans Environmental Interest. Council on Foreign Relations Press, New York 1994, pp 15-19.*

27 GATT Doc. 21/R ( 3 de Setiembre de 1991).

28 Ibíd. (Mayo 1994).

29 Esty, Daniel. op cit pp 211.

30 Entre otros, ver: PATTERSON Eliza. *GATT and the Environment- Rule Changes to Minimize Adverse Trade and Environmental Effects Journal of World Trade 26 No. 3 (june), 1992;* ARDEN-CLARKE, Charles. *The GATT: Environmental Protection and Sustainable Development. World Wide Fund for Nature. Discussion paper. Gland, Switzerland: WWF 1992a* LALLAS, Peter L, Daniel C Esty, and David J. Van Hoogstraten. *Environmental Protection and International Trade: Toward Mutually Supportive Rules and Policies. The Harvard Environmental Law Review 16, Nº 2 (Fall) 1992.* JACKSON, John. *World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or conflict? Washington and Lee Law Review, vol 49 Nº 4 (Fall) 1992.* Sobre la creación de la Organización Global sobre Medio Ambiente, ver Esty, Daniel, op cit.

31 SCHOTT, Jeffrey J. *The Uruguay Round An Assessment Institute for International Economics 1994, pp 36, 37.* Ver también The GATT Uruguay Agreements. Report on Environmental Issues. Office of the USTR, US Government Printing Office, August 1994. pp 61.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Norte optó por regular, en el marco de los acuerdos suplementarios, la solución de controversias en materia ambiental en forma separada al procedimiento de los capítulos 19 y 20. Estas disposiciones son consideradas *ambientalmente amigables.*[32]

Primero: se establece el Comité sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias[33] y el Comité sobre Medidas relacionadas con Estándares.[34]

Segundo: el Acuerdo sobre Cooperación Ambiental crea la Comisión para la Cooperación Ambiental.[35]

Estos tres órganos tienen participacion en los procesos de solución de controversias. Los dos primeros de conformidad con los mecanismos del capítulo 20, y el tercero de acuerdo a la Parte Cinco: Consultas y Resolución de Controversias, del Acuerdo de Cooperación Ambiental.

Tercero: el subcapítulo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias coloca expresamente la carga de la prueba en la parte que está desafiando una medida de política ambiental[36].

Cuarto: las Partes pueden acudir al GATT en forma alternativa, sin embargo, si la Parte accionada solicita que se tramite el procedimiento de conformidad con el acuerdo de cooperación ambiental, la Parte accionante debe encausar el procedimiento sólo bajo las reglas de éste.[37] Considerando que los estándares ambientales del NAFTA son superiores a los del GATT es muy posible que se intente escoger los mecanismos del primero.[38]

Quinto: Si la Parte accionada pierde el panel y no implementa el plan de acción recomendado, estará sujeta a la imposición de una multa de hasta $US 20 millones la cual irá a un fondo ambiental. Si la Parte accionada aún rehúsa actuar, (con la excepción de Canadá[39]), estará sujeta a sanciones comerciales[40].

Lo más importante del TLC norteamericano es que permite por primera vez el inicio de un procedimiento de solución de controversias *sólo* a solicitud de una Parte que considere que otra Parte a fallado en forma persistente en aplicar sus propias leyes ambientales. Esto significa que la Parte accionante ya no será la Parte con el interés comercial, sino la del interés ambiental. Las disputas por uso inadecuado de barreras al comercio en este campo se podrían resolver por medio del capítulo general.[41]

### 2.3 La relación comercio-derechos laborales

Si bien el tema de la llamada cláusula social fue excluido de los acuerdos de la Ronda Uruguay, no hay duda de que será en el futuro próximo motivo de fuerte discusión en el seno

---

32 Ver en este sentido, HUFBAUER, Gary Clyde and Jeffrey J Schott. *NAFTA: An Assessment Revised Edition. Institute for Internartional Economics 1993, pp 94-95.*

33 Art. 722 del NAFTA.

34 Art. 913 del NAFTA.

35 Art. 8, Acuerdo Norteamericano de Cooperación Ambiental.

36 Art. 723.6 del NAFTA.

37 Art. 2005.3 del NAFTA.

38 Hufbauer, op cit pp 95.

39 Canadá alegó que sus leyes obligan a las Cortes de su país a aplicar los resultados de un panel, haciendo innecesaria la provisión. De más está decir que esto provocó no pocos problemas políticos en la negociación.

