

ISSN
00347787

2006

ISSN
00347787

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS

111

SEPARATAS

SAN JOSE, COSTA RICA
SEPTIEMBRE - DICIEMBRE
2006



111



Revista

340

R Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
 Nº 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
 LIL, S.A., 1963.
 244 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

1. Ciencias Jurídicas. Publicaciones periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes databank:

- Latindex directorio
- Ulrich's Periodicals Directory
- Public Affairs Information Service Internacional
- Russian Academy of Sciences Bibliographies
- Index to Foreign Legal Periodicals

Se agradece la colaboración de la Escuela de Lenguas Modernas de la Universidad de Costa Rica en las personas de su Director M.L. Profesor Alder Senior Grant; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Lic. Marco Castro Alvarado	Presidente
Lic. Ramiro Arauz Montero	Pro-secretario
Lic. Miguel Román Díaz, Coordinador de Enlace	Vocal 2
M.Sc. Gustavo Solís Vega	Secretario

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Rafael González Ballar	Decano
Dr. Alfredo Chirino Sánchez	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor
Dr. Minor Salas Solís	Profesor

COMITÉ CIENTÍFICO:

Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

111

SAN JOSE, COSTA RICA
2006
SETIEMBRE - DICIEMBRE

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2006

Presidente:

Lic. Marco Castro Alvarado

Vicepresidente:

Dra. Alejandra Castro Bonilla

Secretario:

M.Sc. Gustavo Solís Vega

Prosecretario:

Lic. Ramiro Salvador Arauz Montero

Tesorero:

Lic. Adolfo Durán Abarca

Vocal 1:

Licda. Luz María Bolaños Arias

Vocal 2:

Lic. Miguel Román Díaz

Vocal 3:

Licda. Cruz María Calvo Cuadra

Vocal 4:

Lic. José Daniel Alvarado Bonilla

Vocal 5:

Lic. Wilfred Arce Salas

Fiscal:

Dra. Ericka Hernández Sandoval

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rectora:

Dra. Yamileth González García

Directora Consejo Universitario:

Dra. Monserrat Sagot Rodríguez

Vicerrectora de Docencia:

Dra. Libia Herrero Uribe

Vicerrector de Investigación:

Dr. Henning Jensen Pennington

Vicerrectora de Acción Social:

Dra. María Pérez Yglesias

Vicerrector de Administración:

M.Sc. Herman Hess Araya

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Carlos Villalobos Villalobos

Decano Sistema de Estudios de Posgrado

Dr. Jorge Murillo Medrano

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui

PRESENTACION

En este número se publican artículos sobre las siguientes materias: conciliación, política criminal; derecho administrativo, penal, laboral, corrupción, de la información y comercial.

Además, se publican las reseñas respectivas.

El director - editor

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Ensayos:	
La conciliación en materia laboral: su efectividad y viabilidad para las casas de justicia <i>Licda. Patricia Calderón R., Dr. Rafael González B.</i>	13
Perspectiva global de la política criminal española en relación al delito de lesiones (1983-2005) especial referencia a las reformas legislativas <i>Dra. Josefina García García-Cervigón</i>	31
El principio de eficiencia como parámetro de control del acto administrativo <i>Dr. César Hines Céspedes</i>	59
La prescripción de la acción penal y la expansión del poder punitivo <i>Licda. Rosaura Chinchilla Calderón</i>	89
Mobbing laboral: acoso moral, psicológico <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	131
De la indeterminación de la corrupción y sus desconroles <i>M.Sc. Pablo Barahona Krüger</i>	163
Conflicto entre la libertad de información y el honor en España y Costa Rica. El interés público y la adecuación informativa <i>Dr. Alfredo Villalobos Jiménez</i>	183
Acuerdos dentro de la quiebra (rehabilitación del fallido) <i>Lic. Héctor Chávez Carmona</i>	207
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	233

**LA CONCILIACIÓN EN MATERIA LABORAL:
SU EFECTIVIDAD Y VIABILIDAD
PARA LAS CASAS DE JUSTICIA**

Licda. Patricia Calderón Rodríguez^()*

*Dr. Rafael González Ballar^(**)*

(Recibido 12/01/06; aceptado 05/04/06)

(*) Profesora y Directora de los Programas de Educación Continua de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

e-mail: educacion.continua@derecho.ucr.oc.cr

Teléfono 202-6120

(**) Decano Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica

e-mail: decanato@derecho.ucr.oc.cr

Teléfono 207-4114, Fax 234-1220

RESUMEN

Los RAC (Resolución Alternativa de Conflictos) utilizado en conflictos laborales por las autoridades en Costa Rica necesita cambios. Se resalta algunas deficiencias que tienen que ser corregidas en el futuro.

Palabras clave: RAC (Resolución Alternativa de Conflictos), laboral, conflictos.

ABSTRACT

The ADR (Alternative Dispute Resolution) used in labor conflicts by Costa Rican authorities need changes. It points out deficiencies that need to be corrected in the future.

Key words: ADR (Alternative Dispute Resolution), labor, conflicts.

SUMARIO

1. Introducción
2. Resolución Alternativa de Conflictos (RAC): una buena opción
3. Panorama judicial actual
 - a. Mecanismos tradicionales para dirimir conflictos
 - b. Respuesta judicial al entramamiento de procesos
 - c. Alternativas implementadas en la última década
4. La conciliación en vía administrativa. Una experiencia no muy efectiva
 - a. Experiencias en Sector Público en cuanto al RAC
5. Las casas de justicia como ejecutoras imparciales de los mecanismos RAC

Conclusiones

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo nos permitimos señalar algunos de los problemas que se han generado con la implementación en materia laboral, de mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos (RAC); Además, haremos un análisis con el fin de determinar cuáles son algunas de las deficiencias que podrían estar impidiendo que estos procesos conciliatorios no tengan el éxito previsto; finalmente, daremos algunas opciones para una implementación eficaz del Sistema RAC en el campo laboral.

En nuestro criterio, por la experiencia ya acumulada en esta materia, es importante que la solución que se ofrezca, cubra los intereses, tanto de los y las trabajadoras, como del sector empleador, pues de ello dependerá que se logre alcanzar el objetivo final, o sea que se genere una cultura de la conciliación prejudicial mediante la cual tanto empleadores como trabajadores, encuentren salidas satisfactorias para sus disputas.

Con la promulgación del Código de Trabajo Costarricense (Ley Nº 2 del 26 de agosto de 1943), se inició una nueva etapa en las relaciones laborales y en el entorno social de nuestro país. A partir de esa histórica fecha y hasta nuestros días, la legislación laboral se colocó a la vanguardia en la materia, dando amparo legal a un sector tradicionalmente débil y desprotegido; sin embargo, es de señalar el hecho de que estamos arribando a los 40 años desde la última gran reforma procesal, la adoptada mediante la Ley Nº 3702 del 22 de junio de 1966, lo cual hace evidente la urgencia de un nuevo análisis de la normativa que nos rige y su posterior adaptación al contexto social presente.

Nuestro país ha crecido en litigiosidad y ello ha aumentado el número de casos que se presentan ante los tribunales de justicia, no siendo el ámbito laboral la excepción. Por ello, desde mediados de los años noventa, se han venido haciendo esfuerzos por parte de diferentes interlocutores sociales y la misma Administración de Justicia, en cuanto a crear iniciativas tendientes a la búsqueda de soluciones no jurisdiccionales y jurisdiccionales incluso, que mediante la utilización del RAC ayude a descongestionar los tribunales.

Consideramos importante mencionar en este ensayo la necesidad de, poco a poco, ir dando una nueva forma de interpretación y aplicación del Principio Protector que informa las normas laborales, sin

querer decir con ello que se tiene que desproteger la clase trabajadora. Se pueden elaborar reglas procesales específicas aplicadas por tribunales especializados, así como también contar con un espacio de solución alterna oficial que no se estigmatice como el defensor de una sola de las partes en conflicto, sino que se tenga como una instancia imparcial y facilitadora de la comunicación del proceso de negociación, dando posibilidad a ambas partes de expresar sus posiciones e intereses y de encontrar una solución mediada a sus conflictos jurídico-laborales.

2. RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS (RAC): UNA BUENA OPCIÓN

La conciliación y la mediación se tienen como métodos muy similares en su puesta en práctica, pero se puede hacer una diferencia básica en esos mecanismos, la cual radica en que en la conciliación el tercero neutral participa activamente en la generación de opciones y propuestas de solución al conflicto, mientras que en la mediación dicho tercero se abstiene de emitir opinión, asesorar, o proponer fórmulas de acuerdo, limitándose a conducir el procedimiento, en el que, mediante el empleo de diversas técnicas, procura que las partes generen su propia solución.

Nuestra realidad reconoce a la conciliación como una etapa importante en el proceso judicial, ya que, con rango constitucional, se establece su obligatoriedad previa al juicio y luego se reafirma su importancia en la esfera procesal donde el legislador ha previsto además una conciliación intra-procesal al ser una de las etapas que todos los jueces han de cumplir en la audiencia preliminar, aún antes de establecer el objeto del juicio.

Ese derecho que brinda nuestra Carta Magna en su artículo 43, logró su mayor expresión al momento de la entrada en vigencia de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Nº 7727), la cual en su artículo 2 recoge el principio constitucional al señalar que toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar las diferencias patrimoniales de naturaleza disponible, es aquí donde resulta necesario entender que la Constitución no cierra las posibilidades de soluciones alternativas, sino que más bien las incluye como un derecho más de los y las ciudadanas, siendo la naturaleza patrimonial y disponible, del bien en disputa, las dos únicas salvedades para acudir a estas vías.

En la Ley de marras se consagra también la posibilidad de llegar a un acuerdo que solucione el conflicto en cualquier momento, incluso cuando exista un proceso judicial pendiente y hasta cuando haya una sentencia sobre esa causa (art. 3, LRAC). Con ello se pone de manifiesto una vez más el principio de Autonomía de la voluntad, en el tanto las partes pueden arreglar sus intereses en conflicto mediante convenios libremente celebrados.

Sin embargo, todas esas opciones de solución de conflictos no son bien utilizadas, pues no existe la cultura del diálogo, de la comunicación; se prefiere en la mayoría de las ocasiones que sea el o la juzgadora quien tome en sus manos nuestros conflictos y los “resuelva” en lugar de asumir la responsabilidad de decidir nosotros mismos.

No obstante lo dicho, la Resolución Alterna, sea mediación o conciliación, por los principios que la rigen, se ha convertido en una opción importante de tomar en cuenta en materia laboral, como veremos mas adelante incluso el proyecto de reforma laboral procesal (Expediente legislativo 15.990 publicado en La Gaceta del 30 de setiembre del 2005) lo incentiva.

Veamos algunos de los principios básicos de este Sistema, no tan nuevo en su existencia pero sí en su aplicación en el Sector Judicial:

La paz social. Estos mecanismos, mejoran la comunicación entre las partes y fomentan que éstas busquen resolver sus controversias de manera pacífica; mediante soluciones integrales que satisfagan los intereses involucrados. Lo anterior disminuye el volumen de litigiosidad en la sociedad, logrando consensos y racionalidad a la hora de resolver controversias.

Facilita el derecho humano de acceso efectivo a la justicia. Al existir participación directa de las personas, la solución es voluntaria, sin procedimientos judiciales, su aplicación genera un alto nivel de satisfacción personal y la percepción de una justicia mas efectiva.

Proceso educativo participativo. Las personas mejoran su comunicación y aprenden a resolver, por sí mismos, sus propios conflictos.

Por ser primordialmente de carácter auto-compositivo, el RAC tiene como objetivo alcanzar la solución integral del conflicto y precisamente por el hecho de ser las partes quienes construyen la solución que

mejor les conviene, es menos probable que queden aspectos sin resolver que puedan generar problemas en el futuro, razón por la que se dice que la solución del conflicto es integral, pues el mecanismo busca que mediante una guía imparcial, se tomen decisiones informadas mediante un proceso creativo (Araujo Gallegos: 2005).

Desjudicializar los conflictos (laborales, agregamos para los efectos que nos interesa). Se resuelven los conflictos al margen de las formalidades propias del proceso judicial, en aquellos aspectos que son los que mas podrían entorpecer la administración de justicia.

Creemos entonces que hoy más que nunca, son los mecanismos RAC los llamados a convertirse en la mejor opción para la sociedad, pese a la resistencia generada en algunos sectores.

La experiencia uruguaya en cuanto al RAC

En Uruguay, existe una cultura de la conciliación judicial y administrativa que tiene incorporada desde hace bastante tiempo ya. Ello trae aparejada una ventaja comparativa en relación con otros países latinoamericanos.

La autocomposición de las diferencias por medio de la conciliación en diversos ámbitos estatales se ha ido desarrollando en los últimos tiempos, mediante la especialización y mayor capacitación de los facilitadores intervinientes.

Gradualmente y en forma paralela, casi sin regulación legal, se están desarrollando también la mediación y la conciliación en el ámbito privado. El movimiento de formación de una cultura en torno a la mediación, es una realidad a la que ese país se va sumando desde hace alrededor de 10 años. Sin embargo, un aspecto en el que se considera carente es que la mediación se ha gestado sin un marco normativo específico, siendo deseable que la legislación incorpore normas en la materia que contribuyan con su desarrollo.

Poco a poco esa sociedad ha ido comprendiendo que la proyección de la mediación, como instrumento idóneo para alcanzar la paz y la armonía social en tanto promotor de la autocomposición asistida de las diferencias, es de apreciable valor en las muy diversas áreas a las que es aplicable.

Allá como aquí en Costa Rica, es deseable y necesaria una sólida formación, así como la capacitación continua de los mediadores, para la correcta conducción de los procedimientos en los que intervienen, para lograr que el instituto de la mediación se transforme en una eficaz y confiable herramienta a la hora de la solución de conflictos.

La mediación promueve una mayor satisfacción en las partes inmersas en los conflictos, por apuntar a su protagonismo en la búsqueda de soluciones “ganar-ganar”, contribuyendo paralela y simultáneamente al descongestionamiento y por consiguiente a la mayor eficacia en la actuación de los órganos judiciales que deben entender en los pleitos.

En este panorama, sería deseable para contribuir a una más amplia difusión del instituto de la mediación, una mayor coordinación y mancomunación de esfuerzos en la divulgación del mismo, entre las distintas instituciones comprometidas en el tema, en todas las áreas que abarca, no sólo a nivel nacional sino también internacional.

3. PANORAMA JUDICIAL ACTUAL

a. Mecanismos tradicionales para dirimir conflictos

Ahora bien, a pesar de lo que se ha venido diciendo, las investigaciones y las estadísticas nos dan más información negativa que positiva sobre los resultados en nuestro país tanto en Sede administrativa como judicial, sobre la efectividad del RAC, específicamente de la conciliación, nos parece que la mayoría de las fallas se deben al carácter adversarial que se inculca en la mente de los y las abogadas, así como al temor de que estas nuevas formas de resolver conflictos pongan en riesgo el ejercicio profesional, tanto en su aspecto liberal como dentro del Sistema judicial, asimismo es atribuible este fenómeno, a la incapacidad y falta de cultura RAC, esto se presenta tanto en sede administrativa como judicial.

Los problemas de infraestructura, presupuesto, preparación de los conciliadores y el hecho de que la conciliación se tenga como parte interna de un proceso judicial iniciado, agrava el panorama. Las oficinas judiciales están abarrotadas de expedientes viejos y viejísimos en algunos casos, el promedio de tiempo que tarda en dirimirse un conflicto, ronda los cuatro años, con lo que se ha creado una gran apatía y desconfianza por parte de los y las ciudadanas.

Es lógico pensar que los actuarios no tienen tiempo suficiente para estudiar los casos antes de llegar a resolver sobre ellos y la cosa se torna más deprimente si se tiene que los procesos conciliatorios al darse dentro del expediente judicial en trámite, terminan siendo tan lentos como todo lo demás y peor aún, la mentalidad de las partes al llegar a una conciliación (si es que llegan), es la misma con la que deciden iniciar un juicio (litigiosa) lo que, sumado todo, deja muy claras las razones por las cuales el RAC tiene una imagen negativa en la mayoría de la población, porque no existe la diferenciación práctica necesaria para que constituya una verdadera alternativa de solución pronta y cumplida.

Para nosotros, sin embargo, el problema no está en los mecanismos en sí, sino, como señalamos antes, en los aspectos externos precitados.

b. Respuesta judicial al entramamiento de procesos

Efectivamente en nuestro Sistema Judicial se está haciendo urgente una reforma que le permita, más allá de la resolución judicial de los conflictos, crear un verdadero filtro con el fin de descongestionar sus tribunales y poder realmente brindar la “justicia pronta y cumplida” de la que habla nuestra propia Constitución Política.

No obstante lo anterior, creemos que se han venido presentando factores muchos de ellos más que de naturaleza técnica, de naturaleza humana, que impiden una real interpretación y aplicación de la normativa costarricense, en tal sentido vale la pena traer a colación una cita de la Resolución 652-2005 de la Sala Segunda, la cual reza así: *“las cláusulas arbitrales incluidas en los contratos propios de la materia de trabajo, a través de las cuales los trabajadores acepten someter a arbitraje los conflictos que surjan posteriormente entre las partes, **son absolutamente nulas** y, por lo tanto, ineficaces, pues en el fondo pueden implicar una imposición de la parte empleadora e **implican de hecho una renuncia de antemano a la jurisdicción de los tribunales de trabajo** que la Constitución Política les creó (artículos 74 de la Constitución Política, 11 y 17 del Código de Trabajo). (...). Esto debe interpretarse, con mucho más razón en materia laboral, ante el peligro de que se impongan cláusulas arbitrales en los contratos de trabajo, en el sentido de que ese derecho puede ejercerse en relación con diferencias patrimoniales existentes o actuales, y no en sentido absoluto, porque eso, como se dijo, **importa la renuncia de un derecho fundamental**, lo cual está prohibido.”* (énfasis agregado)

Si bien en esta Resolución se habla únicamente de arbitraje, es oportuna citarla en el tanto evidencia el hecho de que nuestros juzgadores, anteponen en materia laboral, la defensa estricta de principios como el de la Irrenunciabilidad de Derechos y el Protector, lo cual evidentemente es lógico y esperable en un sistema normativo como el nuestro y después de que las reformas laborales se alcanzaran no sin antes dar grandes luchas para ello.

Ahora bien, sin ánimo de contradecirnos ni propiciar una tendencia de desprotección al y la trabajadora, creemos que en algunos casos (no necesariamente el citado), la aplicación de principios como el protector, ha tendido a desfavorecer los intereses inmediatos de la parte débil en la relación laboral y que en los juzgados ha predominado una visión tradicional según la cual abrir la posibilidad de un arreglo negociado, conciliado o mediado, entre patrono y trabajador, desprotege a este último y pone en riesgo muchos de los principios laborales que los abrigan.

Lo anterior nos parecería muy válido y loable si en la realidad esa posición no estuviera traduciéndose en un atraso real en la respuesta y solución de los conflictos laborales que se ventilan en los tribunales de justicia. ¿Por qué afirmamos eso?, lo hacemos basados en las estadísticas judiciales donde se pone de manifiesto que el rezago en los Juzgados es enorme, dándose casos en los que, como ya se dijo, un proceso judicial tarda incluso 4 años en resolverse, situación que una vez más viola el mandato constitucional de “Justicia pronta y cumplida” y, a la postre, convierte el principio protector o el de irrenunciabilidad de derechos en una pesada cadena que mantiene atadas a las partes, siendo la mayoría de las veces, que los trabajadores son los más afectados.

Nuestra posición no es la de defender a una u otra parte, sino la de llevar a una reflexión objetiva que pueda conducir a encontrar un camino más amplio en el campo de la resolución de conflictos, sin que esto implique la renuncia a derechos fundamentales, ni la vuelta a la época de la explotación obrera.

Es innegable que la parte empleadora es la más fuerte y la que pareciera llevar ventaja en los conflictos laborales, pero también lo es que el o la trabajadora al acudir a los tribunales de justicia, lo hace en condiciones generalmente de desamparo económico y el no poder brindarle una respuesta oportuna, le puede significar un problema mayor aún al que originalmente buscó resolver.

c. Alternativas implementadas en la última década

Mediante acuerdo de Corte Plena del 5 de febrero de 1996, artículo VI, se crea la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) adscrita a la Escuela Judicial. Con lo anterior se garantizó la continuidad de la promoción del RAC en el Poder Judicial, sobre todo respecto de la aplicación de estos mecanismos dentro de los procesos judiciales (en particular la conciliación).

Es nuestro criterio y ya lo hemos venido poniendo de manifiesto, que la ubicación de la conciliación, dentro del proceso judicial, no es lo ideal, pues las partes ya tienen su abogado desde que se les notifica la demanda y, por ende, se presentará a la audiencia conciliatoria (si es que lo hace) con una posible estrategia elaborada, situación que, hasta que no se produzca un cambio de mentalidad general, tiende a desvirtuar el fin de la conciliación misma.