40 Arts. 35 y 36 del Acuerdo Norteamericano de Cooperación Ambiental.

41 Nota del autor: Aunque este tema no ha sido analizado por la doctrina más reciente, se infiere de la redacción de la Parte Cinco del Acuerdo de Cooperación.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de la nueva OMC.[42] El asunto interesa a los países centromericanos pues como beneficiarios del SGP[43] y de la ICC, estamos sujetos a la suspensión de beneficios por parte del Gobierno de Estados Unidos con base en su Ley de Comercio para el primer caso, o con base en la misma ley de implementación de la ICC para el segundo. Además, el problema será, sin duda, traído a la mesa en una eventual negociación de adhesión al NAFTA o en otro mecanismo hemisférico de integración. El escenario posible, *no incluido en el TLC Costa Rica - México*, está descrito en el Acuerdo Norteamericano sobre cooperación laboral (acuerdo suplementario al NAFTA). Este cubre once áreas divididas en tres grupos con reglas de procedimientos especiales para cada uno.[44] El primer grupo es el único que incluye las situaciones sujetas a multas y sanciones comerciales: salud ocupacional y seguridad, mano de obra infantil y salarios mínimos. El segundo incluye situaciones sujetas exclusivamente a consultas oficiales y revisión de expertos independientes: migración de trabajadores, mano de obra forzada, discriminación de empleo, pago igual a hombres y mujeres, compensación en caso de accidentes laborales y enfermedades ocupacionales. El tercero incluye tres áreas que sólo pueden ser analizadas a nivel ministerial: el derecho a huelga, el derecho a convenciones colectivas de trabajo, y el derecho de libre asociación y organización. Como se observa, el primer grupo es el único que se refiere a procedimientos para resolver controversias en forma contenciosa, estrictamente hablando.

## 3. LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS LEGALES EN CENTROAMÉRICA

Uno de los aspectos poco evidentes para la comunidad centroamericana tiene que ver con la necesidad de intensificar los contactos profesionales a nivel regional, especialmente en el campo de los servicios legales privados, como producto de los acuerdos comerciales interregionales en el marco de la integración centroamericana y extrarregionales, incluyendo los TLC con México, Colombia y Venezuela o en el caso de la integración a nivel hemisférico.

La Unión Europea y el NAFTA han mostrado la importancia para la comunidad empresarial y para los mismos profesionales en ciencias jurídicas, de desarrollar empresas transnacionales de servicios jurídicos, o simplemente incursionar en el ejercicio transfronterizo de servicios legales individuales.

Si bien es cierto el proceso de integración centroamericano está lejos del establecimiento de algo similar a la Libertad de Movimiento de Trabajadores,[45] el Acuerdo General[46] sobre comercio de servicios suscrito en el Acta final de la Ronda Uruguay contiene regulaciones importantes que cubren compromisos específicos por más de 80 países en materia

---

42 Sobre la posición de la OECD en relación a este tema, y la justificación de incluir la Cláusula Social en las próximas discusiones de la OMC, ver PURSEY, Stephen K. *A view from Labour. The New World Trading System; Readings. Organization for Economic Cooperation and Development. Chapter 27. 1994. pp. 219.*

43 Sobre los efectos de los estándares laborales en el cornercio, y su relación con el SGP, ver JACKSON, John. Legal Problems of International Economic Relations. Third Edition. West Publishing Co, St Paul, Minn, 1995, pp. 998.

44 En este sentido, ver Hufbauer, op cit, pp. 160-161.

45 Uno de los cuatro pilares de la integración europea.

46 Algunos autores como Richard Snape de la Universidad Monash en Australia, creen que el Acuerdo no es General, ya que a diferencia del NAFTA, incluye una lista particular taxativa de servicios incluidos. El capítulo de servicios del NAFTA regula TODOS los servicios menos los expresamente excluidos. Sobre el particular, ver Schott, Jeffrey, op. cit. p. 102.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de servicios de distribución, medio ambiente, educación, seguridad social, transporte terrestre y marítimo, *y servicios legales.*[47]

Esto significa que es muy probable que la sombrilla multilateral del GATS termine por regular lo que no se ha podido a nivel regional.

El modelo de la Unión Europea[48] es producto de una lenta evolución hacia la perfección del principio de libertad de movimiento de trabajadores. En su proceso hacia el mercado común, se han identificado dos derechos básicos de los proveedores de servicios: el derecho a establecerse y el derecho a proveer servicios. El campo de los servicios legales ha sido uno de los más relevantes en función de la relación intrínsica de éstos con el comercio.

El sustento legal del derecho de los abogados a practicar su profesión en los países de la Unión Europea es el Art. 57 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, el cual intenta promover la movilidad profesional por medio de la armonización legislativa de estándares en la educación y entrenamiento, y el reconocimiento de los diplomas o certificados otorgados a su conclusión. A pesar de ello, el camino al reconocimiento pleno ha tenido que ser sostenido por medio de directrices del consejo, siendo la más importante al respecto la 89/48 del 21 de diciembre de 1988,[49] y por medio de fallos de la Corte Europea de Justicia.[50] La combinación de estos instrumentos ha permitido en términos generales la posibilidad individual de los profesionales en ciencias jurídicas y de los estudiantes de derecho de establecerse en otros Estados. No obstante, menos claro está la posibilidad de firmas o empresas de servicios legales de tener derechos de establecerse en otros Estados.

Muchas de las firmas prefieren abrir sucursales en otros países de la Unión Europea con abogados con capacidad de practicar en su Estado nacional y con títulos de ese Estado nacional, en lugar de contratar profesionales que han llegado a ser miembros de la profesión en el Estado anfitrión y usan su título del Estado anfitrión. El Reino Unido ha permitido a abogados y firmas extranjeras la práctica en función de su capacidad profesional nacional, usando el título nacional del abogado. Alemania sólo permite a los abogados extranjeros la práctica de su derecho nacional, derecho comunitario o derecho internacional. Francia prohíbe la práctica de profesionales en ciencias jurídicas de otros Estados miembros a menos de que se incorporen como abogados franceses.

El Consejo de Colegios de Abogados y Sociedades Legales de la Comunidad Europea (CCBE) ha venido trabajando en un borrador de directriz para la comunidad con el fin de armonizar las prácticas y permitir el derecho a establecerse, excluyendo, sin embargo, la práctica sobre asuntos sucesorios o transferencia de derechos reales y el litigar en casos de procedimientos administrativos, excepto en el caso de simple prestación de servicios legales que no implique establecimiento. El borrador incluye además la necesidad de registrarse ante las autoridades competentes y la sujeción a las normas disciplinarias y de conducta del Estado anfitrión.

Aunque los abogados y firmas de abogados de países no miembros no poseen

---

47 Schott, Jeffrey, op. cit. pp. 109.

48 Ver BERMANN, George A; Róger J. Goebel; William J. Davey y Eleanor M. Fox. *Cases and Materials on EUROPEAN COMMUNITY LAW, West Publishing Co, 1993, pp 584-605.*

49 Ésta incluía beneficios sólo para profesionales de países miembros de la Comunidad. Sin embargo, el Tratado sobre la Creación del Área Económica Europea entre la Comunidad y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) provee regulaciones sobre reconocimiento mutuo de diplomas por todo el Área Económica. Ver Bermann, op. cit. pp. 588.

50 Reyners v. Bélgica, Caso 2/74 (1974) ECR 631. Thieffry v. Conseil de L'Ordre des Avocats à la Cour de Paris. Caso 71/76 (1977) ECR 765. Ordre des Avocats au Barreau de Paris v. Klopp. Caso 107/83 (1984) ECR 2971.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

derechos de establecimiento dentro de la Unión Europea de conformidad con el Art. 52 del Tratado de la CEE, la verdad es que la mayoría de los Estados miembros permiten en la práctica el ejercicio profesional de abogados no comunitarios en su capacidad profesional de su Estado nacional, usando su título nacional, algunas veces en la base de convenios recíprocos. Más sencillo es el escenario de la simple prestación ocasional de servicios legales transfronterizos donde la directriz 77/249 OJ L 78/17 (26 de marzo de 1977) facilita el objetivo comunitario de la libertad de movimiento de trabajadores.

EL TLC Costa Rica- México regula en su capítulo 9 el comercio de servicios. En particular, el artículo 9-04 introduce el tema de trato nacional (no discriminación entre proveedores de cada Parte), el 9-05 exime del requisito de presencia local para prestar un servicio, y el 9-13 y su anexo regulan el reconocimiento de títulos y otorgamiento de licencias profesionales. Se establece un plazo de dos años a partir de la vigencia del tratado para eliminar todo requisito de residencia o nacionalidad para el reconocimiento de títulos y otorgamiento de licencias de servicios profesionales. Estas normas permitirán en el corto plazo formas de transnacionalización de servicios jurídicos.

De alguna forma, toda esta maraña de regulaciones se verá afectada por el avance de las negociaciones en relación al GATS en la arena multilateral. En este sentido, cualquier intento de regular y facilitar este fenómeno de transnacionalización de servicios debe incluir la redacción de un código de conducta Profesional de naturaleza también transnacional con el fin de abordar temas como el cobro de honorarios, el manejo de fondos de los clientes, pólizas de seguros profesionales, permisibilidad de publicitarse, los alcances del privilegio abogado-cliente o secreto profesional y la naturaleza y ámbito de las reglas por conflictos de intereses.