Como mencionamos supra, la conciliación se realiza inmediatamente antes de la realización de la audiencia de recepción de pruebas. Esto hace que surjan varios problemas prácticos, entre los que podemos citar el hecho de que al no haber generalmente acuerdo, pues no hay voluntad, se convierte esta fase en un atraso más dentro del proceso y no en lo que debería ser: una forma ágil de resolución anticipada; además del significativo inconveniente de que el caso lo seguirá conociendo el mismo juzgador(a), con la consecuente pérdida de imparcialidad.

Los mismos jueces han manifestado que “el realizar la conciliación requiere tiempo y esfuerzo y si no se llegan a arreglar, ese tiempo que se gastó tratando de hacer la conciliación, es tiempo menos que se tiene para oír la prueba”.

El gran ausentismo de las partes a las audiencias es un inconveniente para nosotros aun más preocupante, creemos que en buena medida esto obedece a que no hay ninguna sanción dispuesta para obligar realmente a asistir.

Aunado a lo anterior, se debe considerar que la libre voluntad de las partes es fundamental para los procesos de RAC, principalmente en la conciliación. Muy ligado a esto último tiene que ver con el ánimo con que las partes asisten a esta audiencia. Si ya existen abogados, una demanda presentada, un juez o actuario que no conoce bien el expediente pues no tuvo tiempo para leerlo, y por último una actitud

casi forzada de que se va a perder el tiempo, el resultado de la ecuación tendrá que ser negativo.

Pero no todo está mal, es interesante como, al analizar el informe presentado por el Poder Judicial sobre las estadísticas del 2005 de la Unidad de Jueces conciliadores, el resultado es más halagador. Notamos que de 1079 casos recibidos en el segundo semestre, 889 tuvieron acuerdo. En materia laboral, 50 recibidos de las diversas jurisdicciones del país tuvieron un acuerdo. La respuesta podría ser lógica, estas audiencias se hacen con personas mejor preparadas, con una buena disposición y mejor manejo del instrumento RAC, por lo tanto el resultado mejora.

El renacimiento de los instrumentos de RAC sigue teniendo apoyo, lo notamos cuando analizamos el Proyecto de Reforma Laboral Procesal, cuando propone la intervención de conciliadores distintos del juez y posibilita soluciones conciliadas o arbitradas en forma extra-judicial, tanto en los conflictos económicos y sociales, como en los jurídicos. (Ver título XII sobre la Solución de los conflictos jurídicos, individuales o colectivos mediante árbitros especializados artículos del 610 al 654).

El Presidente de la Sala Segunda, Dr. Orlando Aguirre en la presentación de la reforma manifestó que se insistió, en el aspecto estructural, disponer la existencia de tribunales de arbitraje unipersonales y colegiados, siendo sus miembros, obligatoriamente profesionales en derecho, para lo cual, el Ministerio de Trabajo dispondrá de listados de por lo menos 20 personas debidamente calificadas, en requisitos, formación académica y experiencia, para tal propósito, sin que por ningún motivo puedan ser empleados o funcionarios del sector público.

En materia de conflictos colectivos, se reinserta un procedimiento de arbitraje que dada la dinámica de las relaciones laborales actuales, viene a constituir un mecanismo eficaz de solución de conflictos de derecho, por cuanto permite que las partes, aún en estado de paralización de servicios, puedan acudir a él, por lo que el propósito del proyecto, desde la perspectiva del Ministerio de Trabajo, visualiza una opción de tratamiento de conflictos acorde con los requerimientos que esa dinámica laboral plantea.

4. LA CONCILIACIÓN EN VIA ADMINISTRATIVA UNA EXPERIENCIA NO MUY EFECTIVA

a. Experiencias en Sector Público en cuanto al RAC

Existen dentro del Aparato Estatal, varias instancias creadas con el fin de impulsar los mecanismos RAC, entre ellos está la Comisión Nacional de Consumidor y el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos Laborales del Ministerio de Trabajo, de ambas podemos en forma general decir que han venido desarrollando una importante labor en la materia, pero arrastran una deficiencia que no les ha permitido alcanzar sus metas como originalmente se pretendía, la misma consiste precisamente en que han llegado a ser consideradas como Defensorías (del consumidor y del trabajador, respectivamente), lo cual ha limitado el normal desarrollo de sus tareas conciliatorias o de filtro entre las relaciones, consumidor-comerciante o trabajador-empleador, no pudiendo por ende propiciar el desentramamiento judicial requerido. Por la naturaleza misma de nuestro ensayo, dedicaremos la atención en la instancia laboral.

Oficina de Relaciones del Trabajo (ORT) y Centro de Resolución Alternativa de Conflictos Laborales (CRACL)

En el Ministerio de Trabajo existen actualmente dos instancias para conciliar. La oficina de Relaciones del Trabajo (ORT) y el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos Laborales (CRACL). En ambos casos las estadísticas no son todo lo positivas que uno podría desear para considerarlas atractivas tanto para el trabajador como para el patrono la experiencia hasta ahora llevada a cabo.

De acuerdo con las investigaciones consultadas en la ORT, tenemos lo siguiente: “de los 166 casos estudiados sólo en 44 de ellos o sea un 27%, se logra la conciliación, en 22 casos (14%) no se da la conciliación, en 77 casos (47%) no se presenta el patrono, en 5 casos (1%) no se presentan los trabajadores y en 18 casos (11%) el Ministerio no reporta que pasó con ellos. Al sumar los casos no conciliados con los casos en donde no se presentó el patrono, aquellos en los que no se presenta el trabajador y en los que el Ministerio no dice que pasó con ellos, nos da 122 casos, o sea, un 73.5% en los cuales no se logró que el procedimiento conciliatorio fuera eficaz y en solo 44 de ellos (26.5%) se logró conciliar.

Está claro que el procedimiento conciliatorio no funciona, no es eficaz, aunque personeros del Ministerio de Trabajo aducen que no se puede asegurar que la falta de presencia patronal a la audiencia conciliatoria compruebe la ineficacia del procedimiento". (Calvo Cascante Giselle: 2001).

El CRACL, como centro dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, fue creado en el marco de lo prescrito por los artículos 72 y 73 de la Ley de RAC, ésta última es el cuerpo normativo y marco fundamental de su actuación. La función primordial es disminuir la hiper-litigiosidad laboral, acelerar los procesos de resolución de conflictos laborales y favorecer la protección de los derechos laborales de trabajadores y empleados.

Las últimas estadísticas de la dependencia, en el último cuatrimestre del año 2000, se sometieron 226 casos al conocimiento del Centro, de los cuales en 147 de ellos no medió reunión entre partes (65%). De los 79 casos restantes, en 51 de ellos hubo acuerdo de partes (65%), mientras que en los últimos 28 no medió acuerdo alguno (35%).

Más adelante, en el primer cuatrimestre del 2001, el número de casos atendidos en el Centro aumentó a 1459. En 497 de ellos se hicieron presentes las partes convocadas al efecto (34%), y 331 de ellas lograron llegar a un acuerdo satisfactorio (67%), mientras que en 166 ocasiones sucedió lo contrario (33%).

En los meses de enero a agosto del 2002, el Centro recibió 1127 solicitudes de tramitación del procedimiento conciliatorio. En 676 ocasiones no logró concretarse la audiencia convocada al efecto por inasistencia de las partes, al tiempo que en 451 casos los interesados acudieron a la cita. Cuando las partes fueron reunidas en 332 ocasiones se logró el acuerdo, mientras que en 119 no hubo tal (27%). (Calvo Cascante: 2001).

Es muy frecuente encontrar conciliaciones, con actitudes que consideramos erróneas, ya que distorsionan la forma como debería aplicarse el principio protector del trabajador. Por ejemplo insisten las investigaciones citadas que en las audiencias de conciliación individuales de las oficinas del Ministerio, el conciliador asume un papel activo en la audiencia, y toma el lugar del trabajador impidiéndole a éste expresarse y tornando la conciliación como una lucha entre el funcionario y el patrono.

De las cifras supra indicadas, podemos entonces concluir que el avance en este campo de la conciliación no se podrá materializar en los niveles deseados si no se propicia un cambio de mentalidad que propicie generar nuevas formas de resolución como la analizada y convertida en viable este proyecto que en esencia lo que busca es mejorar la convivencia y forma de vida de los y las ciudadanas costarricenses.

5. LAS CASAS DE JUSTICIA COMO EJECUTORAS IMPARCIALES DE LOS MECANISMOS RAC

Al margen de la existencia de instancias privadas que ofrezcan servicios RAC, y menos aún pretendiendo monopolizar estas nuevas formas de solucionar problemas individuales y/o colectivos, consideramos que una buena oportunidad para mejorar las estadísticas precitadas y por ende, la calidad de vida de los y las ciudadanas costarricense, lo son las Casas de Justicia que promueve el Ministerio de Justicia y Gracia.

En este sentido y de conformidad con la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, en relación con el Decreto Ejecutivo No. 32.152- MJ, la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos del Ministerio de Justicia es la instancia competente para conocer el tema al interior del Ministerio.

Durante el 2003, la Dirección aludida suscribió un Convenio Marco de Cooperación Institucional con la Universidad de Costa Rica, cuyo objetivo es el establecimiento de Casas de Justicia, con el fin de que funcionen como centros de mediación vecinal orientados a la promoción, desarrollo y administración de mecanismos alternos para la solución de conflictos, con especial énfasis en la mediación comunitaria. Asimismo, se han establecido contactos con las Municipalidades del país para difundir y establecer las Casas de Justicia, esfuerzos que se han visto concretados en el 2004 principalmente en las distintas sedes de la Universidad de Costa Rica. (Informe de Labores del Poder Judicial: 2005).

Casas de Justicia en materia laboral

Después de exponer nuestra posición respecto de la conciliación en materia laboral y de cómo ha funcionado en nuestro país la Resolución Alternativa, consideramos importante complementar este ensayo con una propuesta que complemente lo que hasta ahora son las Casas de Justicia.

Al amparo del Convenio suscrito con la Universidad de Costa Rica, se debe propiciar la implementación de Casas de Justicia especializadas por materia, esto es que, por ejemplo en el campo laboral, pero que estas instancias realmente logren calar en la mente de los y las costarricenses como alternativas imparciales de solución.

Lo que buscamos o esperamos al decir instancias imparciales, en todo momento es un acercamiento con los principios de paz social, fraternidad universal, dimensión humana en el tratamiento de los conflictos, sin que esto llegue a sacrificar los principios generales del Derecho laboral ya antes citados.

Así entonces, vemos tanto en el empleador como en el empleado, a personas, con sentimientos y susceptibles de establecer relaciones y comunicación más allá de la laboral, relación esta que podría bien generar soluciones a sus conflictos (entendidos estos como de naturaleza patrimonial disponible), conflictos que serán manejados por las partes mismas de una manera asistida pero en donde nunca se entregará la responsabilidad de su resolución a un tercero.

Por supuesto que nuestra idea no es excluyente de la posibilidad de tener que acudir a las vías judiciales en aquellos casos en los que no se logre un real y justo acuerdo, pero el sólo hecho de posibilitarle a las partes una instancia alternativa con menos entramientos e iguales posibilidades de arreglos satisfactorios, ya constituiría en nuestro criterio, un apoyo al Sistema Judicial mismo.

CONCLUSIONES

Por todo lo anterior, es deseable y necesaria una sólida formación, así como la capacitación continua de los mediadores, para la correcta conducción de los procedimientos en los que intervienen, para lograr que este instituto de la mediación se transforme en una eficaz y confiable herramienta a la hora de la solución de conflictos.

Sería interesante también que se comience a desarrollar programas de mediación escolar, tanto en centros de enseñanza públicos como privados, de manera tal que se contribuya con la incorporación de esta cultura en docentes, administrativos, padres y educandos y que con ello, los valores que subyacen en el mecanismo de Resolución Alterna de Conflictos (RAC), coadyuven en el afianzamiento la paz y la armonía social, siendo la autocomposición de los conflictos mediante negociación o mediación la forma pacífica de resolución de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- Porter Aguilar, Hugo. *La Conciliación Penal para la Administración de Justicia*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2003.
- Araujo Gallegos, Ana Margarita. *Negociación, Mediación y Conciliación: Cultura de Diálogo para la Transformación de los Conflictos*. San José: Editorial IJSA, 2005.
- Arias Solano, Randall. *Acceso a la Justicia y Resolución de Conflictos: la Experiencia de las Casas de Justicia*. San José: Ministerio de Justicia y Gracia, Dirección Nacional de Resolución Alterna de Conflictos, 2001.
- Van der Laat Echeverría, Bernardo. *La Dimensión Social de la Globalización: Cláusulas Sociales, Códigos de Conducta y Normas de Responsabilidad Social del Empresariado*. En Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 103. San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Colegio de Abogados, 2004.
- Dirección de Mercadeo Corporativo y Relaciones Públicas ICE. *El Éxito de una Buena Comunicación*. Edición Nº 24, 2006
- Fisher, Roger; Ury William. *Obtenga el Sí, el Arte de Negociar sin Ceder*. México D.F.: Compañía Editorial Continental, 2000.
- Azofeifa González, Francisco; Carmona Marínez, Arnulfo. *Creación de un Órgano de Negociación, Mediación, Conciliación y Arbitraje en el Procedimiento Administrativo*. Tesis de grado para optar al título de Licenciados en Derecho, 1987.
- Yglesias Vieto, Rodolfo. *La Conciliación en los Conflictos de Intereses*. Tesis para optar al título de Licenciado en Leyes, 1954.
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, República de Costa Rica; Programa Regional de Modernización del Mercado Laboral (PRMML) SIECA/BID-FOMIN. *Conciliación Laboral en Costa Rica*. San José: El Cano Editores S.A., 2004.
- Cheves Aguilar, Nazira; Araya Pochet, Carlos. *Constitución Política Comentada de Costa Rica*. México D.F.: Editorial McGraw-Hill, 2001.
- Morgado Valenzuela, Emilio. *Los Derechos Humanos y el Derecho del Trabajo*. En Debate Laboral, Revista Americana e Italiana de Derecho del Trabajo, año III, Nº 6/1990.

**PERSPECTIVA GLOBAL DE LA POLÍTICA CRIMINAL
ESPAÑOLA EN RELACIÓN AL DELITO DE LESIONES
(1983-2005) ESPECIAL REFERENCIA
A LAS REFORMAS LEGISLATIVAS**

Dra. Josefina García García-Cervigón^(*)

Profesora de Derecho Penal
y Criminología

(Recibido 29/09/05; aceptado 05/04/06)

(*) Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED. Madrid, España.
Especialista Universitaria en Criminología.
e-mail: jcervigon@der.uned.es

RESUMEN

El delito de lesiones en España ha sufrido importantes modificaciones penales en las últimas dos décadas. Por ello, el análisis de la política criminal de estas dos décadas se ha centrado en las reformas penales obviando la otra cara de la política criminal: la prevención. Completando dicho estudio con las escasas estadísticas que hay al respecto, sobre todo en la primera década, para ver el aumento o disminución de dicho delito e intuir el posible éxito o fracaso de las reformas penales.

Palabras clave: política, criminal, legislación, reformas, delito, lesiones, España, décadas.

ABSTRACT

In Spain, injury crime has undergone important criminal reforms over in last two decades. So, the analysis of the criminal policy during this period has focused on criminal reforms, thus obviating the other face of criminal policy: prevention. This study is complemented with the scarce statistics on this matter, especially during the first decade, to reflect the increase or decrease of such crime and foresee the possible success or failure of such criminal reforms.

Key words: policy, criminal, legislation, reforms, crime, injuries, Spain, decades.

SUMARIO

1. Introducción
2. Concepto de Política Criminal
3. Política Criminal y delito de lesiones
 - 3.1. Primera etapa(1983-1988). Reforma legislativa de la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio de 1983
 - 3.2. Segunda etapa (1989-1994). Reforma legislativa de la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio de 1989
 - 3.3. Tercera etapa (1995-2002).- Reforma legislativa de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal
 - 3.4. Cuarta etapa (2003-2005). Reforma legislativa de la Ley Orgánica 11/03, de 29 de septiembre de 2003, Ley Orgánica 15/03, de 25 de noviembre de 2003 y Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre
4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Abordar el tema de la Política Criminal en el ámbito del delito de lesiones conlleva los problemas particulares de este delito y los generales de toda Política Criminal.

Indudablemente hay que partir del concepto de Política Criminal y de las influencias que recibe de otras disciplinas para posteriormente desarrollar su estudio en relación al delito de lesiones.

Saber si la Política Criminal seguida en esta materia ha sido o no la más adecuada implica un análisis en el tiempo. El periodo temporal ha de ser relativamente amplio para tener una perspectiva de las directrices generales establecidas por el legislador.

El periodo estudiado comienza en 1983, año en el que entra en vigor una de las reformas parciales más importantes del derogado Código Penal español, y termina en el año 2005, incluyendo la última reforma que ha afectado al vigente Código Penal de 1995 en materia de lesiones.

Más de veinte años de legislación penal es suficiente para determinar, o al menos, intuir si la Política Criminal en lesiones ha sido y es la más adecuada en esta materia o es necesario un cambio de la misma. Las reformas que se expondrán en los diferentes epígrafes no se refieren exclusivamente al delito de lesiones o a alguno de sus tipos, sino que son reformas que afectan a varios Títulos del Código Penal y, entre ellos, al Título relativo a las lesiones.

La división de este periodo temporal en diversas etapas viene dada atendiendo a las sucesivas reformas legislativas que han tenido especial relevancia en el Código Penal y, en particular, en materia de lesiones. Esto no supone que el contenido de la Política Criminal, en general, se concrete únicamente en reformas de las leyes penales que inciden en las distintas tipologías, sino que la Política Criminal llevada a cabo respecto del delito de lesiones se ha centrado, en numerosas ocasiones, en legislación que regula penalmente el delito. Por tanto, en esta materia, la Política Criminal se ha manifestado de forma considerable en la regulación jurídico penal del delito; de ahí que la perspectiva desde la que se analice sea fundamentalmente la jurídica.

Respecto del delincuente habrá que estar a la legislación penitenciaria establecida con carácter general en materia de régimen y

tratamiento penitenciario.⁽¹⁾ Respecto de la víctima cabe mencionar expresamente la Ley 35/1995, y la regulación del Código Penal en materia de responsabilidad civil para el responsable de un delito o falta.⁽²⁾ Sin embargo, la Política Criminal en lesiones, ya dolosas ya imprudentes, se ha centrado en las diferentes tipologías dejando un poco al margen aspectos del delincuente y de la víctima que no sean los jurídicos.⁽³⁾

De ahí que, desde el punto de vista metodológico, se realice una breve descripción de las opiniones doctrinales en el terreno de la Política Criminal y se proceda al estudio de la reforma legislativa correspondiente a cada periodo, destacando las mejoras político criminales de la misma.

El presente estudio se completa, además, con estadísticas de la Fiscalía General del Estado y del Instituto Nacional de Estadística⁽⁴⁾ que permitirán analizar las tasas de criminalidad ascendentes o descendentes respecto del delito de lesiones. Si bien hay que señalar las deficiencias de los datos estadísticos, sobre todo en los primeros diez años. Deficiencias que se van subsanando poco a poco gracias a la expansión de la informática en el ámbito jurídico penal.

Así, uniendo las opiniones doctrinales, las reformas penales y los datos estadísticos se procederá a determinar, en la medida de lo posible, si la Política Criminal sigue la dirección correcta, es necesario cambiarla o completarla con otros mecanismos institucionales además de las reformas legislativas que han incidido en este delito.

(1) Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, y Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

(2) Indemnización, reparación y restitución. En el delito de lesiones habrá que estar a la indemnización por los daños ocasionados.

(3) Sin embargo, la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, lleva a cabo una regulación integral de la materia y no sólo la modificación de los tipos de lesiones a los que afecta.

(4) Los datos del INE se centran en la última etapa.

2. CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL

Se decía de la Política Criminal que era el arte de legislar. Actualmente el concepto de Política Criminal plantea más dificultades al estar vinculada a una serie de ciencias.⁽⁵⁾

Por ello, su delimitación conceptual viene dada a través de los fines de la misma. De ahí, que el análisis de estos fines sea obligado para comprender dicho concepto y su alcance.

Inicialmente, se consideraba como fin concreto la prevención de la delincuencia, pero en la actualidad también se tiene en cuenta el control de todas sus consecuencias (costes económicos y sociales del delito, de la sanción, en relación con el autor, la víctima y los aparatos de intervención y la sociedad en general).⁽⁶⁾ Es decir, el concepto es mucho más amplio trascendiendo a otras formas de control social y no sólo penal.⁽⁷⁾

Nos encontramos ante una Política Criminal preventiva y no represiva.⁽⁸⁾

Esta Política Criminal preventiva necesita del análisis fenomenológico de la criminalidad concreta para poder establecer los instrumentos adecuados para su desarrollo. Doctrinalmente, se destaca la necesidad de información sobre el fenómeno criminal antes de elaborar las leyes penales.⁽⁹⁾

(5) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Política Criminal*, Madrid, Editorial Colex, 2001, pág. 21.