## 4. DESAFÍOS PARA CENTROAMÉRICA

No basta con incorporar instrumentos modernos en la forma de normas sustantivas para regular las relaciones comerciales. Es necesario contar con un mecanismo eficaz y eficiente para ejecutar esas normas y resolver los conflictos que surjan de la actividad mercantil. *El sector privado no debe permanecer indiferente en este campo.* Aún en la esfera de las controversias entre Estados, los agentes finales de los actos de comercio son los particulares. Los mecanismos utilizados en el TLC[51] son la expresión de los avances que ha experimentado el tema a nivel académico y práctico en el mundo entero.

En este contexto, *Centroamérica no necesita inventar el agua tibia* a la hora de negociar en la mesa respectiva un sistema para resolver los conflictos comerciales, pero sí *incrementar el flujo de información* sobre las posibilidades que ofrecen los mecanismos, de tal forma que sean comprendidos por todos los sectores involucrados.

Algunas advertencias deben hacerse, sin embargo, en relación con: a) La aplicación de la legislación sobre el *comercio desleal* para que *se ajuste a los acuerdos de la Ronda Uruguay*; b) El uso del Convenio CIADI para resolver controversias en materia de inversiones y *evitar los problemas presentados en Costa Rica;* y finalmente c) El uso del arbitraje comercial privado, donde los países del área deben hacer un esfuerzo por

51 Con la excepción de las reglas para controversias en materia ambiental o de derechos laborales y su relación con el comercio observadas en el NAFTA.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

*modernizar su legislación y crear centros de arbitraje bajo el auspicio de las cámaras.* Es aquí donde el sector empresarial debe poner mayor empeño, pues *la mayoría de controversias van a surgir entre los particulares.*

Se debe trabajar, además, en los *currícula* de las escuelas de derecho y en los programas de refrescamiento profesional para incluir el estudio de los métodos alternativos de solución de controversias y *disminuir la naturaleza litigiosa de los profesionales en ciencias jurídicas.*

Los mayores desafíos no son solo normativos sino principalmente de *capacitación.* En la medida en que el sector público y el sector privado se entrenen técnicamente en el uso de los instrumentos bajo el espíritu de buscar una solución rápida antes que defender una posición parcial, la solución de disputas comerciales será el sustento y no el obstáculo de una verdadera apertura comercial.

Se debe abordar, más temprano que tarde, la discusión sobre las negociaciones de los aspectos ambientales y laborales relacionados con el comercio de bienes y servicios. Siendo éste un tema donde los países menos desarrollados han mostrado, por razones obvias, un cierto temor o indiferencia, la verdad es que es mejor estar preparados ya que por alguna vía (adhesión al NAFTA, presión unilateral de Estados Unidos bajo el SGP y la ICC, una zona de libre comercio hemisférico, o el mandato de la OMC) nos llegarán las consecuencias.

Finalmente, el tema de la transnacionalización de servicios legales debe poner en aviso a los profesionales del área. Dentro de los escenarios vigentes y posibles encontramos: a) la posibilidad de simples contratos entre firmas de abogados de distintos Estados centroamericanos con el fin de prestar servicios requeridos por clientes de un país en particular en otro país; b) la posibilidad de contratos permanentes de representación; c) la estructuración de empresas jurídicas transnacionales, donde la empresa madre posee un nombre y prestigio regional y abre una sucursal en un país distinto al de su constitución; d) la estructuración de sucursales de firmas internacionales extrarregionales de reconocido prestigio internacional.

En todo caso, el proceso de integración debe avanzar hacia la obtención de la libertad de movimiento de trabajadores si es esto lo que desean los países del istmo, aunque como comentamos anteriormente, la sombrilla multilateral pronto nos empujará en el proceso.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

# DESALOJO Y ALLANAMIENTO

**SR. JORGE ALBERTO PERALTA BALLESTER**

**¿Jurídicamente es posible realizar el desalojo y el allanamiento sin la autorización del Juez?**

**¿Se puede realizar el allanamiento y el desalojo a la luz de nuevo Código Procesal Civil?**

Permítame decirles lo siguiente, estando nombrado como juez ejecutor, se declara en sentencia que el actor del Proceso Monitorio **Nº 988-91** se le adjudican los bienes rematados a Coopeleco y que en virtud de lo anterior se deberá poner en posesión de los mismos.

Razón por la que me hago presente en la Alcaldía de San Marcos de Tarrazú para aceptar el cargo, de inmediato se me nombra y acepto el cargo, me dirijo con el actor y los técnicos al lugar donde se encontraban los bienes inmuebles por disposición del Código Civil y que reza lo siguiente:

**Artículo 255:**

*Son bienes inmuebles por disposición de la ley, todas aquellas cosas que están adheridas a la tierra, o unidos a los edificios y construcciones, de una manera fija y permanente.*

Al llegar a San Pablo de León Cortés nos dirigimos hacia el Beneficio de Coopeleco, a solamente unos minutos del centro.