(6) *Ibid.*, pág. 38.

(7) *Ibid.*, pág. 38.

(8) De hecho, la doctrina, señala que no hay correlación entre severidad de las penas y disminución de la criminalidad pero sí entre certeza de la pena y tasas de delincuencia pues a medida que las probabilidades de ser detenido, condenado o encarcelado son mayores éstas disminuyen; *ibid.*, pág. 40.

(9) *Ibid.*, pág. 47.

En este sentido, la Victimología también aporta datos importantes a la Política Criminal que se lleve a cabo, dando información fundamental sobre la criminalidad al explicar la relación delincente/víctima.⁽¹⁰⁾

Un sector doctrinal entiende la Política Criminal como un puente entre la Criminología y la Dogmática jurídica no pudiendo establecerse una separación entre Política Criminal y Derecho Penal.⁽¹¹⁾ Considerándose principios de aquella el de subsidiariedad (como expresión del principio de proporcionalidad) rigiéndose por los principios de oportunidad o adecuación, menor lesividad y necesidad, y el de humanidad o respeto de los derechos humanos.⁽¹²⁾ De la misma manera la relación entre Criminología y Política Criminal es estrecha, pues como destaca la doctrina “la Criminología aporta a la Política Criminal un nuevo planteamiento, un método empírico, multi e interdisciplinar”.⁽¹³⁾

Como propuestas de Política Criminal están las políticas sociales, educativas, de medios de comunicación y penales.

Las políticas sociales se concretan en “dirigir y desarrollar una serie de servicios específicos del Estado, de las autoridades locales, en todos los aspectos encaminados a cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos para reducir las tensiones sociales y, por tanto, la criminalidad”.⁽¹⁴⁾ Las políticas educativas se concretan en la educación como un medio de socialización. Los medios de comunicación constituyen un poder para lograr efectos de estabilización social pues configuran

(10) *Ibid.*, pág. 142.

(11) *Ibid.*, pág. 155. En este sentido, hace tiempo un sector doctrinal destacó el bien jurídico como “un aspecto esencial de la relación política penal-estado democrático”, partiendo de la consideración de que el bien jurídico “es un producto social que surge históricamente dentro de una relación social concreta”; véase, HORMAZÁBAL MALARÉE, H., “Política penal en el Estado democrático”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVII, Fascículo II, mayo-agosto, 1984, pág. 342.

(12) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política...*, cit., págs. 178 y 179.

(13) BERISTAIN, A., “Evolución desde el crimen al delincente y a la víctima (Aproximaciones diacrónicas y sincrónicas a la Política Criminal)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LII, 2002, pág. 77.

(14) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política...*, cit., pág. 206.

valores, estereotipos y/o dan publicidad de las políticas públicas.⁽¹⁵⁾ Las políticas penales se definen a través de la Administración de Justicia, la policía, el sistema penitenciario y las reformas legislativas.

3. POLÍTICA CRIMINAL Y DELITO DE LESIONES

Como se ha expuesto anteriormente, la Política Criminal en relación con el delito de lesiones se ha centrado fundamentalmente en diversas reformas del Código Penal español distinguiéndose cuatro etapas.

3.1. Primera etapa (1983-1988). Reforma legislativa de la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio de 1983

La doctrina de la época destaca la necesidad de interrelacionar Criminología y Política Criminal,⁽¹⁶⁾ siendo esencial conocer la realidad de la criminalidad de un país;⁽¹⁷⁾ así como informar a los ciudadanos y “su cooperación en la adopción de cambios en la Política Criminal”.⁽¹⁸⁾

(15) *Ibid.*, pág. 213.

(16) La Política Criminal se entiende como la forma de configurarse el sistema penal para garantizar los fundamentos de la vida social reformándose el Derecho Penal y Penitenciario, siendo la Criminología y el Derecho Comparado los que aporten los datos y modelos necesarios; véase, MARTÍN CANIVELL, J., “Criminología y Política Criminal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 19, 1983, pág. 27. También Neuman defiende que “desde la criminología pueden y deben trazarse las nuevas bases y programas de política criminal”; véase, NEUMAN, E., “Marginación y delincuencia”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, IX, 1986, pág. 139.

(17) En este sentido la doctrina destacaba la existencia desde hacía tiempo de una criminalidad sin control oficial (cifra negra);véase, *ibid.*, pág. 31. Respecto de la cifra oficial, la doctrina de la época se hacía eco de la disminución de la criminalidad en 1980 para ascender lentamente con posterioridad, aunque los delitos contra las personas descendieron considerablemente en 1982; véase, SERRANO GÓMEZ, A., “Evolución social, criminalidad y cambio político en España”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVI, Fascículo II, 1983, pág. 279. Más concretamente, el delito de lesiones también sufrió el mismo descenso volviendo en 1982 a las cifras de 1973; *ibid.*, pág. 288.

(18) MARTÍN CANIVELL, “Criminología...”, cit., pág. 38.

Las reformas político criminales por las que abogan las Naciones Unidas suponen la creación de sistemas penales y el abandono de las concepciones decimonónicas.⁽¹⁹⁾ Además algún autor europeo destaca la necesidad de comprensión del sistema de control del delito para poder entender el sistema penal.⁽²⁰⁾ Y nuestra doctrina señala que las distintas corrientes criminológicas siguen una política criminal integradora.⁽²¹⁾

Relacionado con esta cuestión se plantea, como fundamento de toda política criminal, el hecho de que la sociedad esté dispuesta a “aceptar al autor y sus dificultades, ayudándole así a llevar en el futuro

-
- (19) LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., “La política criminal de las Naciones Unidas”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 21, 1983, pág. 695. El autor destaca la necesidad de cambiar el ejercicio de la función penal igual que cambian las características de la criminalidad; *ibid.*, pág. 698. De hecho, las Naciones Unidas han intentado determinar las dimensiones de la criminalidad cuantitativa y cualitativamente; véase, LÓPEZ-REY, M., “Las dimensiones de la criminalidad”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, X, 1987, pág. 234. El mismo autor señala la necesidad de que cada país tenga un conocimiento aproximado de la extensión de su criminalidad para que la política criminal obtenga el resultado esperado; *ibid.*, pág., 247.
- (20) ANTTILA, I., “La ideología del control del delito en Escandinavia. Tendencias actuales”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 28, 1986, pág. 143. La mencionada autora señalaba la cooperación entre los países escandinavos en materia de control y la creación de nuevos Códigos penales así como importantes reformas parciales; *ibid.*, pág. 144. Una línea parecida de cooperación seguía Jescheck al propugnar que “la dogmática penal y la política criminal no aparecen aisladas dentro de un marco nacional, sino que se ensamblan en un contexto cultural internacional, en una relación que vuelve ahora a sentirse fuerte y conduce a recíprocos intercambios y múltiples influjos”, véase, JESCHECK, H., “Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIX, Fascículo I, enero-abril, 1986, pág. 32.
- (21) En este sentido se manifiesta Herrero Herrero, aunque pone de manifiesto la crisis político criminal existente por la tendencia a prescindir del tratamiento, si bien aboga por la necesidad del “tratamiento penitenciario y de la actividad policial en su dimensión preventiva”; véase, HERRERO HERRERO, C., “Por una política criminal integradora. El tratamiento penitenciario y la prevención policial, elementos necesarios”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 35, 1988, págs. 397, 398 y 439.

una vida sin delitos”.⁽²²⁾ En este período se entiende necesario volver a definir términos como ‘readaptar’, ‘social’ y ‘delincuente’, para que las reformas no lleven a cabo programas sin “realidad práctica”.⁽²³⁾

Respecto de las lesiones hay que señalar su encuadre dentro de la criminalidad violenta, pero la violencia tanto individual como colectiva tiene diferentes causas, según los sociólogos, requiriendo distintas explicaciones y distinta respuesta social;⁽²⁴⁾ entendiéndose que quien no es controlado “por familias integradas y por otros grupos primarios es controlada (...) por el temor a la ley”.⁽²⁵⁾ Por tanto, la legislación es relevante desde el punto de vista del control y de la Política Criminal.

La doctrina de la época pone de manifiesto el delito de lesiones como figura anclada en el siglo XIX siendo esta característica el origen de defectos político criminales y técnicos al no reflejar los cambios que la evolución social ocasiona a la realidad de las lesiones.⁽²⁶⁾

En España, la Ley 8/83 implica una de las reformas más importantes en el ámbito del Derecho Penal; sin embargo, en lesiones no hay un cambio sustancial ni en las lesiones dolosas⁽²⁷⁾ ni en las denominadas lesiones culposas,⁽²⁸⁾ actualmente lesiones imprudentes.

(22) *Ibid.*, pág. 27.

(23) NEUMAN, “Marginación...”, cit., pág. 131.

(24) CABALLERO, J.J., “Sobre la violencia”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 34, 1988, pág. 131.

(25) *Ibid.*, pág. 137.

(26) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Las lesiones en la Propuesta de Anteproyecto”, en *Documentación Jurídica (Monográfico dedicado a la propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal)*, volumen 1, enero-diciembre 37/40, 1983, pág. 389. Se destaca el casuismo rechazable desde el punto de vista técnico, agravado por los remiendos legislativos que no responden a una política legislativa sino a las necesidades del día a día; *ibid.*, pág. 390.

(27) La modificación se concreta en la exclusión de las lesiones que el padre ocasione al hijo en su derecho de corrección, sancionándose en el mismo precepto, y se suprime la pena de destierro. También se modifica la pena en relación a las lesiones inferidas a tutores, maestros o personas constituidas en dignidad o autoridad pública.

(28) Se ha de considerar que todas las lesiones dolosas podían ser culposas aplicando el artículo 565 del Código Penal.

Solo se modifica sustancialmente el consentimiento para poner en consonancia la reforma con la Ley 30/1979 sobre extracción y transplante de órganos.

Por tanto, la Política Criminal centrada en reformas legislativas no implica una especial incidencia en las lesiones. Contrastando esta política legislativa con los escasos datos que ofrece la Fiscalía General del Estado, en este periodo, se observa un aumento de las lesiones en el año 1985, para después descender ligeramente.⁽²⁹⁾

La reforma legislativa no ha tenido relevancia alguna para el delito de lesiones desde el punto de vista jurídico, criminológico y político criminal.

3.2. Segunda etapa (1989-1994). Reforma legislativa de la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio de 1989

En esta etapa se considera que la Política Criminal tiene un objeto propio, esto es, la reforma del derecho positivo.⁽³⁰⁾

(29) Según las Memorias de la Fiscalía General del Estado, 1984-1989, las cifras relativas a lesiones son las siguientes: a.- Procedimientos por delitos menores y flagrantes: en 1983 hay 3.50-, en 1984 hay 4036, en 1985 hay 4440, en 1986 hay 4249, en 1987 hay 4701 y en 1988 hay 4787; b.- Respecto a las diligencias previas se incoan 35305 para el año 1983, 45295 para el año 1984, 44844 para el año 1985, 54833 para el año 1986, 68093 para el año 1987 y 86782 para el año 1988. Las cifras correspondientes a las diligencias previas aumenta considerablemente, si bien estos datos hay que tenerlos en cuenta aleatoriamente pues la apertura de diligencias previas por lesiones no siempre implica la consecución del correspondiente enjuiciamiento y fallo por este delito; c.- Diligencias preparatorias: en 1983 se abren 914, en 1984 se abren 636, en 1985 se abren 811, en 1986 se abren 480, en 1987 se abren 338 y en 1988 se abren 195; d.- Sumarios de urgencia: en el año 1983 hay 1116, en el año 1984 hay 645, en el año 1985 hay 1590, en el año 1986 hay 1485, en el año 1987 hay 1329 y en el año 1988 hay 1385; e.- Sumarios ordinarios: en 1983 se inician 865, en 1984 se inician 112, en 1985 se inician 708, en 1986 se inician 246, en 1987 se inician 157 y en 1988 se inician 258; véase, Memoria de la Fiscalía General del Estado, 1984-1989.

(30) La doctrina se debate entre Política penal, relacionada con las reformas deseables del derecho penal, adscribiéndose a la ciencia del Derecho

Además la Política Criminal, se encuentra en “una posición intermedia entre ciencia y configuración social (...). Como teoría, intenta desarrollar una estrategia decidida de lucha contra el delito, pero (...) la realización práctica depende a menudo más de las realidades pre-existentes que de la concepción ideológica”.⁽³¹⁾

Delincuencia e inseguridad ciudadana tienden a presentarse como fenómenos parejos,⁽³²⁾ siendo las instituciones públicas las que proporcionen seguridad al ciudadano.⁽³³⁾ Esta seguridad puede darse, en el ámbito práctico, por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en el ámbito teórico, mediante elaboración de leyes por el poder legislativo.

Esta etapa es muy fructífera en lo referente al delito de lesiones pues la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/89 supone la reforma más importante, especialmente para las lesiones dolosas, cambiando radicalmente su regulación; hasta el punto de que la legislación vigente sigue las líneas básicas de esta reforma.

Pensemos en mejoras legales tales como la supresión de las ‘tarifas de sangre’ que conlleva una mayor seguridad jurídica al establecer criterios objetivos, no dejando la gravedad de la lesión al azar o al discurrir de los acontecimientos incidiendo directamente en el principio de culpabilidad.⁽³⁴⁾ En la práctica las ‘tarifas de sangre’ suponen dejar la calificación de los hechos en manos de los médicos y peritos forenses.

penal y Política criminal relacionada con la lucha contra el crimen, adscribiéndose a la Criminología; pero Díaz Palos estima que la Política criminal es independiente de la Criminología pues el objeto de aquélla es la reforma del Derecho positivo; véase, DÍAZ PALOS, F., *La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal*, Madrid, Editorial Colex, 1991, pág. 23.

(31) ROXIN, C., “Acerca del desarrollo reciente de la política criminal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 48, 1992, pág. 795.

(32) En este sentido se manifiesta Ruidíaz García, destacando el miedo del ciudadano al delito violento frente a otro tipo de delincuencia; véase, RUIDÍAZ GARCÍA, C., “El miedo al delito. Apuntes para la reflexión”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 48, 1992, pág. 935.

(33) *Ibíd.*, pág. 943.

(34) La doctrina ya había destacado la imposición de sanciones en el marco de la culpabilidad por el hecho como base de la política criminal; véase,

Se determina con más exactitud el concepto de lesión,⁽³⁵⁾ aunque continúan las imprecisiones pero en menor medida, se modifican los tipos agravados, la mutilación entre parientes, se suprimen las lesiones en riña tumultuaria y se sanciona la participación en riña tumultuaria, se introduce el tipo del maltrato habitual, se mantiene la cláusula del artículo 565 para la determinación de las lesiones culposas y el consentimiento se modifica. El consentimiento es una materia relevante en cualquier Código Penal y en cualquier delito a que haga referencia, sobre todo en lo relativo a política criminal, pues como ya indica un sector de la doctrina, a propósito de los delitos contra la vida humana independiente, “una de las cuestiones en donde más aflora la ideología de un Código Penal es la relativa a la eficacia del consentimiento del titular”.⁽³⁶⁾

No obstante, esta reforma supone una mejora en la regulación de las lesiones, si bien la doctrina de este periodo señala la finalización de una técnica legislativa e incriminadora que ha durado decenios pero esto no implica la resolución de los problemas técnicos, criminológicos y político criminales pues hay dificultades incluso con el concepto de lesión.⁽³⁷⁾ La doctrina de este periodo destaca el tratamiento de las

JESCHECK, “Nueva dogmática...”, cit., pág. 32. El principio de culpabilidad, junto con el de Estado de Derecho y el de humanidad, se configura como un baremo de la Justicia en la Política Criminal; véase, DÍAZ PALOS, *La jurisprudencia...*, cit., pág. 24.

- (35) El artículo 420 del Código penal sanciona al “que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental (...) siempre que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico”.
- (36) DEL ROSAL BLASCO, B., “Política Criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el Proyecto de Código Penal de 1992”, en *Política Criminal y Reforma Penal (Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal)*, AA.VV, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1993, pág. 948.
- (37) QUINTERO OLIVARES, G., “Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLII, Fascículo III, 1989, pág. 916. Los principales rasgos técnicos y político criminales de la reforma se concretan en: 1.- Definición de lo que es lesión; 2.- mayor concreción del objeto y contenido del dolo; 3.- Suministrar al juez normas que permiten al juez poder valorar mayores dimensiones de la conducta humana, es decir,

lesiones más adecuado, desde el punto de vista político criminal, pues se parte del tipo básico del que se desgranar los agravados y atenuados, además las penas guardan proporción con el desvalor de acción y de resultado.⁽³⁸⁾ El absurdo casuismo existente hasta 1989 “impedía el desarrollo racional de una política criminal y penal orientada a la realización de la justicia material del caso concreto, dando lugar a menudo a soluciones disfuncionales que tan sólo una técnica legislativa dotada de menor rigidez podría evitar”.⁽³⁹⁾

Este importante cambio legislativo en el delito de lesiones incide relativamente en el terreno práctico pues, las lesiones básicas y agravadas por los medios comisivos así como la violencia conyugal continúan su ascensión progresiva, si bien las lesiones muy graves disminuyen.^{(40) (41)}

normas que hacen político criminalmente diferentes conductas con igual resultado lesivo; 4.- Valorar la gravedad de los medios usados para lesionar y la actitud subjetiva con la que se produzca el daño; *ibid.*, págs. 916-919.

(38) BAJO FERNÁNDEZ, M., *La actualización del Código penal de 1989*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1989, pág. 47.

(39) TAMARIT SUMALLA, J., *La reforma de los delitos de lesiones (Análisis y valoración de la reforma de Código penal de 21 de junio de 1989)*, Barcelona, PPU, 1990, pág. 12.

(40) Las cifra dadas por la Fiscalía General del Estado son las siguientes para el año 1989: a.- Procedimientos por delitos menores y flagrantes, 837; b.- Diligencias previas, 102.957; c.- Diligencias preparatorias, 119; d.- Sumarios de urgencia, 73; e.- Sumarios ordinarios, 252; Procedimiento abreviado, 5.546; véase, *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, anexo, 1990.

(41) El artículo 418 del Código Penal de 1973, tras la entrada en vigor de la reforma de 1989, contempla la mutilación e inutilización de órgano o miembro principal, privación de oído y vista, grave limitación de la aptitud laboral, y grave enfermedad somática o psíquica o incapacidad mental incurable. El artículo 419 contempla la mutilación, la inutilidad de órgano o miembro no principal, la esterilidad y la deformidad. El artículo 420 contempla las lesiones básicas. El artículo 421 regula las lesiones cualificadas por los medios, resultados y tortura. El artículo 422 regula las lesiones para eximirse del servicio militar. El artículo 424 regula la participación en riña. El artículo 425 sanciona la violencia conyugal o por relación análoga.

TABLA I (Estadística lesiones). Elaboración propia a partir de datos estadísticos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado (1992-1996)

Año	1990	1991	1992	1993	1994	1995
Diligencias	Art. 418: <u>17.399</u>	Art. 418: --	Art. 418: --	Art. 418: --	Art. 418: <u>71</u>	Art. 418: <u>61</u>
Previas	Art. 419: <u>588</u>	Art. 419: <u>11</u>	Art. 419: <u>1</u>	Art. 419: <u>1</u>	Art. 419: <u>8</u>	Art. 419: <u>3</u>
	Art. 420:	Art. 420:	Art. 420:	Art. 420:	Art. 420:	Art. 420:
	<u>95.898</u>	<u>239.190</u>	<u>245.420</u>	<u>309.430</u>	<u>344.163</u>	<u>387.615</u>
	Art. 420 y 421:	Art. 420 y 421:	Art. 420 y 421:	Art. 420 y 421:	Art. 420 y 421:	Art. 420 y 421:
	<u>22.161</u>	<u>19.571</u>	<u>18.105</u>	<u>421: 2.857</u>	<u>14.010</u>	<u>4.302</u>
	Art. 424: <u>1877</u>	Art. 422: <u>2</u>	Art. 422: <u>47</u>	Art. 422: <u>1</u>	Art. 422: <u>638</u>	Art. 422: <u>1</u>
	Art. 425: <u>2.178</u>	Art. 424: <u>3.821</u>	Art. 424: <u>1.985</u>	Art. 424: <u>2.648</u>	Art. 424: <u>2.788</u>	Art. 424: <u>4.614</u>
	Otras: <u>37.093</u>	Art. 425: <u>2.893</u>	Art. 425: <u>3.318</u>	Art. 425: <u>2.648</u>	Art. 425: <u>3.126</u>	Art. 425: <u>3.531</u>

Ello induce a pensar que la Política Criminal establecida es la correcta aunque no suficiente. Los textos legales han de completarse con otros instrumentos o medios que incidan en aspectos más amplios que los meramente legales. Aunque hay que destacar que el primer paso político criminal es una regulación legal lo más precisa posible garantizando la objetividad y la seguridad jurídica. La mayor precisión en los tipos penales de lesiones ha incidido en la disminución de las lesiones graves, en particular, y ha supuesto una mayor precisión en el enjuiciamiento y fallo del delito de lesiones, en general. No obstante, se destaca la mejora parcial y no total de la regulación de las lesiones con la reforma de 1989, pues hay defectos no subsanados.⁽⁴²⁾

3.3. Tercera etapa (1995-2002). Reforma legislativa de la Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre de 1995, de Código Penal

La prevención del delito y el diseño de planes para prevenirlo configuran la Política Criminal en este periodo. La doctrina destaca programas de prevención en tres niveles: nacional, autonómico y local, y en los tres ámbitos se atiende a la reducción de la oportunidad del delito, eliminación de las causas del mismo, a la policía y al sistema

Siguiendo los datos de la Fiscalía General del Estado, hay 8 procedimientos abreviados en los Juzgados de lo Penal y 51 en Audiencias Provinciales respecto de las lesiones del art. 418 del Código; 7 y 12, respectivamente, para lesiones del art. 419; 43 y 313 para las lesiones del art. 420; 21 y 50 para lesiones del art. 420 en relación con el 421; 1 y 10 para lesiones del art. 424; 2 procedimientos abreviados en Juzgados de lo Penal respecto de lesiones del art. 425; y 563 y 4 procedimientos abreviados en Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, respectivamente para otras lesiones. Respecto de los sumarios, las cifras ofrecidas por la Fiscalía General son: 1880 para lesiones del art. 418; 3.522 para lesiones del art. 419; 7.854 en lesiones del art. 420; 2.042 respecto de lesiones del art. 420 en relación con el art. 421; 95 para las lesiones del art. 95 y 1.021 para otras lesiones; véase, *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, anexo, 1991.

(42) Entre los problemas que no resuelve la reforma se encuentran: problemas interpretativos, defectuosa técnica legislativa, se mantienen preceptos inútiles (artículo 427), no se aborda el consentimiento; véase, GONZÁLEZ RUS, J.J., "Las lesiones", en *Manual de Derecho Penal (parte especial)*, Cobo del Rosal (coordinador) y otros, Volumen I, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, pág. 180.

penal.⁽⁴³⁾ Se pretende “limitar la delincuencia, no erradicarla porque es imposible”.⁽⁴⁴⁾

Con carácter general, se entiende que la orientación político criminal de un Estado se puede establecer considerando la vigencia formal, o reconocimiento en normas jurídicas, y real, o acciones de los órganos estatales tendentes a su aplicación efectiva, de una serie de principios (legalidad, prevención general y especial).⁽⁴⁵⁾

Se pone de manifiesto el factor de aprendizaje de la violencia en el que intervienen la sociedad y los medios de comunicación, con

(43) SORIA VERDE, M.A, y BRAVO MARTÍNEZ-ABARCA, G., “Los programas de prevención de la delincuencia en España”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 64, 1998, págs. 171-179. También la doctrina argentina propugna, además de las políticas globales, políticas locales para trabajar desde los barrios o el municipio; véase, CAFFERATA NORES, J. I., “Prevención y castigo del delito y seguridad ciudadana”, en *Justicia Penal y Seguridad Ciudadana*, Cafferata Nores (compilador) y otros, Argentina, Editorial Mediterránea, 2000, pág. 30.

Otro sector doctrinal posterior destaca como políticas vigentes el paradigma punitivo y el paradigma preventivo señalando no sólo las causas de la delincuencia sino también los efectos; véase, RUIDIAZ GRACÍA, C., “X Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 71, 2000, pág. 547.

El tema que nos ocupa es tratado ampliamente en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 29 de noviembre de 2000, sobre prevención de la delincuencia en la Unión Europea, en *Revista de Documentación del Ministerio del Interior*, nº 2, enero-marzo, 2001, págs. 167-184.

(44) HERRERO HERRERO, C., *Criminología (Parte general y especial)*, Madrid, Editorial Dykinson, 2001, pág. 398. Este autor, considera que al conocimiento del fenómeno delincuenciales debe seguir una política criminal adecuada para tratar de anular dicho fenómeno en el futuro y en la medida de lo posible; *ibid.*, pág. 377. En este sentido, los medios de lucha contra el crimen se han de disponer sistemática y globalmente, de forma razonada e integradora y con participación de la comunidad en las medidas de lucha contra el delito; *ibid.*, pág. 379.

(45) DÍAZ-ARANDA, E., “La política criminal de la reforma penal en Méjico”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LI, 2001, pág. 592. El mencionado autor destaca campañas de prevención de la delincuencia atendiendo a los medios de comunicación y campañas de educación en jóvenes; *ibid.*, pág. 596.

orígenes muy diversos en cada persona.⁽⁴⁶⁾ Por ello, son necesarias políticas nacionales e internacionales que ayuden a impedir el aumento del número de agresores en el futuro.

Estamos ante una Política Criminal más expansiva, no centrada únicamente en reformas legislativas, si bien éstas continúan siendo uno de los pilares fundamentales en el movedizo terreno de la Política Criminal.

Por ello, la aprobación de un nuevo Código Penal supone un cambio sustancial, aunque hay materias del Derecho Penal que han cambiado poco las directrices establecidas en periodos anteriores. Es el caso de las lesiones dolosas pues el Código mantiene prácticamente igual la regulación de las lesiones desde 1989. El cambio afecta a ciertos aspectos de los tipos cualificados, pero el criterio de determinación de la lesión sigue siendo el mismo, también se hace referencia a proposición, conspiración y provocación para delinquir. Además, se contemplan expresamente las lesiones imprudentes, cambiando su denominación y articulado, y se modifica el consentimiento. Por primera vez se sancionan las lesiones al feto, aunque esta materia no es objeto de análisis en este trabajo por tratarse únicamente el tema de las lesiones en personas.

¿Esta reforma legislativa ha incidido favorablemente en un descenso de las lesiones?. Los datos ofrecidos por la Fiscalía General del Estado demuestran que no. Si bien hay que hacer ciertas matizaciones.

Las lesiones básicas ofrecen un ritmo ascendente desde 1996 hasta 1999, en el año 2000 y 2001 descienden para ascender en el 2002. Las lesiones cualificadas sufren un ritmo intermitente de ascensos y descensos aumentando considerablemente en el 2001 y descender a los niveles de años anteriores en el 2002. Las lesiones imprudentes ascienden considerablemente todos los años excepto en el 2001 que descienden, volviendo a las cifras de años anteriores en el 2002. El maltrato asciende hasta llegar a cifras elevadas en el año 2001 y descender en el 2002, siguiendo un criterio similar las lesiones ocasionadas por participación en riña.

(46) ESCUDERO MORATALLA, J.F., “Diversos aspectos de la violencia doméstica (Consideraciones generales. Ámbito jurídico internacional. Premisas básicas. Factores de vulnerabilidad: elementos socioculturales y económicos)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 76, 2002, pág. 8.

De estos datos se deduce el ascenso de las lesiones, con ciertos altibajos en alguna tipología, un considerable ascenso en el año 2001 en todas las lesiones y un descenso en el 2002, pero con unas cifras más elevadas que en periodos anteriores. Por tanto, en líneas generales puede destacarse un claro aumento.⁽⁴⁷⁾

No obstante, lo más destacable en este periodo de tiempo es la aprobación de la Ley 35/1995 de 11-12 ‘sobre ayudas a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual’,⁽⁴⁹⁾ indicándose en la Exposición de Motivos que “la víctima del delito ha sufrido un cierto abandono desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional”. El art. 1 de esta ley establece un “sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos, cometidos en España, con el resultado de muerte, o de lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental”.

Esta moderna regulación lleva a plantearnos la cuestión de si estamos ante una Política Criminal victimológica. En ésta, según la doctrina, “los operadores multidisciplinares de la justicia deben formular-crear respuestas que entiendan, atiendan y tengan atenciones, ante todo y sobre todo, con las víctimas”.⁽⁵⁰⁾

Es cierto que se está produciendo una clara expansión del Derecho penal, con nuevas formas de delincuencia, marcada por la globalización; estos movimientos expansivos inciden en el victimario y en la Política Criminal que ha de adoptarse. Se pone de manifiesto “el fenómeno general de identificación social con la víctima (sujeto pasivo) del delito antes que con el autor (sujeto activo)”.⁽⁵¹⁾

(47) Se insiste en el hecho de que los datos ofrecidos no muestran una realidad clara de la situación pues las diligencias previas por lesiones no suponen datos definitivos sobre las mismas, en cuanto que muchas de estas diligencias pueden no acabar en sentencia firme por delito de lesiones sino por falta, e incluso no ser considerado delictivo el hecho que refleja.

(49) El Reglamento que desarrolla la mencionada ley se aprueba por Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo.

(50) BERISTAIN, “Evolución...”, cit., pág. 81.

(51) SILVA SÁNCHEZ, J., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cuadernos de Civitas, 1999, pág. 36.

TABLA II (Estadística lesiones). Elaboración propia a partir de datos estadísticos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado (1997-2003)⁽⁴⁸⁾

Año	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Diligencias Previas	(CP 1973) Art. 418: <u>552</u> Art. 419: <u>2.290</u> Art. 420: <u>174.481</u> Art. 420: <u>421: 1.441</u> Art. 422: <u>62</u> ; Art. 424: <u>2.201</u> Art. 425: <u>1.755</u> (CP 1995) Lesiones: <u>242.356</u> Art. 148: <u>1.947</u>	Lesiones: <u>472.292</u> Lesiones cualificadas: <u>9.405</u> Art. 152: <u>79.478</u> Art. 153: <u>6.709</u> Art. 154: <u>5.598</u>	Lesiones: <u>480.614</u> Lesiones cualificadas: <u>14.622</u> Art. 152: <u>111.193</u> Art. 153: <u>8.615</u> Art. 154: <u>5.918</u>	Lesiones: <u>498.031</u> Lesiones cualificadas: <u>9.740</u> Art. 152: <u>152.078</u> Art. 153: <u>11.890</u> Art. 154: <u>5.745</u>	Lesiones: <u>497.030</u> Lesiones cualificadas: <u>10.164</u> Art. 152: <u>175.816</u> Art. 153: <u>16.083</u> Art. 154: <u>5.269</u>	Lesiones: <u>469.447</u> Lesiones cualificadas: <u>47.895</u> Art. 152: <u>140.827</u> Art. 153: <u>45.247</u> Art. 154: <u>7.080</u>	Lesiones: <u>516.852</u> Lesiones cualificadas: <u>10.403</u> Art. 152: <u>152.375</u> Art. 153: <u>29.960</u> Art. 154: <u>4.643</u>

(48) El Código Penal de 1995 regula las lesiones en los siguientes artículos: Art. 147 las lesiones básicas, art. 148 las lesiones agravadas o cualificadas por los medios, ensañamiento y víctima, los arts. 149 y 150 las lesiones muy graves, el art. 152 las lesiones imprudentes, el art. 153 el maltrato habitual (la reforma de 2003 cambia su ubicación), el art. 154 la participación en riña.

En España, los movimientos victimológicos comienzan en la década de los años ochenta, siendo en la década de los noventa la etapa en la que Victimología y Política Criminal experimentan una expansión en diferentes niveles: asociacionismo, oficinas de asistencia a las víctimas y legislación.

Un brevísimo apunte sobre victimología y legislación se concreta en la Ley 35/1995, no siendo la única norma. Con anterioridad, se aprueba la Ley Orgánica 19/1993 de 23 de diciembre de protección de la víctima-testigo y el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo de 18 de julio de 1997, cuya última modificación se aprobó por Real Decreto 288/2003 de 7 de marzo.

Toda la legislación sobre víctimas tiene como punto de referencia el marco internacional y más concretamente, el Convenio del Consejo de Europa de 1983 y la Recomendación de 1985.

Ahora bien, en relación con el delito de lesiones destaca la Ley 35/1995 por referencia expresa de su artículo 1, así como los preceptos del Código Penal español relativos a las víctimas por lesiones.⁽⁵²⁾

3.4. Cuarta etapa (2003-2005).- Reforma legislativa de la Ley Orgánica 11/03, de 29 de septiembre de 2003, Ley Orgánica 15/03, de 25 de noviembre de 2003 y Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre

Estamos en una fase de globalización en todos los aspectos y también en el ámbito político criminal.⁽⁵³⁾ Se destaca doctrinalmente la creación futura de un derecho penal supranacional europeo y en el

(52) Concretamente puede mencionarse: el artículo 148.3.º en relación con las víctimas especialmente vulnerables por edad o incapacidad, y los artículos 155 y 156, que regulan la atenuación si media consentimiento por parte de la víctima de lesiones y la exención de responsabilidad en los supuestos de donación, esterilización y cirugía transexual; en relación con la parte general del Derecho penal hay preceptos que inciden en las víctimas por lesiones: la definición de incapaz a efectos penales contemplada en el artículo 25 del Código, o los artículos 109 a 122 en orden a la responsabilidad civil.

(53) Se dice que “los procesos de integración supranacional conllevan también importantes implicaciones de criminalidad, y éstas motivan di-

presente “un derecho penal europeo en el que aparezcan unificados determinados ámbitos o sectores del Derecho penal”.⁽⁵⁴⁾

Además, un sector doctrinal, hace referencia al derecho penal como “forma de control socializada”,⁽⁵⁵⁾ entendiendo la ciencia penal tridimensionalmente: como norma (dogmática jurídico penal), como hecho (criminología) y como valor (política criminal).⁽⁵⁶⁾ Y al igual que en la anterior etapa se sigue propugnando, desde la doctrina, una Política Criminal como parte de la política social del Estado, entendida como “el conjunto de actividades que los organismos gubernamentales deben desarrollar para alcanzar aquellos fines que se han propuesto lograr de cara al fenómeno delictivo”.⁽⁵⁷⁾

Se propugna “un control formalizado de los procesos que pueden desembocar en decisiones legislativas penales (...)”.⁽⁵⁸⁾ Este sector doctrinal también pone de manifiesto los ‘lastres’ que arrastra la Política Criminal al carecer de una teoría de la legislación penal que establezca las pautas antes de penalizar o despenalizar un compor-

versas respuestas político criminales y jurídico penales”; véase, GRACIA MARTÍN, L., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2003, pág. 99.

- (54) *Ibid.*, pág. 118. Otro sector doctrinal prefiere hablar de ‘derecho común europeo extrapenal’ con clara incidencia de las normas comunitarias; véase, DONINI, M., “Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI”, en *La Política Criminal en Europa*, Mir Puig/Corcoy Bidasolo (directores) y otros, Barcelona, Atelier, 2004, pág. 46.
- (55) VIDAURRI ARÉCHIGA, M., “Criminología, política criminal y sistema de justicia penal”, en *Criminalia*, enero-abril, 2003, pág. 223.
- (56) *Ibid.*, pág. 224.
- (57) *Ibid.*, pág. 228. Como objetivos básicos de la Política Criminal, Vidaurri Aréchiga, señala: orientar al sistema penal, auxiliar en la determinación de los fines, establecer los principios rectores del Derecho penal y estudiar y analizar las fases del sistema penal; *ibid.*, pág. 229.
- (58) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Política Criminal y Derecho Penal*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2003, pág. 27. El autor aboga también porque las mayorías sociales amplias determinen toda decisión de política criminal; *ibid.*, pág. 33.

tamiento, existiendo temas de actualidad problemáticos, como es el caso de la disponibilidad de la salud e integridad personal.⁽⁵⁹⁾

Respecto de la política legislativa hay que señalar las dos reformas aprobadas con escasas semanas de diferencia.

La Ley 11/2003 incide en el tipo del art. 147.2 (lesiones leves, sancionando la realización durante cuatro veces en un año de la falta del 617). Como se indica en la Exposición de Motivos “se recogen medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta”. Qué duda cabe que esto es una mejora en la regulación de las lesiones dolosas y una buena medida de Política Criminal.

La introducción de la mutilación genital en el tipo agravado del art. 149 es otra de las reformas llevadas a cabo; sin embargo, esto no implica cambio alguno y en cierta medida su regulación es superflua en cuanto que puede quedar dentro del tipo tal y como estaba regulado.⁽⁶⁰⁾ No obstante, el legislador ha querido recoger unas prácticas que se dan cada vez más en nuestro país por la llegada de inmigrantes. También es una medida político criminal que se adapta a nuestra cambiante sociedad, pero no es necesaria.

Otra de las modificaciones afecta al maltrato y su regulación en otro Título diferente, manteniéndose en el Título “De las lesiones”, el menoscabo psíquico o lesión no definidas como delito. En este sentido, la doctrina señala el tratamiento específico de los malos tratos familiares quedando desdoblados en un maltrato cualificado del artículo 153 y un tipo de atentado a la integridad moral del artículo 173.⁽⁶¹⁾ El tratamiento

(59) *Ibid.*, pág. 45. Previamente, Díez Ripollés destaca el hecho de que cualquier intervención penal debe respetar los límites inherentes a la Política criminal, no desarrollando tareas que son propias de la Política social: ésta asume labores de transformación social y aquella ha de limitarse a contribuir al control social; *ibid.*, pág. 22.

(60) No obstante, la doctrina se pronuncia en el sentido de que la jurisprudencia en relación con la pérdida de testículo habrá que matizarla con la regulación de la mutilación genital; véase, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Contestaciones de derecho penal al programa de judicatura, parte especial*, Madrid, Editorial Colex, 2004, pág. 75.

(61) *Ibid.*, pág. 77.

específico del maltrato también lo es en el plano criminológico y político criminal, con la adopción de otras medidas, como la creación de casas de acogida o asistencia psicológica.

La modificación de las lesiones imprudentes y de la participación en riña aparece contemplada en la Ley 15/2003.⁽⁶²⁾

Otra ley que incide en alguna tipología de lesiones, aparece con escasos meses de diferencia respecto de las dos reformas antes mencionadas. La L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género modifica las lesiones cualificadas del artículo 148 en relación a la violencia de género. Esta es una ley integral, no contempla únicamente la modificación penal de las tipologías sino una serie de medidas de protección a la víctima-mujer frente a la agresión del varón. Si bien, es una ley integral lo cierto es que deja desprotegido a un sector de la ciudadanía, pues la víctima es sólo la mujer sin tener en cuenta que el varón también puede ser objeto de violencia en el ámbito de la pareja.

Desde el punto de vista práctico, será necesario esperar un periodo de tiempo para determinar los aspectos favorables o desfavorables de estas tres leyes.⁽⁶³⁾

Desde el punto de vista teórico las reformas se han realizado dentro del marco constitucional, siendo la Constitución la que delimita el campo de actuación de la Política Criminal pues ésta se desarrolla, en gran medida, a través de reformas legislativas que han de seguir los preceptos y principios inspiradores de la Carta Magna exponente del consenso social.

Sin embargo, un sector doctrinal defiende con buen criterio, y aplicable al ámbito de las lesiones, el establecimiento de “requisitos procedimentales directamente encaminados a garantizar la consideración de ciertos aspectos materiales” en la elaboración de leyes penales, yendo más allá de lo previsto en la Constitución.⁽⁶⁴⁾

(62) Esta Ley entra en vigor el 1 de octubre de 2004.

(63) Desde el punto de vista estadístico se puede avanzar que el total de lesiones para el año 2004 ha sido de 9.957 según el Instituto Nacional de Estadística; véase en <http://www.ine.es>

(64) Entre estos requisitos, la doctrina menciona: información empírico-social sobre la realidad en la que se va a incidir, configuración de las nece-

4. CONCLUSIONES

Observamos en las estadísticas un creciente aumento de las lesiones. Así pues, no parece que la Política Criminal llevada a cabo haya conseguido una disminución de las mismas; pero sí se observa que el porcentaje de crecimiento se ha ido reduciendo poco a poco, tal y como se deduce de los datos ofrecidos por la Fiscalía General del Estado aunque hay que matizar que los datos no siguen criterios uniformes pues en ocasiones se refieren a todas las lesiones y en ocasiones a lesiones excluyendo malos tratos.⁽⁶⁵⁾ Por ello, conviene contrastar con las estadísticas judiciales ofrecidas por el Instituto Nacional de Estadística al mostrar datos globales de condenados por lesiones; analizando los años 1998 a 2002 también se observa un crecimiento de este delito.⁽⁶⁶⁾

sidades sociales y de las consecuencias previsibles, análisis del estado de opinión pública, cálculo de los costes económicos, dificultades de la puesta en práctica; véase, DÍEZ RIPOLLÉS, *Política Criminal...*, cit., pág. 46.