Llegamos al Beneficio en donde el guarda no quiso abrir el portón, le mostré los documentos desde largo y le dije que me abriera para entregárselos, seguidamente me abrió y nos dio permiso para que entráramos y viéramos los bienes que se le habían adjudicado al actor del Proceso Monitorio.

A continuación comencé a levantar el acta de posesión de los siguientes bienes:

1. Una máquina peladora de café.
2. Un motor SIEMMENS de 48 hp, con tres tolvas de abasto.
3. Un elevador de 9".
4. Gusano transportador, 4,35 metros de largo y 6,5" de canoa.
5. Un motor General Electric Modelo 24.
6. Elevador de café de tres cuerpos.
7. Elevador de café de 10".
8. Elevador de aire con abanico de extracción de aire.
9. Una clasificadora de café.
10. Una criba.
11. Banco de controles eléctricos.
12. Un abanico.
13. Una tolva para pesado de café.
14. Dos máquinas presecadoras.
15. Una secadora de café.

Como se puede ver, es imposible sacar todos estos bienes en un día, por lo que levanté el acta jurídicamente poniendo en posesión al actor de los bienes antes citados, ya que me hice acompañar de los dos testigos los cuales firman y por último yo como juez ejecutor y de esta forma él quedaba en posesión de los bienes antes mencionados en forma legal, y tenía el derecho de entrar con las autoridades a sacar los bienes inmuebles en cualquier momento. El guarda fue despedido de inmediato.

El actor se presentó durante tres meses al Beneficio de Coopeleco a retirar los bienes inmuebles que constaban en el acta judicial y el nuevo guarda le impidió en todo momento la entrada por lo que me llamaron para que les solucionara este asunto.

Viendo la injusticia que se estaba llevando a cabo contra este agricultor, me acordé, que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuando yo estudiaba el nuevo Código Procesal Civil, se me decía en todo momento que la función principal del mismo era para darle celeridad a los procesos y hacer justicia y me acordé del *Artículo 695 que dice lo siguiente:*

> *Condena de dar: Cuando en virtud de una sentencia deba entregarse al que hubiere ganado el pleito un bien inmueble, se procederá a ponerlo en posesión de él, en cuyo caso será aplicable lo dicho en el párrafo primero del artículo 454 y que reza lo siguiente:*
>
> *La autoridad de policía pondrá al actor en perfecta posesión de la cosa, para lo que si fuere necesario sin más trámite practicará el ALLANAMIENTO y expulsará a todo aquel que se opusiere.*

En virtud de lo anterior llamé al actor del Proceso Monitorio y le dije lo siguiente: busque los mecánicos y los camiones que mañana vamos a entrar a sacar la maquinaria. Me presenté el 26 de setiembre de 1994 en horas de la mañana en la Delegación y solicité la colaboración de que nos facilitaran cuatro agentes para entrar al Beneficio de Coopeleco, llegamos al lugar, el nuevo guarda no quiso abrir, ni ver el acta de posesión en donde se le entregaban la maquinaria.

La autoridad viendo esta actitud le dio diez minutos para que abriera el portón porque de otra forma íbamos a romper el candado, no hizo caso y se fue del lugar. Pasaron los diez minutos y la autoridad dio la orden de romper el candado y de entrar y proceder a entregar la maquinaria. Estábamos en el proceso de cargar a los *pick ups* la maquinaria cuando se presentó al lugar el *comandante del lugar* diciendo que no había orden de allanamiento y que todos quedábamos detenidos, en este momento le dije al comandante que yo era el único responsable y que los trabajadores sólo cumplían órdenes, fui detenido y llevado ante la Alcaldesa de San Marcos de Tarrazú, la cuál estaba muy molesta con mi actuación y de inmediato me dijo que contra mi persona existía una denuncia por *allanamiento ilegal* y comenzó a reprocharme diciéndome que mi actuación era antijurídica y que iba a ser procesado por el delito de *allanamiento ilegal.* Se levantó la sumaria por allanamiento ilegal, el expediente fue remitido a San José en donde el defensor público lo rechazó de plano, se trasladó a Cartago al Juzgado II de Instrucción, en donde se ordenó mi captura por rebelde y se me nombra como defensor, al defensor de la Procuraduría General de la República Lic. Óscar Emilio Jiménez Rojas. El defensor de la Procuraduría General de la República una vez que le expliqué los hechos, planteó un incidente ante el Tribunal Superior de Cartago el cual resolvió el veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cinco *voto Nº 202-95 y dice que se procede a sobreseer en forma total al señor Jorge Alberto Peralta Ballester por el delito de allanamiento ilegal en perjuicio de* Mondragón Naranjo.