(65) En 1993 los delitos de lesiones aumentan un 26% respecto del año anterior; *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1994, pág. 141. En 1994 hay un incremento de un 10% en los delitos de lesiones con respecto al año anterior; *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1995, pág. 151. En 1995 los delitos de lesiones aumentan en una proporción de un 11% registrando un descenso las lesiones cualificadas; *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1996, pág. 207. En 1996 las lesiones aumentan en un 8% con relación al año pasado; *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1997, pág. 143. En 1997 las lesiones se incrementan en un 15%; *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1998, pág. 34. En 1998 las lesiones, excluidos malos tratos, se incrementaron en un 7%; *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 1999, pág. 35. En 1999 las lesiones dolosas, excluidos malos tratos, aumentaron un 2'5% respecto del año anterior; *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 2000, pág. 42. En el año 2000 las lesiones, excluyendo malos tratos, descienden en un 3'6% con respecto al año anterior; *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 2001, pág. 57. En el año 2001 las lesiones dolosas, excluyendo malos tratos, aumentan un 5'7% respecto del año anterior; *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 2002, pág. 52. En el año 2002 las lesiones, excluyendo malos tratos, se incrementan en un 2'3%; *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 2003, pág. 50.

(66) Los condenados por delito de lesiones en Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales han sido: 3.848 en el año 1998, 4.122 en el año 1999, 4.445 en el año 2000, 4.748 en el año 2001 y 5.519 en el año 2002; Instituto Nacional de Estadística, en [http://: www.ine.es](http://www.ine.es).

Por tanto, la Política Criminal no ha sido errónea aunque si convendría tomar otras medidas, además de las reformas penales, que incidan no sólo en el delito y el delincuente (pensemos en la víctima). La Política Criminal realizada en los últimos veinte años se ha centrado, sobre todo, en reformas legislativas de derecho sustantivo y una escasa legislación referente a las víctimas, si bien el Código Penal contempla la reparación, restitución e indemnización por parte del responsable del delito. En el caso concreto de lesiones el responsable del delito deberá indemnizar a la víctima con la cantidad estipulada en la sentencia.

También las reformas procesales y penitenciarias inciden en las lesiones, en la medida en que inciden en el tratamiento procesal y penitenciario de la delincuencia, en general. Además existen otros instrumentos bilaterales y multilaterales en la lucha contra la delincuencia, sobre todo de cooperación judicial en el ámbito europeo.⁽⁶⁷⁾

No obstante, las reformas legislativas han dado una mayor seguridad jurídica al modificar los tipos pudiendo concretar, con mayor objetividad, aquellas conductas que quedan dentro de los mismos y establecer penas eficaces, orientadas a la consecución de la prevención general y la prevención especial, y proporcionales pues hay una correspondencia entre la gravedad de la lesión (que no queda al azar) y la pena establecida.

Sin embargo, son factibles otras vías que potencien la eficacia de la Política Criminal seguida en materia de lesiones y amplíen el campo de actuación.

En este sentido, y con carácter general, la doctrina destaca el decisivo papel informador de la investigación criminológica en políticas criminales de prevención de la delincuencia, planificación de programas de intervención, eficacia de las medidas penales, políticas penitenciarias y obtención de datos empíricos para adoptar las decisiones pertinentes teniendo los conocimientos suficientes sobre el tema;⁽⁶⁸⁾ aunque este sector doctrinal señala la necesidad de que la Política Criminal no se

(67) CASTILLEJO MANZANARES, en *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia. La orden de Detención Europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros*, Madrid, Editorial Colex, 2002, destaca una serie de Tratados y Convenios tendentes a la cooperación policial, judicial penal y civil.

(68) LARRAURI PIJOAN, E., *Política Criminal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, págs. 46 y 47, 54 y ss.

base sólo en la investigación criminológica sino también en otras consideraciones dentro del marco democrático y de atención a la opinión pública.⁽⁶⁹⁾

Efectivamente, la investigación criminológica puede ofrecer una ayuda importante a la hora de establecer las directrices generales de la Política Criminal seguida en el delito de lesiones.

Esta investigación es más factible que en otros delitos pues, aunque doctrinalmente se destaca que las lesiones no se denuncian con frecuencia, la obligación del médico de mandar el correspondiente parte de lesiones al Juzgado, para iniciar las actuaciones procesales pertinentes, hace que la cifra negra en relación con las lesiones se reduzca considerablemente.

Otro instrumento adecuado en Política Criminal es el empleo de la informática para agilizar trámites burocráticos⁽⁷⁰⁾ y el desarrollo de estadísticas más fiables.

Por tanto, una Política Criminal amplia en lesiones debe abarcar, no sólo las modificaciones penales necesarias para la consecución de una mayor objetividad a la hora de sancionar, sino también otros aspectos que incidan no sólo en el delito y el delincuente sino en la víctima y en la sociedad en general.

Así pues, se puede concluir destacando las reformas penales, procesales y penitenciarias llevadas a cabo pero también la necesidad de otros instrumentos que completen la Política Criminal para conseguir una reducción de las lesiones. Instrumentos que pueden concretarse, entre otros, en: una investigación criminológica de la materia a nivel nacional, el establecimiento de políticas educativas que intenten paliar la agresividad desde la infancia, terapias en los centros penitenciarios para los condenados por lesiones.

Por último mencionar que la Política Criminal seguida en la materia que nos ocupa también debe tener en cuenta el costo que conlleva la efectividad de una justicia social, la compensación de las víctimas y la responsabilidad del delincuente conforme a los principios de libertad, igualdad, dignidad y seguridad.

(69) *Ibíd.*, pág. 62.

(70) Así se pueden citar: diligencias, traslados; véase, LÓPEZ-REY Y ARROJO, LL. D., *Compendio de Criminología y Política Criminal*, Madrid, Editorial Tecnos, 1985, pág. 227.

EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA COMO PARÁMETRO DE CONTROL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Dr. César Hines Céspedes^(*)

Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

(Recibido 29/09/05; aceptado 05/04/06)

(*) e-mail: chines@racsa.co.cr
Teléfono: 273-4052 • Fax: 273-3095

RESUMEN

El examen al ejercicio del poder administrativo debe enfocarse en los métodos y resultados, o mejor señalado, entre procedimientos y logros, cuya misión abstracta reconduce al más alto nivel de satisfacción con el más bajo costo social y económico. Eso es eficiencia y eficacia, único destino de los esfuerzos estatales para satisfacer necesidades públicas, sin limitarse a la legalidad puritana de la norma habilitante de la competencia, sino en un proceso de complementación con incorporación de otros elementos, en franca armonía conductiva entre la competencia administrativa y la necesidad general.

Palabras clave: Estado, eficiencia, consumidor, buena fe, interés público.

ABSTRACT

The exam on the exercise of the administrative power should focus on methods and results, or between procedures and achievements whose abstract mission redirects to the highest level of satisfaction at the lowest social and financial cost. This is efficiency and effectiveness, the only destination of the state's efforts to meet public needs, without being limited to the puritan legality of the validating norm of the competency, but completing the process by incorporating other elements, in an open, conductive harmony between the administrative competency and the general necessity.

Key words: State, efficiency, consumer, good faith, public interest.

SUMARIO

1. Introducción
2. Teleología de la actividad del Estado
3. La eficiencia como principio general
4. El principio de eficiencia en el ordenamiento nacional
 - a) En la Constitución Política
 - b) En la legislación ordinaria
5. El principio de eficiencia frente al usuario de los servicios públicos
6. La eficiencia en las relaciones individuales

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo como rama diferenciada del ordenamiento jurídico por su estructura y destinatarios, está concebido bajo criterios teleológicos, que a la postre son los componentes básicos que deben privar en su análisis aplicativo, que le servirían de sustento doctrinal a los cambios permanentes que deben proyectarse y materializarse en el ejercicio del poder administrativo, exteriorizado a través de los actos y actuaciones públicas dirigidos a una comunidad de individuos.

Desaparecida la duda sobre la naturaleza pública de los fines del Estado, que aún actuando bajo el prisma conceptual del Derecho Privado en aquellas actividades que no tienden a satisfacer en forma inmediata y directa una necesidad general, su finalidad seguirá mostrando ese marcado interés público como núcleo esencial de la decisión. Desde la perspectiva privada de una actuación pública, se trata de una modificación al régimen jurídico aplicable a la actividad concreta, no así a los objetivos vistos en su dimensión deontológica, porque al carecer el Estado de fines para sí, proyecta y actúa los que han sido elevados a la categoría de públicos o generales, dispuestos normativamente por medio de la ley, máxima exponente de la voluntad general.

De ahí que las normas y principios encuadrados en el Derecho Administrativo deben ser sometidos a lecturas y relecturas para obtener de ellas su máxima proyección axiológica para acercarla cada vez más a la realidad, facilitándole a la Administración el cumplimiento de sus cometidos y un ejercicio de fiscalización mejor ajustado a la legalidad administrativa.

Desde esa altura del discurso, la radiografía de las decisiones administrativas hace desaparecer el cotejo comparativo entre el acto y la norma, y deniega la intención de contemporizar la voluntad administrativa frente a los elementos normativos que la regulan para otorgarle la bendición por su congenialidad normativa. Por el contrario, se trata de establecer parámetros objetivos de calificación en su materialidad, pero más importante todavía, frente a los resultados posibles o logrados, desviándose la atención del control hacia la meta final y no hacia las formalidades del contenido o motivo, sin que por ello dejen de valorarse en la fiscalización general, por su integración estructural, necesaria para asegurar la conformidad ordinamental.

El examen al ejercicio del poder administrativo debe enfocarse en los métodos y resultados, o mejor señalado, entre procedimientos y

logros, cuya misión abstracta reconduce al más alto nivel de satisfacción con el más bajo costo social y económico. Eso es eficiencia y eficacia, único destino de los esfuerzos estatales para satisfacer necesidades públicas, sin limitarse a la legalidad puritana de la norma habilitante de la competencia, sino en un proceso de complementación con incorporación de otros elementos, en franca armonía conductiva entre la competencia administrativa y la necesidad general.

El lenguaje sirve para expresar y para posibilitar pensamientos que no podrían existir sin él, pues las diferencias se encuentran en el plano físico donde estos se plasman, por la necesidad de materializar la idea como medio posible para su comprensión. En el Derecho Administrativo, cuya consecuencia casi inmediata es la transformación de la vida política económica y social por la intervención del Estado, el lenguaje jurídico sufre la transportación física de su contenido a los efectos derivados o al cumplimiento de una finalidad última, sin que sea posible comprenderlo sin una aplicación lógico-sistemática en el plano material de la actividad administrativa, que en esencia, es la que permite dilucidar no solamente su corrección, sino su efectividad.

El lenguaje matemático, a diferencia del jurídico administrativo, parte de oraciones bastante simples y se procede con reglas de inferencia para construir enunciados simbólicos cada vez más complicados que los supuestos iniciales, que si son verdaderos, también resultarían verdaderos cualquiera que sean sus significados. En el lenguaje administrativo saber el significado no siempre es congruente con el resultado, porque tiene la característica lingüística de la “interpretación posible” frente a la “interpretación querida”. Resultaría necesario en consecuencia, acudir a otros elementos externos a la palabra pura, para encuadrar el texto de la norma con el sentimiento real inmerso en ella, y sería en el plano físico donde se logra tal propósito, en el tanto éste nos permita medir las distancias entre lo públicamente saludable y lo jurídicamente viable.

Determinar la eficiencia desde un plano estrictamente lingüístico con prescindencia de la materialidad final resulta inocuo, porque es en esta última donde se concreta con claridad la satisfacción de la norma. Medir la eficiencia a partir de una concepción formal nacida de la interpretación normativa resultaría contradictorio con el enunciado mismo, por la ausencia de un parámetro de medición ajustado a los requerimientos del giro administrativo de que se trate. Puede “parecer” eficiente que el Ministerio de Salud vacune a 2 de cada 5 habitantes del

país, pero la verdadera dimensión valorativa de la eficiencia administrativa se daría a partir del conocimiento de la cantidad de habitantes que el Ministerio de Salud efectivamente “debería” vacunar frente a los que realmente vacuna. De esta manera, las mediciones científicas de los resultados resultan un parámetro de control y fiscalización de la actividad administrativa en cualquiera de sus manifestaciones, sin que por ello escape al plano jurídico, porque la eficiencia tendrá incidencia directa en la validación de la decisión, acto o actuación administrativa, que de otro modo, podría ser técnicamente legal pero vista bajo un concepto amplio de la normatividad, podría ser ilegítima.

La definición de eficacia utilizada en este texto difiere de la que regularmente se aplica, entendida como el espacio temporal a partir del cual surten los efectos jurídicos de los actos administrativos. Aquí el término lo utilizamos en vinculación no sólo con el cumplimiento sino que, además y paralelamente, aplica para destacar el logro de los fines que el ordenamiento impone a la Administración, sin contrariar la definición inicialmente señalada, porque la diferenciación nace de la tipología del acto cuanto que también la valoración de su eficacia puede cumplirse con su sola comunicación.

Por esa razón y para evitar confusiones terminológicas, o conflictos semánticos, se recurrirá a la palabra eficiencia, que siguiendo la línea doctrinal establecida por la Sala Constitucional, integra ambos conceptos y así se le aclara a los lectores.⁽¹⁾

2. TELEOLOGÍA DE LA ACTIVIDAD DEL ESTADO

A partir de la configuración del Estado como fuerza superior reguladora y ordenadora de la sociedad, aparece en escena el concepto de acto administrativo como medio material para identificar sus manifestaciones de voluntad. Hay acuerdo doctrinal para señalar –tomando como punto de partida la francesa–, a la etapa posrevolucionaria como el momento del nacimiento de un Derecho especial para atender las

(1) Por voto 0140-1993 de las 16:05 horas del 13 de enero de 1993, la Sala Constitucional hizo la integración de ambos vocablos en el de eficiencia, al decir que ésta no sólo significa la realización de los cometidos públicos (eficacia, como se entiende en la Ciencia de la Administración) sino también, llevarlos a cabo de la mejor manera (buena calidad y menores o mínimos costos).

relaciones entre los particulares y el Estado, reconociéndose en el genio de Napoleón, la creación de una clase administradora distinta de la política que había dirigido los destinos de esa nación,⁽²⁾ y como consecuencia de ello, la visión política buscó las mejores fórmulas para cumplir con las obligaciones estatales de dar satisfacción a grandes necesidades sociales, que se cimentarían en una organización cuyos movimientos debían ser precisos, coordinados y armoniosos.

La clásica conclusión de que en Francia –cuna y cama del Derecho Administrativo–, el control de la Administración se mantuvo en la esfera administrativa por la desconfianza arrastrada y manifiesta en los jueces que mantenían una línea ideológica antirrepublicana, no es excluyente de una segunda conclusión más elaborada, por la que se considera que esa unificación histórica entre los sujetos controlados y los controladores, tenía como objetivo el mantener la actividad administrativa y su control, en la dimensión deontológica entre los derechos del particular y los intereses generales, que podrían colisionar en una determinada decisión, señalándose que el control de la Administración por quienes formalmente son parte de su estructura funcional, surge por una mayor comprensión, que del accionar administrativo tienen quienes participan de él, facilitando la transición de los efectos fiscalizadores al cumplimiento del orden jurídico, sin atentar contra la continuidad de los servicios.

Un estudio pormenorizado de VEDEL, produce la idea de que la decisión política que acuñaba la idea de otorgar las facultades fiscalizadoras a órganos ajenos al manejo diario del quehacer administrativo, tendría potencialmente dos efectos contrapuestos: que las resoluciones del contralor podrían quedar cortas como respuestas al conflicto pre-sentado, o; la soluciones a los conflictos se podrían extender demasiado en sus efectos, y en cualquiera de los dos casos siempre habrían perdedores.⁽³⁾

(2) Para ahondar más en el etapa histórico sobre el nacimiento del Derecho Administrativo, desde una perspectiva moderna y dinámica, pueden verse entre otros, a GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1994 y GONZALEZ CAMACHO, Oscar, *La justicia administrativa*, tomo 1, Instituto de investigaciones jurídicas S.A., San José, 2001, donde los autores hacen una muy elaborada proyección histórica.

(3) De la obra del autor francés se extrae que en la pretensión final del creador del sistema de justicia retenida, estaba bien presente el principio de eficiencia como elemento fundamental, pues antes que una legalidad estricta aplicada por jueces independientes, desde el punto de vista

La eficiencia como principio cardinal para la legitimidad del Estado, ha estado contemplada en la idea original desde la configuración de éste como sujeto independiente y supraindividual, lo que es apreciable desde los textos de los contractualistas, quienes señalaban que el desprendimiento de ciertas facultades que cada hombre en su naturaleza libre arrastra consigo, para entregarlas a una entidad separada y separable, solamente podía tener como finalidad, el facilitar la convivencia social en unas condiciones que en su individualidad sería incapaz de lograr.⁽⁴⁾

De esta identificación histórica no escapa la doctrina para quien –como lo señalara ORTIZ ORTIZ–, la materialización de los fines del Estado a través de una personificación en la Administración, está sostenida sobre esa tarea esencial de satisfacer necesidades de la comunidad, afincándose en esta unidad el aspecto fundamental de la actividad administrativa frente a la ley.⁽⁵⁾

orgánico, prefirió arriesgar la neutralidad judicial por la continuidad y seguridad de la prestación del servicio. Es interesante señalar que para el autor, el concepto de ejecución de las leyes que la Constitución transfiere al Poder Ejecutivo se refiere a una tarea general de asegurar el mínimo de condiciones requeridas para la continuidad de la vida de la nación, para el mantenimiento del orden público y la buena marcha de los servicios públicos, y agrega que todo ello, con prescindencia incluso de las prescripciones formales del legislador. Con lo anterior se confirma que el concepto de eficiencia no está dispuesto por la ley sino que está inmerso en la naturaleza intrínseca de las obligaciones estatales. VEDEL, George, *Derecho Administrativo*, traducción de Juan Rincón Jurado, 6^o edición, Editorial Aguilar, Madrid, 1980.

(4) LOCKE, John, señalaba que la libertad natural del hombre solamente puede modificarse con su consentimiento, que otorga para que por regla de mayoría se conforme una comunidad destinada a permitirles una vida cómoda, segura y pacífica de unos con otros, el disfrute tranquilo de sus bienes propios, y una salvaguardia mayor contra cualquiera que no pertenezca a la comunidad. En esas expresiones radican las primeras manifestaciones de las funciones del Estado, como las de proveer seguridad e impartir justicia, entendida como la resolución de un conflicto. En ambas situaciones y de acuerdo con el autor, lo que se pretende es que a través de regulaciones eficientes, se puedan otorgar esas facilidades existenciales a quienes convinieron en organizarse en comunidad. Del autor: *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, traducción de Amando Lázaro Ros, Editorial Aguilar, Madrid, 1973, páginas 73 y siguientes.

(5) ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *Tesis de Derecho Administrativo*, tomo 1, editorial Stradtman S. A., San José, 1998, página 35.

Expresaba el citado autor que los poderes otorgados no son de ejercicio facultativo ni subjetivamente condicionados, sino obligaciones a cargo del órgano público en beneficio de la comunidad, con rechazo frontal a la idea de un poder sin fines determinados,⁽⁶⁾ coronándose la conclusión preliminar, de que esas potestades-deberes deben ser cumplidas de cierta forma y para ciertas metas, cuyo quebranto acarrearía una disfunción administrativa que debe ser declarada y desaparecida.

El análisis de la voluntad administrativa expresada en el acto o en la actuación material, debe abarcar un espectro jurídico-político-sociológico dentro de los límites de la competencia particular, sin agotarse en la verificación formal de su legalidad, porque los portillos que en su interpretación se abren, pueden resultar en una desviación de los fines de la norma, con factores ajenos a la pretensión última de la ley pero bajo una apariencia de legalidad, como se presenta con el abuso, con una apariencia de buen derecho, pero en función de una pretensión ilegítima, aunque en su externalidad aparece ajustada a las exigencias de la norma.

SESIN señala que los requisitos o elementos de legalidad del acto administrativo no se limitan a la legalidad pura, sino que se complementan con los principios generales del derecho y demás aspectos que integran el orden jurídico administrativo, que en base a los nuevos marcos constitucionales constituyen fuente directa y operativa del accionar administrativo.⁽⁷⁾ Esta doctrina es concordante con expresiones normativas que regulan la integración referenciada por el autor argentino, como la Ley fundamental de Bonn en su artículo 20, la Constitución italiana de 1948 en su artículo 97 y la Carta española de 1978 en sus artículos 9.2 y 103.1.