De esta forma me he complacido en contestarles esta pregunta: *Jurídicamente es posible realizar el desalojo y el allanamiento sin orden del Juez y con fundamento en las disposiciones del Nuevo Código Procesal Civil* y sobre el cuál no existía jurisprudencia al respecto.

## BIBLIOGRAFÍA

*Código Civil* Ley Nº 7020 del 6 de enero de 1986, San José, Imprenta Nacional.

*Código Procesal Civil* Ley Nº 7130 del 3 de junio de 1990, San José, Investigaciones Jurídicas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

# LUCEM ASPICIO: DEL VIVIR Y CREAR. IN MEMORIAM EDUARDO ORTIZ ORTIZ

**DR. MIGUEL GUZMÁN-STEIN**

Hoy miro de frente, y veo los árboles, la tierra, el cielo, y los seres vivientes que entre ellos se mueven. Hoy apunto mi mirada hacia el horizonte, y veo todas las formas en constante movimiento. Hoy lanzo mis ojos amenazantes hacia el Universo, y veo la luz que lo envuelve, lo contiene y lo mueve todo.

¿Qué es la vida, y para qué sirve en el tiempo?

Eduardo es y ha sido vida, pero lo que es más importante: Eduardo simboliza, fundamenta y es esencia del auténtico sentido y fin de la vida; es una exacta representación del significado y respuesta de lo que es la vida.

La vida, como Eduardo, no es estaticidad, o mera síntesis de lo orgánico viviente, tal como decir: planta, animal u hombre. Lo viviente, en el sentido orgánico de la palabra, es sólo un ámbito parcial de lo existente. La vida está íntimamente ligada a la tierra, pero no al medio simplemente espacial, sino a la tierra creadora, fértil por sí, que da vida real, de la que todo surge y desarrolla su esencia, es la tierra que regala su existencia, su vitalidad, a todo lo que existe. Es la voluntad de poder de la tierra misma, esa que crea y da la vida, la misma de la que ha salido lo existente individual que, sin abandonarla, considera a la tierra y todo lo que ésta ha creado, como el fondo sustentador sobre el que descansa todo existente finito. Eduardo es una parte de esa tierra y es creación de ella.

Porque también el ser humano no puede negar lo finito, en tanto sea consciente de la existencia del tiempo y de su propia naturaleza mortal. Y en tanto el hombre entienda este principio, hará de la libertad el camino que conduce al ámbito abierto de posibilidades creativas desconocidas: raíz de su voluntad. El creador está remitido a la realidad del tiempo: toma a éste en serio, se proyecta hacia futuros lejanos, se adelanta con su voluntad, y sus esperanzas supremas corren por delante de él.

El tiempo se valoriza en proporción a la conciencia de la realidad temporal del hombre finito, en proporción a su capacidad creadora. Así, la conexión entre el tiempo y el ser es una constante para la fuerza y la voluntad de poder crear. El tiempo, ese que no podemos pasar por alto ni superar, en el que existe el cambio permanente, constante, el ir y venir de las cosas, donde se revuelve todo lo perecedero, es sólo el cauce del creador para actuar. Crear consiste en edificar, en construir lo complejo y lo sencillo, en proyectar metas finitas y en superarlas, en definir y elaborar nuevos retos y esperanzas, antes o tras concluir los primeros, no importa cuán difíciles y rígidas sean las fronteras.

El creador que adquiere su libertad suprema, acepta el tiempo, la caducidad, su finitud. De ahí que, conociendo su límite finito, ese hombre, esa vida plena, explote su creatividad al máximo, y se proyecte hacia delante sin miedo, con la plena convicción de que crear es querer, es superación, no la simple superación ascética del tiempo y la vida, sino de todos los escalones finitos, de todas las metas finitas que su tiempo le permita definir y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

concretar, traspasar y superar. En el tiempo, el creador construye por encima de sí mismo, no importa cuán alto: destruye también lo que era y busca lo que todavía no es. El creador está siempre en camino, está situado entre el fin y el comienzo. No sólo está en el tiempo cósmico. Es, en palabras de Heráclito, "un niño que juega": descubre, conoce, crea. Las metas finitas están ahí; para el creador, para quien auténticamente está vivo, constantemente hay que superarlas. "El querer libera: esta es la verdadera doctrina de la voluntad y la libertad" (Nietzsche).

La mentalidad occidental ha trazado un rumbo de pensamiento en los últimos siglos, definido por dos valores fundamentales: la libertad y la igualdad. Cierto es que la libertad es requisito indomable del ser vivo, del creador. Pero la igualdad no siempre es principio absoluto de lo mismo: la concepción tradicional de justicia se asienta en la igualdad para fundamentar un Estado de Derecho. Pero dicha concepción no puede negar en forma alguna que la igualdad queda fuera de lugar en el ámbito de lo creativo, de lo vital: cuanto más poderosa sea una vida influyente y creadora, tanto más impactará su existencia sobre el orden prevaleciente e introducirá la desigualdad de los hombres precisamente en su nuevo sistema de valores, y tanto más implantará una jerarquía y una nobleza de alma.

Por el contrario, la impotencia de crear, y por tanto de vivir, insistirá entonces en la igualdad de todos, e intentará rebajar a los creadores, a los únicos vivos, a esas excepciones en el tiempo terrenal, a su ordinariez y mediocridad. La igualdad no significa reprimir la creatividad del ser extraordinario, de quien ha logrado reconocer en su vida la fuerza finita de la creación humana, esencia clara de la libertad. La creación es producción en movimiento, es vida, y para eso la superación es una meta, el ascenso. La vida es inquietud, movimiento hacia lo trascendente, es la lucha constante y el antagonismo de todo existente individual contra todos los demás. Esa vida pone límites y crea hostilidades entre todos los seres individuales: pero los límites están en movimiento, buscan dominarse los unos a los otros. Hay una torre infinita de la vida que busca crecer y superarse constantemente a sí misma. Y lo hace por medio de ese movimiento creativo. Para eso hay que ver hacia el futuro, constantemente hacia delante, en busca de lo trascendente. Esa voluntad creativa es la esencia de todo lo que existe, y si volvemos los ojos y miramos a nuestro alrededor, veremos que la vida entonces prevalece, lo modifica todo, lo mueve todo a pesar del tiempo.

La vida de Eduardo ha sido explosiva, dinámica más que ninguna, totalmente creadora, indomable, reconocida dentro de su limitación temporal, pero sin que por eso la frontera más difícil pudiera ser un obstáculo para seguir adelante. ¡Qué inquietud más arrolladora! ¡Qué fuerza de vida! Eduardo ha sido la ruptura del valor de la igualdad, para convertirse en alguien extraordinario, en la excepción y en lo excepcional. Eduardo, en síntesis, ha sido la esencia clara de la vida, de la tierra, de la creación, de la forma más exquisita de la libertad. Y eso, señores, ha ocurrido aquí, en esta tierra, en este país, donde la igualdad a veces se tiñe de mezquindad y oprime la fuerza de lo superior. Eduardo, y no temo decirlo, ha sido un superhombre, y en torno a su creación ha hecho girar el conjunto político social costarricense. Le ha dado una nueva vida, y ha hecho funcionar la creatividad, no sólo en el Derecho, sino en el simple razonamiento jurídico. Eduardo ha despertado esa sensibilidad extraordinaria que el hombre común guarda y hasta autorreprime, y la ha obligado a actuar, aún contra el propio Eduardo.

¿Por qué Eduardo ha sido considerado internacionalmente como el mayor especialista latinoamericano en el campo del Derecho Público, pero ante todo como un jurisconsulto insustituible e imprescindible? ¿Por qué? Porque ha trascendido el simple valor de la igualdad vulgarmente conocida, para convertirse en un auténtico creador del orden

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

jurídico, del pensamiento jurídico, de la interpretación de una realidad democrática, tanto en la teoría como en la práctica, sin que nadie pudiera taparle la boca ni reprimirle su auténtica dimensión.

No hay duda que la obra académica de Eduardo ha contribuido al engrandecimiento y mejoramiento cualitativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, y tras ésta hay impacto en otras unidades académicas del país. A Eduardo se le debe la creación de sistemas y mecanismos de especialización profesional que permitieron la mejor formación de una pléyade de notables juristas en el campo del Derecho Público, entre otras especialidades, cuyos frutos son palpables hoy día. Las enseñanzas de Eduardo en el aula, contribuyeron a la más rica formación de los profesionales en Derecho, creando a su vez una conciencia general sobre el auténtico valor y destacado lugar que ocupa el Derecho Público dentro del ordenamiento jurídico nacional y en la consolidación de la democracia costarricense. Ha enseñado a sus alumnos y colegas, que el Derecho no puede ser estudiado y aplicado en áreas separadas y estancadas, sino que de él se desprende un necesario conocimiento general del eje motor del Estado de Derecho, a partir del cual establecen su rumbo las distintas especialidades. No se trata de un sistema de Derecho en pedazos y con fronteras; no, se trata de un sistema dinámico, interrelacionado entre sus áreas, del que lo específico no puede perder de vista lo general, ni viceversa; es un sistema en constante movimiento, sujeto a revisión, adaptación, corrección y creación, todo dentro de un conocimiento general de la realidad espacial y temporal, que sólo es propia de quien haga del razonamiento creativo una premisa para toda su vida. Eduardo ha creado por sí mismo. Pero lo que es más importante: ha logrado trascender y crear a través de los demás; ha puesto la semilla, y ha visto y comido el fruto: eso, señores, se llama Escuela.