Estas normas del más elevado rango, señalan que la sujeción de la Administración debe serlo a la Ley y al Derecho, que conlleva un deber jurídico general de actuar apegado a todo el tinglado normativo que compone el ordenamiento. Es bajo esta formulación del principio de legalidad administrativa, que se inclina la doctrina argentina, manifestándose favorablemente por la imposición de requisitos de "juridicidad" del

(6) *Ibíd.*

(7) SESIN, Domingo Juan, *Acto administrativo: nuevos requisitos y vicios de juridicidad*, en *Temas de Derecho Administrativo*, Librería editora Platense, La Plata, 2003, página 152.

acto administrativo en sustitución de las exigencias de “legitimidad” con las que históricamente se han identificado, porque, señalan, el uso de legitimidad o legalidad podría entenderse *prima facie*, como demasiado apegado al normativismo, socavando el hecho incuestionable que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio.⁽⁸⁾

3. LA EFICIENCIA COMO PRINCIPIO GENERAL

Ha sido criterio histórico prevaeciente, que las leyes fundamentales que organizan el sistema jurídico, constituyen una ordenación de normas destinadas al reconocimiento de un plexo básico de derechos humanos y sociales, y de un sistema de organización del poder, a partir de su distribución y control recíprocos, utilizando a ambos fines, los conocimientos técnicos científicos provistos por la ciencia jurídica y no por la teoría de la organización.

Ambos perfiles tradicionales de la ciencia jurídica no pueden ser abandonados ni menospreciados, tanto en función del grado de verdad de las postulaciones logradas como de la utilidad que los referidos desenvolvimientos científicos aportan al desarrollo social. No empece lo anterior, esos hechos y verdades no deben desplazar la trascendencia de lo organizacional ni de la inequívoca función vinculada a la organización que tiene el Derecho. Olvidarlo resultaría un detonante cuando desde todos los ámbitos del quehacer social se escuchan voces reclamando eficiencia y eficacia, en tanto que la respuesta frecuente del Derecho, es su producción, dispuesta con prescindencia de la verificación de los resultados obtenidos con su aplicación, sujeta a un ritualismo estéril, colocando al sistema jurídico muy lejos de la función de asegurar los resultados que la sociedad necesita.

ROMANO⁽⁹⁾ afirmó que el Derecho, antes de ser norma es organización, a lo que BIDART CAMPOS sin contradecirlo ripostó, indicando que si la norma escrita es también organización cuando tiene

(8) SESIN, Domingo Juan, *Administración Pública, Actividad reglada, discrecional y técnica*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1994, página 20 y siguientes. En igual sentido GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Biblioteca jurídica Diké, 1999, y TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1993.

(9) ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

vigencia sociológica, pareciera ser que, simultáneamente, la normatividad y la organización son expresiones cronológicas de la misma entidad,⁽¹⁰⁾ porque en la práctica forense el pensamiento del juez no se debe estancar en la valoración puramente axiológica de la norma, para en su lugar, intentar enfrentarse a la realidad aplicativa en que cobrará vigor, donde, se dice, con QUIROGA LAVIE, que detrás de todo ordenamiento jurídico hay un sistema organizacional que el Derecho positivo ha ignorado con frecuencia, y los jueces tampoco han tomado en cuenta la necesidad de interpretar dicho orden positivo a partir de un sistema de principios organizacionales que operativicen la plena fuerza normativa de la Constitución.⁽¹¹⁾

El principio de eficiencia es pues, el entramado axiológico de todo texto constitucional que se precie, cuyo resultado no se manifiesta a través de las muchas veces en que se aplica, sino que todo lo contrario; la validez y eficacia de la norma en su dimensión existencial se glorifica con su recepción pura. Dicho de otra forma, sería reconocer que la manifestación sublime de ese respeto hacia la norma, se dibuja en su plenitud cuando socialmente alcanza un automatismo aplicativo o un cumplimiento espontáneo. El principio de solidaridad contenido en el artículo 73 de la Constitución Política, al transformarse en prestaciones reales, revestirá mayores niveles de eficiencia incorporada en su naturaleza intrínseca, en la misma medida en que las entidades obligadas, sin necesidad de requerimientos judiciales que las coaccionen, aumenten el volumen de asistencia social a la población meta, porque de ser de esta última manera, la eficiencia no sería de principio sino como una consecuencia final ineludible por la obligatoriedad de la resolución que la impone.

Un enfoque desde la cima del ordenamiento jurídico reconduce a una segunda conclusión preliminar, de que la pretensión del constituyente, –que no está ausente en las labores legislativas ordinarias–, fue la de proveer sistemas organizacionales eficientes para satisfacer los requerimientos generales que diariamente reclama la sociedad como cuerpo y los administrados como miembros en su individualidad. Al disponer el artículo 11 del Código Político que los funcionarios públicos

(10) BIDART CAMPOS, German, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.

(11) QUIROGA LAVIE, Humberto, *¿Es eficiente el sistema normativo?* Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, página 13.

están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone sin arrogarse otras facultades distintas a las que aquella les otorga, se confirma la esencia de la función burocrática de facilitar a los ciudadanos la satisfacción de aquellas necesidades elevadas a la categoría de obligación estatal.⁽¹²⁾

Se entiende que la decisión de la comunidad plasmada en la norma se materializa con el cumplimiento espontáneo de los objetivos perseguidos con su promulgación sin limitarse al respeto de su letra. Derivación de esa lógica interpretativa, el principio de eficiencia resulta ser parte del proyecto de vida de la Constitución, es su sabia vitalizadora porque el esquema organizacional del Estado tiende a perseguir esa eficiencia, al crear instituciones y órganos incorporados en el plexo constitucional para servir a esos fines.

4. EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

a) En la Constitución Política

La eficiencia como consecuencia material de la actuación o del acto administrativo está presente en la Constitución Política en prácticamente todo su texto y por supuesto en el contexto de su interpretación, además de encontrarse señalado expresamente en algunas normas concretas.⁽¹³⁾ A la par del artículo 11 ya citado, se encuentra el numeral 12 por el que se dispone que para la vigilancia y conservación del orden público, habrán las fuerzas de policía necesarias, donde no es necesario indicar expresamente que la vigilancia y conservación de ese orden público deben ser eficientes, para entender incorporado el principio, lo mismo se podría señalar en el artículo 27 que garantiza el derecho a una

(12) En ese sentido debemos coordinar con el artículo 105 de la misma Carta, que dispone que la potestad legislativa la tiene el pueblo delegada en sus representantes. Esto implica que lo que la ley regula es una decisión de las mayorías y en ese sentido nadie, diferente a esas mayorías podría desconocerlo. Por eso LOCKE señalaba que se trata de una entrega voluntaria de parte de la soberanía individual a favor de la comunidad y como tal inmovilizada frente a criterios o resoluciones no tomadas por esa misma mayoría. LOCKE, *op. cit.*, página 73.

(13) Es el caso del artículo 140. 8) y 191.

pronta respuesta, en el 50 que garantiza el derecho a un ambiente sano y la promoción estatal para un mejor reparto de la riqueza; numeral que se convierte a su vez en una norma vinculada al principio de solidaridad y como tal, de profundas connotaciones jurídicas en la calificación de algunos actos administrativos, por la facilidad para descubrir la ineficiencia cuando se traspasen los límites lógicos y mínimos de su contenido. Iguales interpretaciones pueden agregarse en los demás títulos, de los que se desprende el deber administrativo de ser eficientes para que el mandato constitucional no sea una quimera sino una realidad, aún cuando por situaciones metajurídicas esas realidades no pasen de ser un lindo discurso normativo sin posibilidades reales de cumplimiento.⁽¹⁴⁾

La Sala Constitucional reiteradamente ha considerado en su jurisprudencia, que la eficiencia es un principio jurídico de raigambre constitucional, que permite otear la constitucionalidad de una actuación administrativa frente a los derechos subjetivos de los particulares valorados en el plano supralegal. Ha señalado que el traslado de un funcionario público debe obedecer a criterios objetivos tendientes a mejorar el servicio público, rechazándose toda valoración subjetiva.⁽¹⁵⁾ En otra oportunidad, en el análisis de un reclamo por la violación al principio de igualdad, resolvió en favor del reclamante, al señalar que la actuación administrativa estuvo precedida de un marcado interés político –como contrario al interés público– y desde esa perspectiva no era admisible la aplicación de criterios diferentes para situaciones semejantes, pero que en ambos casos las actuaciones debieron ser marcadas por el principio de eficiencia que se persigue a través del procedimiento de licitación pública.⁽¹⁶⁾ Este principio de eficiencia fue elevado a principio constitucional por esa misma jurisprudencia constitucional, al resaltarlo como condicionante esencial en la contratación pública.⁽¹⁷⁾

(14) En ese sentido se califican las normas por las que se propone la facilitación material a los ciudadanos de viviendas y otros beneficios que el Estado por incapacidad económica no puede otorgar. Sin embargo tampoco puede ejecutar actos en sentido contrario.

(15) En ese sentido pueden verse los votos 7419-97 de las 10:15 horas del 11 de noviembre y el 3872-00 de las 10:57 horas del nueve de mayo.

(16) Véase el voto 752-93 de las 16:18 horas del 15 de febrero.

(17) Véase ROMERO PEREZ, Jorge Enrique, *Contratación Pública*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003, páginas 85 y siguientes donde el autor lo extrae de los votos 213-98 y 245-98, ambos de la Sala Constitucional.

b) En la legislación ordinaria

Desde el inicio de su proyección legislativa, la Ley General de la Administración Pública (LGAP), señala el rumbo que deben seguir las Administraciones públicas en sus relaciones con la sociedad, ya sea en sus vínculos particulares trashumantes de los generales, o, en la expresión de la voluntad pública que representa. El artículo 4 de la mencionada ley señala que toda la actividad de los entes públicos debe estar orientada a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su eficiencia. Este ordinal se relaciona con el ordinal 10 *ibídem*, que dispone que la interpretación de la norma administrativa debe garantizar el cumplimiento del fin público, para confirmar por el artículo 15, que la actuación discrecional ante la ausencia de norma expresa, es posible siempre que se ejecute dentro de los límites del ordenamiento, para lograr que su ejercicio sea “eficiente”; también el numeral 16 invoca las reglas de la técnica, la ciencia y los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia como límites al ejercicio discrecional, para culminar con la regla general del artículo 128 que sujeta la validez del acto administrativo a su conformidad con el ordenamiento jurídico, cuya existencia está basada en el cumplimiento de los fines, porque como se señaló líneas arriba, no hay poderes sin fines.⁽¹⁸⁾

Es en ese artículo 128 en relación con el 158 ambos de la LGAP, donde se resume el concepto de validez del acto o actuación administrativa, que sirve de parámetro de valoración general en todos los ámbitos del Derecho Público, al tenor de la jurisprudencia constitucional que ha señalado que el Libro Primero de la Ley General de la Administración Pública es de aplicación en todos los órdenes administrativos.⁽¹⁹⁾ La inteligencia ontológica de la norma está en su propia finalidad, no en la del intérprete que pasa a ser un intermediario entre el plano puramente ideal, abstracto en que se concibe el ordenamiento y su transportación al plano físico, que apareja como resultado que para el orden jurídico resulte irrelevante la voluntad personal del agente, para centralizarse en la de la Administración intitulada para ejecutar las decisiones que la voluntad general puso en sus manos.

(18) ORTIZ ORTIZ, *op. cit.*, página 35.

(19) En tal sentido pueden verse los votos 2993-2000 de las 15:28 horas del 12 de abril del 2000 y el 5925-2000 de las 9:16 horas del 14 de julio del 2000.

Esa es la doctrina que se extrae de los ordinales 214 y 215 de la LGAP, al disponer que a través del procedimiento administrativo se asegurará el mejor cumplimiento de los fines de la Administración, y señala su obligado acatamiento cuando el acto final produzca o vaya a producir efectos en la esfera jurídica de otras personas. De la conjugación de las dos normas finalmente apuntadas, se deriva que los canales que debe seguir la Administración no están concebidos únicamente para adecuar su conducta a unas formas rituales que permitan darle un seguimiento validante, sino que la intención es que por ese cauce se cumplan los fines queridos por el ordenamiento, resultando imprescindible para su comprensión, la inclusión del ordinal 49 del Código Político cuando se refiere a la desviación de poder como causal de nulidad del acto administrativo; desviación que no está relacionada con la ritualidad sino con la materialidad del acto.

La Ley y el Reglamento de la Contratación Administrativa contienen señalamientos múltiples en los que el principio de eficiencia tiende a ser el elemento fundamental para el control de la actividad contractual del Estado. Señala ROMERO PÉREZ, que el Estado debe hacer una valoración de las ofertas, con el fin de mantener como elegibles el mayor número posibles de las recibidas, con el propósito de determinar la admisibilidad o elegibilidad de cada propuesta, con el fin de satisfacer el interés público perseguido por la contratación.⁽²⁰⁾ En ese sentido es que se debe interpretar el artículo 4, al señalar que, por los procedimientos de contratación administrativa se pretende la oferta que más convenga a los intereses generales y al cumplimiento de los fines y cometidos de la Administración. Esta segunda afirmación normativa resulta redundante cuando los fines y cometidos de la Administración no pueden ser ni son otros diferentes a los intereses públicos, de manera que la oferta que más convenga a los intereses públicos es precisamente la que a su vez permitirá a la Administración cumplir sus fines, validando el principio de eficiencia para lograr resultados idóneos al más bajo costo, como también fue señalado por la jurisprudencia constitucional, al identificar a la eficiencia con el precio y la calidad.⁽²¹⁾

La configuración tridimensional del derecho, como hecho, valor y norma, acrecienta en el Derecho Administrativo la dimensión aplicativa

(20) ROMERO PEREZ, *op. cit.*, página 87.

(21) En ese sentido puede verse el voto 1396-01 de las 14:57 minutos del 14 de febrero.

del principio de eficiencia, porque en este específico campo, es el único fertilizante que puede abonar las relaciones de la Administración en su vinculación activa con el particular, donde estas formas exigidas por el ordenamiento para el cumplimiento de los fines derivan en otro componente que requiere de atención, porque carecerían de uno de los elementos intrínsecos en el Derecho, –el axiológico– si no estuviesen en función de los intereses públicos, únicos con contenido formal y material definido, a la luz de lo dispuesto en el artículo 113 de la LGAP,⁽²²⁾ que nos conduce a analizar el principio frente a uno de los destinatarios de la actividad de la Administración: el usuario.

5. EL PRINCIPIO DE EFICIENCIA FRENTE AL USUARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

No es este el momento ni el lugar para analizar o desarrollar una doctrina del servicio público, sin embargo conviene, señalar algunas características necesarias para la introducción del tema en estudio, dada su incidencia en el tratamiento del principio de eficiencia frente al usuario.

El concepto de servicio público ha sufrido mutaciones conceptuales a lo largo de la historia. Desde DUGUIT que lo definió identificando en él toda actividad administrativa del Estado, hasta las más modernas corrientes que lo clasifican bajo un prisma de dependencia prestacional aparejado al requisito de la esencialidad, consustancial al origen y definición del Estado, cuyo núcleo duro lo encontraríamos en la imposibilidad jurídica de que sea prestado por sujetos diferentes a este. Es el denominado servicio público “inherente” al Estado que alguna doctrina señala o encasilla dentro del concepto de función pública, prestado bajo una modalidad imperial sin posibilidad de ser trasladado al sector privado,⁽²³⁾ porque son parte de lo que normalmente se denomina funciones esenciales del Estado: administrar, legislar e impartir justicia.

Otras actividades administrativas que pueden ser prestadas en regímenes público, privado, o mixto, al tenor de los artículo 3.2 y 4 de

(22) Señala esta norma que el interés público será considerado la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados.

(23) TRONCOSO REIGADA, Antonio, *Privatización, Empresa Pública y Constitución*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.

la Ley General de la Administración Pública, no descartan la publicación de algunos actos emanados de esas organizaciones que facilitan servicios calificados de públicos, cuando modifiquen, extingan u otorguen derechos subjetivos o intereses legítimos en el ejercicio de potestades públicas, aún cuando el régimen jurídico aplicable al servicio sea privado.⁽²⁴⁾

Las vicisitudes doctrinales del servicio público no permiten calificaciones apriorísticas de la eficiencia porque habría que deslindar previamente, la naturaleza de la prestación en la que se enmarca para señalarla. Las características generales del servicio público, como en el caso de la educación, no permiten de entrada una calificación de resultados, por ser altamente opinables, para efectos de su reclamación, no sólo por la naturaleza de la prestación sino por la carencia de homogeneidad, en los logros que de esta manera se presentan como intangibles e inaprensibles individualmente. Puede resultar eficiente la labor estatal para aumentar la masa estudiantil a los centros de estudios, pero el sistema educativo como nervio central de los programas, resulta ineficiente para retenerlos o para formarlos integralmente, por problemas estructurales, de logística, de metodología, de procedimientos o políticas institucionales.⁽²⁵⁾

Establecer esa diferenciación entre lo individualmente reclamable y lo generalmente deseable, es necesario para disponer de reglas y medidas claras para la valoración de las actuaciones administrativas, porque no todas se pueden encasillar en una relación jurídica individual frente a la Administración aunque fuera lo apetecible. Analizar el principio de eficiencia desde la perspectiva del usuario o consumidor,

(24) Es el caso de las empresas públicas del Estado, que aunque regidas por el Derecho privado, emiten actos administrativos que deben ser ventilados en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

(25) Es desde esa perspectiva que resulta opinable establecer una medida de calificación, porque las razones por las que esas situaciones negativas se presentan pueden ser muchas: la deficiente alimentación de los estudiantes para atender sus deberes escolares, las dificultades económicas de algunos para dedicarle tiempo a la lectura y a la investigación, la falta de materiales para acceder a las modernas tecnologías en algunos centros, representan deficiencias del sistema, no reclamables en forma individual sino como defectos políticos del régimen en la redistribución de la riqueza.

constituye una variante en el ejercicio del control, ubicándose su atención frente a la responsabilidad del Estado, en el tanto con la prestación deficiente u omisión prestacional se cause un perjuicio cierto, aprehensible y concreto al particular, para lo que está dispuesto el ordinal 190 de la LGAP que enmarca esas situaciones dentro del concepto de funcionamiento ilegítimo o anormal del servicio.

El inciso 8) del artículo 140 del Código Político dispone que le corresponde al Poder Ejecutivo vigilar el buen funcionamiento de los servicios públicos. Dicha norma al ser relacionada con el 191 *ibidem*, que pretende la regulación sistemática de las relaciones laborales entre el Estado y sus servidores a través de un Estatuto de Servicio Civil para garantizar la “eficiencia” de la Administración, permite concluir que la eficiencia se ubica en el centro del universo ordinamental aplicativo a estas situaciones jurídicas administrativas. La actuación administrativa debe serlo siempre frente a un marco jurídico de referencia, en el que el parámetro estaría representado por la situación jurídica subjetiva que lo produce y/o por la bilateralidad de la norma que alguna doctrina sostiene como nota esencial del Derecho.⁽²⁶⁾

Esa situación jurídica que puede ser por relación o por estado (status) sería el elemento objetivo utilizado para determinar la capacidad del acto de producir los efectos jurídicos exigibles para dicha relación o estado, y en sentido general constituiría el parámetro de control sobre la calidad de la actuación administrativa como instrumento para completar los vacíos llamados a cubrir. Desde esa perspectiva, la relación jurídica entre la Administración y el particular es la que diseña el modelo de actuación o acto administrativo requerido en el proceso, que a su vez permitirá determinar la corrección o incorrección de la decisión tomada.

(26) ORTIZ ORTIZ, E., *Tesis de Derecho Administrativo*, tomo II, Editorial Stradtman, San José, 2000, páginas 184-185, citando a GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, señala que por la bilateralidad de la norma jurídica, se hace empleo de dos juicios que se implican mutuamente, uno llamado atributivo que faculta a un sujeto hacer algo y otro llamado prescriptivo que simultáneamente obliga a otro a hacer algo. De acuerdo a esta concepción la regulación efectiva de la conducta humana se da siempre bajo la forma de relaciones jurídicas entre sujetos por virtud de las cuales cuando uno tiene un derecho siempre hay otro frente a él que tiene un deber cuya función es hacer posible que el primero pueda obtener una cabal satisfacción de sus pretensiones, porque un derecho sin un obligado o un deber sin un derecho habiente, son jurídicamente inconcebibles.

Al usuario o consumidor no se le entrega, facilita o cumple de cualquier manera sino de la forma que su especial situación así lo exige, porque dentro de una relación jurídica definida, los sujetos involucrados guardan dos posiciones respecto a la conducta propia.⁽²⁷⁾ Se debe entender que la posición del usuario no es la misma que la del particular vinculado con la Administración por un contrato administrativo, ni tampoco hay igualdad posicional entre el funcionario que brinda atención al público obligado por una relación de servicio, en contraposición a quienes cumplen esos fines autorizados por una concesión.