Su intervención en distintos foros nacionales y extranjeros, en el Colegio de Abogados y en la Unión Costarricense de Abogados; sus alegatos ante los Tribunales de Justicia, claros, directos, contundentes, sin temor a ofender a quien yerra o miente, pues lo que prevalece es la verdad y la realidad creativa; su destacada y decidida participación como miembro de las comisiones redactoras de distintos proyectos de ley, y su mano poderosa en la orientación y definición del ordenamiento administrativo y constitucional; su papel como Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia, así como sus tratados y múltiples publicaciones, entre otros aportes, han convertido sus tesis en Doctrina y en fundamento de la mejor cultura jurídica, y su obra académica, repito, en verdadera Escuela.

Hoy por hoy, don Eduardo Ortiz no es solamente un notable profesor de Derecho y una figura destacada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Es más que eso: es un auténtico maestro de las Ciencias Jurídicas, de la Academia, de la Universidad. Su dimensión personal y profesional ha trascendido más que cualquier otro jurista en la Historia de Costa Rica. Ni el más grave enemigo que pudiera tener don Eduardo, podría contradecir lo aqui expuesto, ni los defectos que pudiera tener, ni los errores que hubiere cometido, serían suficientes para hacer sombra a su obra y persona. ¡Cuántos hoy identifican su formación académica y profesional, su saber, con sólo decir: yo fui alumno de don Eduardo Ortiz Ortiz! Esa expresión no quiere decir vínculo de amistad, no; pero los que han sido sus amigos, se ufanan discreta o arduamente de ello, y los que son sus enemigos saben también que Eduardo no es un enemigo gratuito y cualquiera: para ellos será siempre un señor enemigo, puesto que él es de los enemigos que valen, los que pesan, los que enojan, los que por su labor creadora han sido valientes y han enfrentado las consecuencias de las razones que llevaron a tal grado las relaciones humanas.

La franqueza de Eduardo ha sido tal, que no hace mucho tiempo me decía: "*este país es ingrato, porque no reconoce públicamente mi*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

*obra, y lo que es más, saben lo que valgo, y lo minimizan con el silencio e incluso con el desprecio por mi obra*". En uno de sus últimos actos de homenaje dijo también: *"He esperado este homenaje mucho tiempo..."*. Y yo, como su discípulo en el silencio, me dije: *"Eduardo hace uso de un recurso válido: la franqueza"*. Y la franqueza, la sinceridad, no ha sido más que una forma elegante y social de llamar con otro nombre a la verdad. Para ser creador, para cumplir efectivamente con el propósito de la vida, la verdad es lo que hace yunta con la libertad: la libertad para decir la verdad, la libertad y la verdad para estudiar, para actuar, para hacer ciencia pura, la misma que radica en el razonamiento sin necesidad de laboratorio.

Hasta hoy su mayor frontera fue la vida, seguir viviendo, creando incesantemente. El tiempo se ha cumplido para Eduardo: ha superado extraordinariamente las metas impuestas al principio, ha tenido tiempo para crear múltiples otras, pero le ha faltado tiempo para que su extraordinaria inteligencia pudiera concluir las que su revolucionario movimiento le marcó hasta el final. Pero como buen Cartago, reconoció la finitud de su tiempo, la finitud de su vida y, sin modestia, la trascendencia de su obra y la utilidad y valor de su existencia. Humano, demasiado humano.

Ha muerto Eduardo Ortiz y permanece una realidad. Ha muerto Eduardo Ortiz, y el horizonte está abierto. Ha muerto Eduardo Ortiz y la luz, su luz, nos envuelve a todos.

Hoy hago mío aquel lema que remata el escudo de la Universidad de Costa Rica para expresar mi admiración y respeto por Eduardo, y lo lanzo como estela de su vida: *Lucem aspicio*. Y también recojo la leyenda que corona el frontispicio de la Escuela del Padre Peralta, la más vieja de todas, la que se levanta en la tierra cartaga de los Ortiz, donde Eduardo viera la luz de su niñez: *In lumine tuo videbimus lumen*.

Riquiescat in Pace.

***Oración fúnebre de Dr. Eduardo Ortiz Ortiz. Jardines del Recuerdo, Barreal de Heredia, domingo 26 de marzo de 1995, 15.30 hrs.***