Cada una de esas relaciones apareja efectos y consecuencias diferentes al momento de determinar la calidad y cantidad del servicio, donde se reflejaría la doble legitimidad democrática de los administradores: la de origen y la de ejercicio, porque la primera justifica el poder y la segunda su materialización, que inexcusablemente debe ser bien ejecutada como requerimiento para sostener a la primera, porque como señalara MARTINEZ MARIN, en puridad, el mayor o menor número de servicios públicos, su distribución competencial entre las múltiples Administraciones públicas e incluso, su óptima o deficiente prestación no altera de manera fundamental el discurso doctrinal. Haya más o menos servicios públicos, sean gestionados de manera pública, privada o mixta, establecidos y organizados de un modo u otro, su buen funcionamiento es obligado y lo es porque es un deber-derecho jurídico.⁽²⁸⁾

En síntesis parcial se dice que el principio de eficiencia siempre estará presente en las relaciones generales o individuales nacidas por las situaciones jurídicas administrativas, sean éstas subjetivas u objetivas, porque ante la presencia del supuesto de hecho, la norma dispone las conductas procedentes⁽²⁹⁾ independientemente de que se ejerciten.

(27) Desde esta perspectiva se debe señalar que incluso aquellas decisiones emanadas del Estado con efectos generales deben guardar el papel asignado a cada sujeto. Así en la administración de justicia el Estado ejecuta un papel de tercero compondor que igualmente requiere de una metodología eficiente para cumplir con los objetivos arbitrales asignados, midiéndose esa eficiencia a partir de la capacidad de los procesos instaurados para otorgar justicia pronta y cumplida.

(28) MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *El buen funcionamiento de los servicios públicos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 13.

(29) ORTIZ ORTIZ, E., *Tesis de Derecho Administrativo*, tomo II, op. cit., páginas 183-184. Señala este autor que la diferente entre las relaciones

Frente a los usuarios o consumidores, el principio adquiere arraigo constitucional a partir de la reforma al artículo 46 del Código Político, que atiende y garantiza el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud; ambiente; seguridad; e intereses económicos, abarcando todas las posibilidades prestacionales, sean servicios públicos, privados o mixtos, y facilitando la calificación del ejercicio administrativo según sea su procedencia.

La eficiencia es un principio jurídico con relevancia práctica en la fiscalización de la actividad administrativa, aunque no hay coincidencia doctrinal en cuanto a esa cualificación, como se desprende de la posición de ROJAS CHAVES y de GARRIDO FALLA,⁽³⁰⁾ para quienes las malformaciones del quehacer administrativo solamente servirían para calificar la gestión administrativa como mala pero sin consecuencias accesorias. Sin embargo esa tesis tampoco es única porque otros autores como PAREJO ALFONSO, señalan que la eficiencia es un mandato para la Administración obligada a actuar acorde con él,⁽³¹⁾ lo que implicaría que al ser una obligación podría ser individualmente exigible.

A nuestro modo de interpretar esas manifestaciones doctrinarias contrarias al encuadre de la eficiencia como principio jurídico, es que lo desarrollan desde una visión general del ordenamiento y las teorías de la

jurídicas subjetivas y objetivas radica en que las primeras se refieren a la situación de un determinado sujeto –público o privado– con respecto a una norma jurídica, que lo habilita para hacer, le impide hacer o le concede un derecho, los que puede ejercitar frente a los demás. En el caso de las situaciones jurídicas objetivas, se refiere a la cualidad jurídica que determina la norma frente a situaciones de hecho predeterminadas ante cuya presencia se dan los supuestos aplicativos reservados a esa cualidad. La norma jurídica dispone que se tiene derecho a la jubilación al cumplir los sesenta años, objetivamente se adquiere ese derecho al tener esa edad. La norma jurídica dispone que los padres tienen ciertos deberes frente a los hijos. Esos deberes se adquieren por el simple hecho de ser padre, y son independientes a que se ejerciten o no.

(30) ROJAS CHAVES, Magda Inés, *La eficiencia administrativa y la protección de los habitantes*, Derecho Constitucional y Administrativo, Instituto de investigaciones jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2001, páginas 248 y siguientes, GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

(31) PAREJO ALFONSO, Luciano, *La eficacia como principio de la actuación de la Administración*, citado por ROJAS CHAVES, M., *op. cit.*, página 250.

administración, propuestas de una forma donde la prestación de servicios eficiente no pasa de ser una sugerencia, pero que no se impone como una obligación-deber jurídico de la Administración, ante cuya omisión podría surgir la reclamación individual, mientras que la tesis que la incorpora como un componente más de la legalidad, la instituye en un mandato del ordenamiento, que legitima para su reclamación particular frente a una actuación u omisión concretas ajena o contraria al deber jurídico de actuar, pero de actuar bien, integrando los parámetros de control en la confrontación y valoración de su regularidad.

Para una mejor comprensión de esta dialéctica doctrinal, el discurso debe incluir el razonamiento positivista kelseniano, porque la eficiencia administrativa entendida desde la visión del autor austriaco, carecería de valores al prevalecer sobre estos el texto de la norma de Derecho, lo que sería contrario frente a otros bienes superiores del hombre como los derechos humanos, comprensivos de los derechos públicos subjetivos y/o derechos fundamentales, porque la actuación administrativa puede ser muy eficiente en el contexto puro de la norma, en el cumplimiento ritual de los requisitos formales del mandato positivo contenido en ella, pero carecería de toda legitimidad democrática por la violación de aquellos valores supranormativos.⁽³²⁾

Cabe señalar que esta última autora citada, distingue entre la eficiencia como derecho –en atención a su naturaleza ontológica–, y los efectos que el comportamiento ineficiente produce, –desde la perspectiva transformadora deontológicamente considerada– concluyéndose que de no existir como derecho individualizado, solamente cabría exigirla frente a daños concretos que sean directamente imputables a la actividad mal ejecutada.⁽³³⁾

(32) La valoración de la eficiencia debe hacerse no solamente frente al marco normativo general sino adicionalmente con incorporación de los valores que sin coacción y espontáneamente se consideran propios de la persona. Se rechaza por lo tanto una actuación eficiente que se contraponga a valores que están por encima de la norma pura. Un soldado puede ser muy eficiente aniquilando enemigos, y será más eficiente cuantos más enemigos mueran, pero esa acción no puede legitimar el acto por el simple cumplimiento de la norma porque su legitimidad deriva de su armonización con los demás valores sustanciales para su legitimidad. Esa es una de las razones por las que el positivismo de KELSEN, no logra arropar todas las situaciones reales dentro del espectro natural de la convivencia humana.

(33) ROJAS CHAVES, *op. cit.*, página 252.

Esa posición es cierta medida en una situación general frente a objetivos institucionales o administrativos en su examen comunal, que por principio rechazan –por la carencia de medios coactivos para reclamarla– la posibilidad de exigirla como obligación particular, con relación a las metas, objetivos o procedimientos políticamente impuestos o predeterminados.

Es nuestro criterio que la eficiencia debe ser considerada como un elemento más de los que integran el acto o actuación administrativas, y como tal, complementa los otros componentes de la fiscalización cuando se está frente a la ejecución individualizada de cada una de las prestaciones que por la situación jurídica administrativa del particular con la Administración se acredita en su favor.

ROJAS CHAVES parece descartar la eficiencia como un principio general del Derecho, o particular del Derecho Administrativo, a pesar de que la Ley General expresamente lo incorpora como tal. Independientemente de su reconocimiento doctrinal como principio, no puede perderse de vista que se encuentra incardinada en otros principios constitucionalmente reconocidos, que carecerían de sentido deontológico si no se conjugan con las exigencias de la Administración, amén de la abundante jurisprudencia constitucional que expresamente así la denominan.⁽³⁴⁾

Los principios de la buena fe, la proporcionalidad, la razonabilidad si bien no son sinónimos de eficiencia en su acepción gramatical, con ocasión de traslado al plano físico, toman su forma, porque de otra manera adolecerían de un vacío jurídicamente insostenible por contradictorios. Si por principio la Administración solamente puede cumplir los fines queridos por el ordenamiento y éste, igualmente por principio, tiene fines lícitos y acordes a los valores inmersos en la ideología constitucional, no habría un acto jurídicamente razonable que no tienda a satisfacer esos fines exigidos por la norma, pues para su razonabilidad material no podrá prescindir de las mejores condiciones de tiempo, esfuerzo y recursos.

El control de la juridicidad del acto o actuación administrativa, así como la estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo

(34) Entre muchos, pueden verse los votos 752-93 de las 16:18 horas del 15 de febrero, el 7419-97 de las 10:15 horas del 11 de noviembre, el 3872-00 de las 10:57 horas del 9 de mayo y el 1396-01 de las 16:57 horas del 14 de febrero.

lógico jurídico, sobre la base única de la ley, sino que la revisión de la manifestación de la voluntad administrativa debe ser con un criterio amplio de adecuación a la unidad del orden jurídico.⁽³⁵⁾

6. LA EFICIENCIA EN LAS RELACIONES INDIVIDUALES

El Estado democrático no se agota en el modelo político ideológico, porque la democracia como término lingüístico no queda delimitada en el gobierno de las mayorías con respeto a las minorías, o con el gobierno de las leyes. El Estado democrático encierra otros componentes que inciden en sus relaciones con los particulares, en ejecución de sus funciones esenciales y frente a los destinatarios que las reclaman.

Alguna doctrina con buen tino, hace la diferencia conceptual entre deberes y obligaciones, señalando que los primeros son una consideración de índole moral que pueden, por virtud de la ley, convertirse en un compromiso jurídico, mientras que la obligación tiende a configurarse más, frente a una relación recíproca entre sujetos, ante cuya omisión se presenta el conflicto de intereses.⁽³⁶⁾ El deber así definido se identifica, más como una exigencia que como un gravamen a lo interno del sujeto, tendiente al mantenimiento de las buenas relaciones sociales, ante cuya falta deviene la sanción. Es decir, no es su naturaleza intrínseca lo que determina su exigencia sino los efectos que su incumplimiento produce en la esfera jurídica de terceros. Es una vinculación genérica de todos frente a todos sin especial identificación con un determinado sujeto. La obligación por el contrario, hace a una relación debidamente identificada entre dos o más sujetos en las que se puntualizan las condiciones recíprocas que servirán como parámetro de medición de los efectos y las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

Esas diferencias de los conceptos reseñados, no se mutan frente a una Administración con deberes genéricos objetivados en obligaciones específicas, dada la doble dimensión ontológica y deontológica del Estado.⁽³⁷⁾

(35) SESIN, Domingo Juan, *Acto administrativo... op. cit.*, página 153.

(36) GONZÁLEZ CAMACHO, Oscar, *La justicia administrativa*, tomo II, Instituto de investigaciones jurídicas, San José, 2002, páginas 44 y siguientes.

(37) Se rescata que la configuración del Estado obedece a fines específicos que no varían en el tiempo ni en el espacio en cuanto a su connotación abstracta, es decir, considerados en sí mismos: los fines públicos. Sin

El principio general de eficiencia es una servidumbre constante y mantenida de la Administración frente a sus deberes públicos y sus correlativas obligaciones particulares, donde, no sobra señalar, constituyen especies del género.⁽³⁸⁾ Ese panorama aplicativo apareja otro problema de cierta complejidad explicativa, porque para algunos autores, la incorporación de la eficiencia como parámetro de control de la actuación administrativa, debe darse a partir de una connotación jurídica, es decir, a partir de su composición como principio general del Derecho, definidos como aquellos que articulan y animan el ordenamiento en su conjunto, los que son una condensación de los grandes valores materiales que constituyen su substratum; o bien, catalogarla como principio específico del Derecho Administrativo, como proposición fundamental sectorial que lo informa, soporte del ordenamiento al que fundan como pautas directivas de formación jurídica que pueden justificar soluciones jurídicas,⁽³⁹⁾ y al no reconocerle esos títulos que

embargo es deber del Estado hacer los esfuerzos necesarios para que esos fines públicos, se mantengan en un orden ascendente en cuanto a su calidad en aras de darle mejores instrumentos materiales y espirituales a los ciudadanos para mejorar su calidad de vida, cuyo significado en el plano jurídico administrativo no es otra cosa más que un deber ser.

- (38) Atendiendo una doctrina constante, es fácilmente entendible que inicialmente las vinculaciones de la Administración tiene la naturaleza jurídica de un “deber” porque no está predispuesta para satisfacer necesidades individuales sino generales que se proyectan en la requisición particular, sin que por ello se modifique su esencia. En ese sentido el deber general en el Derecho Administrativo es lo que el profesor ORTIZ ORTIZ, E., *Tesis de Derecho Administrativo, op. cit.*, denomina situaciones jurídicas objetivas, porque la norma dispone una caracterización genérica al momento de que se cumplan los presupuestos de hecho, sin que esa situación particularizada, cumplida o incumplida modifique el contenido esencial de la situación regulada. De esta manera el deber genérico de brindar servicios de asistencia médico sanitario a la población existe para la Administración independientemente de que el administrado acuda a ellos, pero en el momento en que lo haga, nace la obligación individual de prestarlo y de prestarlo bien.
- (39) ROJAS CHAVES, M, *op. cit.*, páginas 250-251. Para la autora, el concepto de eficiencia atañe más a la organización administrativa que a la actuación concreta nacida con posterioridad a esa organización. Señala entonces que el señalamiento del artículo 191 de la Constitución Política, tiene como objetivo señalar que la eficiencia está referida a la organización, como principio de esa organización. En ese enfoque se pierde de vista a mi modo de ver, que la eficiente de la organización debe necesaria e ineludiblemente terminar en la eficiente prestación del servicio.

ostentan los principios generales del Derecho o particularmente del Derecho Administrativo, no podría ser modelo para el control de la regularidad en la manifestación del poder administrativo.

Como se ha señalado *ut supra*, disintimos de tan respetable posición pues consideramos que toda actuación administrativa está dirigida a satisfacer un fin público predefinido política y normativamente, cuyo fundamento es el origen de toda competencia pública, y esos poderes-deberes se transforman frente al ciudadano en obligaciones para la prestación de servicios y actuaciones eficientes. Caracterizar la eficiencia como un concepto metajurídico asimilable a las reglas de la lógica o conveniencia señaladas en el artículo 16.1 de la LGAP, no disminuye su valoración aplicativa, empuja esa metajuridicidad con la que algunos la envuelven.⁽⁴⁰⁾

La conclusión de la jurisprudencia constitucional mencionada por la autora,⁽⁴¹⁾ en el sentido de que no es posible lograr la eficiencia fuera del marco de la legalidad, y que ante un conflicto entre eficiencia y legalidad se impone esta última, no contradice nuestra posición sino que la confirma, al abogar por la eficiencia como parte de la globalidad conceptual del principio de legalidad que no se agota en el texto de la norma, como tantas veces se ha señalado, sino que encierra las normas no escritas del ordenamiento, pero ampliamente reconocidas en su aplicación, sin que la Administración agote sus obligaciones finalistas con la emisión del acto o la ejecución material, sino que cualquiera de las dos circunstancias, se ajustaría a los requerimientos normativos, cuando efectivamente se cumplen los fines perseguidos, porque en este supuesto la valoración de la eficiencia debe darse dentro del marco de la legalidad y no de la discrecionalidad, para cuyos efectos tendríamos el artículo 16.2 de la LGAP en el que claramente el legislador dispuso que los elementos de libre determinación, se transforman en parámetros jurídicos como si se ejerciera contralor de legalidad.

Atribuirle a la eficiencia efectos jurídicos, no está limitado en su naturaleza principista sino a partir del examen puntual de cada uno de los fines de la Administración, para lo que resulta útil lo expresado por

(40) El artículo 16.1 de la LGAP dispone: “En ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia”.

(41) Voto 998-98 de las 11:30 horas del 16 de febrero de 1998.

la misma autora cuando menciona que la Administración debe manejarse por objetivos que deben estar previamente determinados con metodologías para su verificación,⁽⁴²⁾ porque dichos objetivos están definidos políticamente, e identificados en la ley atributiva de la competencia institucional.

Para la convicción, resulta ilustrativo el texto del artículo 45 de la Carta Política, que dispone una competencia expropiatoria general en favor de la Administración Pública, cuyo requisito esencial es la presencia real de una necesidad pública que debe ser satisfecha. No es cualquier inmueble el que puede ser expropiado para satisfacer aquella necesidad, sino el que mejor cumpla con los requisitos de idoneidad para el cumplimiento de los fines institucionales establecidos por la ley, siendo contrario al Derecho, que el Estado procure la expropiación de un terreno pantanoso para construir una escuela, como tampoco resulta legítimo expropiar una finca urbana sin vocación agrícola para establecer parcelas dedicadas a la producción agropecuaria. Estas patologías administrativas consolidan la ineficiencia por participar de lo que el numeral 16 de la Ley General denomina “actos contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, la lógica y la conveniencia”, adjetivos que podrían ampliarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que ante los ejemplos ofrecidos, estarían, lejos de su dimensión natural, y en su globalidad interpretativa derivaría en una actuación administrativa ineficiente, cuya consecuencia inmediata es la declaratoria de ilegalidad del acto expropiatorio.

Frente a estas desviaciones administrativas, la eficiencia sería el elemento que inclinará la balanza de un acto en apariencia correcto, pero que como lo señalara VEDEL, es contrario al interés público, que al estar compuesto de diversos intereses particulares, debería identificarse en cada caso, desde las perspectivas cuantitativa y/o cualitativa, pues desde su definición numérica su valoración parte del mayor número de individuos involucrados, mientras que por la calidad, se estaría frente a su ponderación axiológica, porque aún siendo el interés de una minoría, por su valor humano, se consideraría superior a los intereses de la mayoría.⁽⁴³⁾

(42) ROJAS CHAVES, M., *op. cit.*, página 243 y siguientes y posteriormente en la 259 y siguientes.

(43) VEDEL, George, *Droit Administratif*, PUF, Col, Thémis, París, 7ª edición, 1980, página 414.

La apreciación cualitativa o cuantitativa de ese interés público, solamente podrá verificarse en la actuación concreta y frente a un interés particular que no por ello deja de ser público. En este punto resulta muy ilustrativo el ejemplo de BOQUERA OLIVER, al señalar las diferencias axiológicas incardinadas en los intereses cuantitativo y cualitativo. Es el caso de la expropiación de una finca para la construcción de una carretera que servirá a una mayoría frente a la minoría del propietario, y como interés cualificado, el de la institución pública que atiende a los enfermos pobres, porque aunque estos sean un grupo minoritario frente a la gran masa poblacional, la salud de los menos es un valor superior al del dinero que la mayoría dedica a mantener a esa institución.⁽⁴⁴⁾

Igualmente interesante para este tópico, es el magnífico ejemplo que nos facilita el artículo 2 de la Ley de Expropiaciones, que subraya una remisión general a la Ley de la Contratación Administrativa, “salvo que los estudios técnicos determinen los bienes o los derechos por adquirir...” que en buen romance significaría el reconocimiento de la especialidad frente a la generalidad, porque la contraria interpretación de ese mandato, no sólo contiene vicios de legalidad expresa, sino también en el plano físico por la ineficiencia resultante de su irrazonabilidad frente al fin predeterminado por la norma, que obligaría a su desaparición jurídica.

FORSTHOFF⁽⁴⁵⁾ asignó al acto administrativo una función heurística y metodológica determinada por el fin que debe cumplir en el marco del sistema jurídico administrativo, como expresión de la función pública de la Administración, y advierte que la elección se debe fundar en la experiencia no como un concepto apriorístico que pudiera inferirse de consideraciones abstractas, a lo que GORDILLO agrega y atribuye a la teoría y al régimen, la finalidad de garantizar los derechos de los administrados,⁽⁴⁶⁾ confirmando CASSAGNE y COMADIRA que los

(44) BOQUERA OLIVER, José María, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 7^o edición actualizada, 1989, página 82. Incluso, para el ejemplo del autor, la eficiencia exigida en el tratamiento de los enfermos pobres puede ser reclamada desde dos bandos: el del contribuyente que sostiene con sus impuestos a la institución regente, y el del ciudadano que hace uso de los servicios de asistencia sanitaria como usuario intitulado.

(45) FORSTHOF, Ernest, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, página 279 y siguientes.

(46) GORDILLO, Agustín, *op. cit.*

actos administrativos deben comprenderse en un régimen jurídico homogéneo que coordine la relación bipolar, autoridad-libertad; interés público-interés privado, característico de la relación jurídica administrativa, y preservando la protección de los derechos y el ejercicio legítimo de las prerrogativas públicas.⁽⁴⁷⁾

Separar la eficiencia de la juridicidad del acto, que a su vez integra el orden legal al que está sometido la Administración, sería una ampliación disfrazada del ejercicio discrecional de la actividad administrativa, cuanto la Administración no estaría sometida a las reglas de cumplir los fines impuestos por el ordenamiento, sino solamente de “intentarlo”, sin sujeción a ninguna responsabilidad ante el fracaso decisión.

Frente a ello, la eficiencia constituye la instauración de unos procedimientos para asegurar los logros a los que debe abocarse el Estado para la correcta y sana administración de los recursos públicos con pleno respeto para los derechos subjetivos de los particulares, y en esa medida, los jueces o cualquier otro operador jurídico obligado a fiscalizar la actividad administrativa, debe hacer eco de su existencia para valorar objetivamente hasta dónde el acto o actuación administrativa cumplen o cumplirán los fines queridos y buscados por el ordenamiento.

(47) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, vol II, Cap. 11, COMADIRA, Julio Rodolfo, *Acto Administrativo municipal*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1992.

**LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL
Y LA EXPANSIÓN DEL PODER PUNITIVO
(Crítica a los pronunciamientos del Tribunal
de Casación sobre la prescripción)^(*)**

*Rosaura Chinchilla Calderón^(**)*

Jueza y abogada costarricense

(Recibido 20/10/05; aceptado 05/04/06)

(*) Este artículo fue escrito antes de la emisión del voto del Tribunal de Casación Penal N^o 643-2005 del 7 de julio de 2005 en donde los jueces Salazar Murillo y Chinchilla Sandí (con el voto salvado del juez Llobet Rodríguez pero sobre otro aspecto pues en este punto remite a su nota del voto N^o 189-2005 de ese tribunal en donde parece no seguir esa tesis), modifican el criterio que dicho Tribunal venía sosteniendo sobre la suspensión de la prescripción ante la no emisión de dictámenes médicos definitivos. No obstante, en el citado voto, a más de poco amplio en la exposición de este punto, se omite el análisis de los otros supuestos aquí mencionados.

(**) Tel. 247-9044.
e-mail: rchinchic@poderjudicial.co.cr

RESUMEN

La expansión del derecho penal se manifiesta, entre otros fenómenos, a través de la interpretación extensiva y antiformalista de normas y principios constitucionales y sus derivados, entre los que figura el derecho a la seguridad jurídica del encartado. La jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica en torno a la suspensión de la prescripción penal es un ejemplo en tal sentido pues se interpreta impropiaemente “acción penal” la que sólo se paraliza o se obstaculiza su inicio cuando la causa, en su totalidad y no una parte de ella, no pueda avanzar. Se critican los diferentes fallos de dicho tribunal en torno al tema.

Palabras clave: expansión del derecho penal, suspensión de la prescripción, acción penal, interpretación restrictiva, seguridad jurídica.

ABSTRACT

The expansion of criminal law is stated, among other phenomena, through the extensive and antiformalist interpretation of constitutional principles and norms and its by-products, among which is the defendant's right to legal security. The jurisprudence of the Criminal Court of Cassation on the suspension of the criminal prescription is an example to that respect since it misinterprets “the criminal action”, as the one that is only paralyzed or its filing is hindered when the cause, in its entirety and not a part of it, cannot proceed. This article criticizes different rulings of this court on this matter.

Key words: expansion of the criminal law, suspension of the prescription, criminal action, restrictive interpretation, legal security.

SUMARIO:

1. Introducción
2. Parámetros para el control de constitucionalidad de la política criminal referente a la prescripción de la acción penal
 - a. La prescripción como integrante del debido proceso
 - b. Principio de seguridad jurídica
 - c. Principio de inocencia
 - d. Principio de legalidad, interpretación restrictiva y proscripción de la analogía
 - e. Principio de justicia pronta y cumplida (juzgamiento en plazo razonable; tutela judicial efectiva)
3. La expansión del poder punitivo y su incidencia en la validez de los “principios clásicos” del Derecho penal
4. Expansión del *ius puniendi* estatal a través de la interpretación jurisdiccional: el caso de la suspensión de la prescripción
5. La insuficiencia de la estructura actual de los órganos de casación penal en la función uniformadora de la jurisprudencia

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de temas dogmáticos o “técnico-jurídicos” en una sociedad específica debe estar vinculado con el análisis del sistema político en que aquellos se contextualizan: es el único modo de dar una explicación global y sistemática de un instituto. De lo contrario se corre el riesgo de crear discursos falaces: técnicamente correctos pero inaplicables o divorciados de la realidad social en que se vive y, por ende, parciales pero con pretensiones de omnicomprensividad.

De allí que para abordar el tema de la prescripción de la acción penal se requiera hacer una imprescindible referencia a los fundamentos del Derecho Penal y su contextualización en el marco de los principios ideológicos sobre los que se funda esa disciplina en una sociedad como la costarricense.

Nuestra Constitución Política establece, en su preámbulo y en los numerales 1, 2, 6 y 9, que Costa Rica es una República libre e independiente cuya soberanía completa y exclusiva reside en la Nación siendo ejercida por el Estado y en la que su sistema político se fundamenta en la Democracia como forma de vida, a través de un Gobierno popular, representativo, alternativo, responsable y dividido en tres poderes. De esa soberanía emana el conjunto de potestades (poder-deber) para la creación (poder normativo) y aplicación del Derecho Penal: la primera a través de la Asamblea Legislativa y la segunda por medio del Poder Judicial, todo lo cual se engloba en la expresión “*ius puniendi*”, aunque haya quedado superada la concepción de ese como un derecho subjetivo.

En consecuencia, el Derecho Penal costarricense está circunscrito por los principios democrático y republicano de gobierno, basados –a su vez– en los clásicos preceptos de libertad, igualdad y fraternidad provenientes de la Revolución Francesa y que impregnan los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos que –por disposición expresa del mismo constituyente– integran el Derecho de la Constitución.⁽¹⁾ A partir de aquellos principios, se hace absolutamente imprescindible limitar ese poder normativo de creación de disposiciones penales no solo a los casos estrictamente necesarios y previamente

(1) Cfr.: artículo 10 de la Carta Fundamental y 1 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

definidos para la conservación del orden social (pues no hacerlo implicaría la adopción de modelos totalitarios supresores de la libertad) sino también regular la pervivencia de ese poder del Estado de coartar los derechos fundamentales de las personas, para que no sea irrestricto en el tiempo.⁽²⁾

En otras palabras, pertenece al Derecho de la Constitución todo lo relativo a la creación y aplicación del *ius puniendi* tanto como lo referente a su limitación que, por antonomasia, está en posibilidad de menoscabar los principios básicos sobre los que se sustenta el régimen de gobierno adoptado por nuestro país y que nos rige a la fecha. Pertenece al Derecho de la Constitución, entonces, el modo en que se ejercite el poder-deber de castigar en tanto expresión de nuestra soberanía y dado que la acción penal es la forma de manifestación de ese poder, todo lo relativo a su ejercicio y extinción forma parte del Pacto Fundamental que dio origen a nuestra República.

Desde este punto de vista el tema de la prescripción de la acción penal es un tema político por cuanto él dimana de los principios fundadores de nuestro régimen democrático de gobierno y por él éstos pueden ser menoscabados.

(2) BINDER, Alberto M. En: *“Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio” (Justicia penal y Estado de Derecho)*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, marzo de 1993) establece diez proposiciones relativas a este tema. En la segunda señala que la acción penal debe tener límites materiales e instrumentales (que, juntos, conforman el principio de legalidad: transgresión de mandato previo y necesidad de pena establecida legalmente), institucionales (potestad exclusiva del Poder Judicial para aplicar las penas) y límites temporales (determinación de un plazo preciso para ejercer el poder penal). En la tesis tercera señala que *“El conjunto armónico de estos límites configura un escudo protector de la dignidad humana, frente al uso arbitrario o abusivo del poder”* (p. 30). Este postulado es plenamente compatible con la forma en que los jueces y las juezas constitucionales conceptualizan el principio democrático de gobierno: *“Costa Rica (...) al constituirse en un Estado según los principios básicos de una democracia, optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad, derechos que no pueden ser desconocidos, sino en razón de intereses superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución...”*. Sala Constitucional, voto Nº 678-91 (en igual sentido y del mismo órgano jurisdiccional el voto Nº 1261-90).

Por ello, en mi criterio, no es aceptable que se diga que no hay un derecho constitucional a la prescripción⁽³⁾ pues aunque los parámetros que se deban utilizar para determinar el acople de las disposiciones legales sobre el tema a las normas y principios constitucionales sean indirectos,⁽⁴⁾ es lo cierto que en la base del sistema jurídico-penal está la necesidad de limitar temporalmente el poder represivo del Estado para conciliarlo con los principios fundamentales del sistema político, siendo la prescripción de la acción penal una de las formas en las que se manifiesta esa limitación (otras posibles son la fijación de plazos de investigación, la fijación de plazos máximos de prisión preventiva, etc.).

En este orden de ideas, si el derecho de perseguir y castigar (o, lo que es lo mismo, el Derecho Penal) requiere estar limitado para que su ejercicio se adapte a los postulados democráticos y republicanos, todas esas restricciones tienen carácter constitucional en la medida en que posibilitan el ejercicio de los restantes derechos fundamentales establecidos en la Carta Fundamental y, por ella, en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Y es que, efectivamente, observamos que el límite material (la tipificación de las conductas), el límite instrumental (la determinación de las penas) y el límite institucional (el órgano o Poder encargado de aplicarlas) están claramente definidos en nuestra Constitución: así los artículos 39 y 153. De igual manera, el límite temporal tiene el mismo carácter constitucional, aunque se determine que dimana del principio englobante del debido proceso previsto en el primer numeral citado.

De allí que no sea jurídicamente correcto (aunque la Sala Constitucional lo haya indicado así en forma reiterada y mediante jurisprudencia vinculante *erga omnes*)⁽⁵⁾ establecer que lo que se legisle sobre esta materia es responsabilidad **exclusiva** del legislador tal y como quedó plasmado en los siguientes pronunciamientos:

-
- (3) Así, Sala Constitucional: votos N° 6472-96 de las 15:42 del 27 de noviembre de 1996; N° 4432-97 de las 17:33 hrs. del 29 de julio de 1997 y N° 4937-99 de las 16:06 hrs. del 08 de junio de 1999.
 - (4) En la medida en que en la Constitución Política no se establecen plazos al efecto por lo que debe recurrirse a los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad.
 - (5) Cfr.: artículos 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 8 inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

-“...la determinación de los plazos y forma en que se interrumpe la prescripción en materia penal constituye un asunto de política criminal a cargo del legislador, el cual esta Sala no tiene competencia para controlar y evaluar...”⁽⁶⁾

-“...resulta claro que la regulación de la prescripción de los delitos es un asunto de política criminal de resorte exclusivo del legislador, y que la Asamblea tiene amplias potestades para establecer los parámetros que en esa materia cumplan, en su criterio, las exigencias que en el ámbito social condicionan su ejercicio”.⁽⁷⁾

Y no es correcta esa posición desde que el juez o la jueza constitucional está en la obligación de controlar la forma en que el legislador regula los límites al ejercicio del *ius puniendi* estatal a fin de eliminar, por contrariar los principios democrático y republicano *supra* señalados, cualquier exceso que se emita en la materia y que dibuje un “uso abusivo” del poder, de la misma manera que tiene el deber de verificar el acople de la aplicación jurisdiccional de las disposiciones legislativas en cada caso concreto con la Carta Fundamental, aunque ambos controles se realicen por vías indirectas.

2. PARÁMETROS PARA EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA POLÍTICA CRIMINAL REFERENTE A LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Es evidente, entonces, que aquello que el legislador establezca sobre el límite temporal en el ejercicio de la acción penal es política (en tanto debe ser acorde con un sistema ideológico previo que está

(6) Sala Constitucional. Voto Nº 7349-94 de las 9:30 hrs. del 15 de diciembre de 1994. En igual sentido, de la misma Sala y aludiendo a que este tema es “resorte exclusivo” del Poder Legislativo los votos Nº 2310-95 de las 16:09 hrs. del 09 de mayo de 1995 y Nº 7009-96 de las 13:05 hrs. del 20 de diciembre de 1996.

(7) Sala Constitucional, voto Nº 4432-97 de las 17:33 hrs. del 29 de julio de 1997. También así en el voto Nº 1797-97 de las 15:21 hrs. del 02 de abril de 1997.

plasmado en nuestra Constitución Política) de tipo criminal (pues hace referencia al sub-sector social y específicamente, dentro de él, al tratamiento o regulación que debe tener el delito). Así entendido, lleva razón la Sala Constitucional en que el tema es un asunto de política criminal⁽⁸⁾ pero no es exacto que afirme que su regulación es “*de resorte exclusivo*” del legislador sin que pueda tener control constitucional alguno, pues dicho control no solo es posible sino necesario desde que ninguna norma de carácter penal –en tanto conlleva la forma de usar la potestad represiva del Estado que es, per se, reductora de los espacios de libertad del Ser Humano propios de una Democracia– puede escapar a dicho control que tiende a conciliar los temas de libertad/autoridad.

Lo mismo ocurre con la materia referente a la prescripción de la acción penal la cual, aunque carece de una norma supra-legal que sirva de prototipo y que determine la duración máxima que podría tolerarse para la persecución delictiva, sí puede ser controlada en su acople a las normas y principios propios del Derecho de la Constitución a través de otros parámetros que la misma Sala Constitucional ha aceptado (contradiciendo los votos antes mencionados en los que establecía una “soberanía” prácticamente inobjetable del legislador) tal y como queda de manifiesto en el siguiente pronunciamiento:

“De allí que las leyes y, en general, los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y

(8) Entendiendo dicha expresión como “... *un sector de las políticas que se desarrollan en una sociedad, predominantemente desde el Estado. Ella se refiere al uso que hará ese Estado del poder penal, es decir, de la fuerza o coerción estatal en su expresión más radical. La política criminal es, en síntesis, el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos*”. BINDER, Alberto. Política Criminal: de la formulación a la praxis. Ad-hoc, primera edición, mayo de 1997, Buenos Aires, pp. 42-43. De este modo aunque en un Estado, en un determinado momento histórico, no exista un planeamiento o una definición de objetivos a largo plazo, las diversas leyes relativas a la materia penal que se emitan –aún contradictorias entre sí– esbozan una política criminal, aunque ni siquiera se piense que sea así ni se utilice tal denominación. Por ello, ni siquiera la respuesta negativa a si ¿tiene el Estado costarricense una política criminal definida? podría menoscabar esa situación pues la falta de planificación previa en esta materia no es óbice para que las improvisaciones sean, ya, una política criminal aunque respondan a diversas ideologías.

procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto. Se distingue entonces entre razonabilidad técnica, que es, como se dijo, la proporcionalidad entre medios y fines; razonabilidad jurídica, o la adecuación a la Constitución en general, y en especial, a los derechos y libertades reconocidos o supuestos por ella; y finalmente, razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales, en el sentido de no imponer a esos derechos otras limitaciones o cargas que las razonablemente derivadas de la naturaleza y régimen de los derechos mismos, ni mayores que las indispensables para que funcionen razonablemente en la vida de la sociedad.”⁽⁹⁾

Parte del razonamiento expuesto por la Sala es estudiado en doctrina bajo la denominación de “*principio de proporcionalidad en sentido amplio*” o “*prohibición del exceso*”⁽¹⁰⁾ que engloba los principios de proporcionalidad en sentido estricto, necesidad e idoneidad o adecuación. Eso significa que si el juez o la jueza ordinario estima que los plazos prescriptivos establecidos por el legislador para determinado tipo de conductas son excesivos o que, de alguna otra forma, violan los principios antes elencados, puede plantear la respectiva consulta facultativa

(9) Sala Constitucional, voto N° 1739-92 de las 11:45 hrs. del 07 de enero de 1992 (el subrayado es del original).

(10) Se sigue la clasificación que efectúa GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Editorial Colex, Madrid, 1990, pp. 153-154.

(ante la imposibilidad que tiene de decretar la inconstitucionalidad por sí mismo)⁽¹¹⁾ que está prevista en los artículos 102 a 108 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. De la misma forma, es posible igual control tanto de los jueces ordinarios como de las partes del proceso no ya sobre las normas generales sino sobre la forma en que dichas normas son interpretadas y aplicadas en el seno de los tribunales de justicia costarricenses.

Los artículos 9 del Código Civil y 5 párrafo tercero de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecen que la jurisprudencia es fuente de Derecho aunque con ciertas limitaciones. El primer numeral le otorga carácter informador (término que puede interpretarse en dos sentidos: como fuente de conocimiento o como aquello que da forma a algo) al Ordenamiento Jurídico cuando dimana de las Salas de Casación y sea reiterada y el segundo artículo refiere que la jurisprudencia tiene el rango de la norma que interpreta, integra o delimita. Aplicando el último numeral la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Casación Penal y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (que informa el Ordenamiento y tiene rango legal), debería ser aplicada casi sin cuestionamientos por los jueces comunes quienes, entrándose de normas como las de prescripción, si disintieran de ese criterio correrían el riesgo de que sus pronunciamientos sean anulados. No obstante, dado que por jurisprudencia ha de entenderse el conjunto de pronunciamientos idénticos sobre un tópico, no podría dársele dicha denominación a las resoluciones emanadas del Tribunal de Casación desde que, pese a ser un solo órgano, tiene plurales configuraciones que hacen que no tenga línea definida en múltiples temas, a más de que tales normas atentarían contra un principio de rango superior como es el de independencia judicial que posibilita incluso al juez común o a las partes para que pueden cuestionar la constitucionalidad de la jurisprudencia de esos órganos de casación planteando el respectivo reclamo (consulta o acción según lo haga el juez o las partes) de constitucionalidad ante la Sala respectiva de la Corte Suprema de Justicia, lo que hace que no se trate de una fuente estática.

(11) El tema del control de constitucionalidad difuso o concentrado fue abordado en nuestro medio por el voto N^o 1185-95 de las 14:33 hrs. del 02 de marzo de 1995 de la Sala Constitucional a más de que el artículo 8 inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial es claro en que opera el segundo aunque el juez no está obligado a aplicar un acto que estima inconstitucional, lo único que puede hacer al respecto es plantear dicha consulta.

Nuestra jurisprudencia constitucional ha aceptado ya en pluralidad de ocasiones el alegato de inconstitucionalidad de la interpretación judicial de una norma siempre y cuando aquel criterio sea reiterado⁽¹²⁾ al punto que determinó la inconstitucionalidad de la jurisprudencia del Tribunal de Casación que vedaba la aplicación del procedimiento abreviado en materia penal juvenil⁽¹³⁾ de manera que hay múltiples controles no solo sobre los actos del legislador sino sobre la forma en que interpretan y aplican los órganos jurisdiccionales las normas emanadas del Poder Legislativo, a fin de mantener siempre la supremacía constitucional.

Ergo, tanto los actos del legislador como los de los jueces en materia de prescripción son susceptibles de análisis constitucional y no constituyen sectores en donde rija la “soberanía absoluta”, ni sean actos de discrecionalidad que rayen en la arbitrariedad o que escapen al contralor constitucional como, paradójicamente, ha sido mencionado por la misma Sala Constitucional en algunos de sus pronunciamientos ya citados.

En virtud de lo que se viene diciendo puede concluirse, entonces, que sí existe un derecho fundamental a que el Estado imponga límites (entre ellos, temporales) al derecho de perseguir delitos en tanto que de la omisión en contrario surge la posibilidad de que los restantes derechos fundamentales sufran un menoscabo importante. En otras palabras, tal y como lo expone PASTOR:⁽¹⁴⁾

“la prescripción penal cumple una función de garantía fundamental de los ciudadanos frente a la actividad judicial penal del Estado”.

(12) Sobre el particular puede consultarse el artículo 10 de la Constitución Política, el 73 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los votos Nº 300-90 de las 17:00 hrs. del 21 de marzo de 1990; Nº 3426-95 de las 09:12 hrs. del 30 de junio de 1995; Nº 2534-94; Nº 185-95 de las 16:35 hrs. del 10 de enero de 1994; Nº 1302-92 de las 14:30 hrs. del 19 de mayo de 1992; Nº 3150-96; Nº 3180-93 de las 15:18 hrs. del 06 de julio de 1993; Nº 6489-93 y Nº 6694-94 de las 14:48 hrs. del 15 de noviembre de 1994, entre otros, todos de la Sala Constitucional.

(13) Ver voto Nº 5495-00 de las 15:49 hrs. del 04 de julio del 2000.

(14) PASTOR, Daniel. Op. cit., p. 46.

Si bien:

“...no existe un derecho constitucional a la prescripción (...) lo que existe es un derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad e igualdad, pero, desde el punto de vista constitucional, mientras los plazos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador, sean razonables y estén definidos y limitados por la ley, no se afecta derecho constitucional alguno”⁽¹⁵⁾

ello no significa, ni mucho menos, que el tema de la prescripción no pueda y deba tener un contralor de constitucionalidad que se realiza a través de los principios que se han venido enumerando. La legislación penal de un Estado que adopte la imprescriptibilidad de los delitos vulneraría no solo el derecho a la seguridad jurídica sino que su política criminal devendría en irracional, desproporcionada y hasta arbitraria. Cualquier “imprescriptibilidad” debe ser establecida, únicamente en la Carta Magna como ocurre en nuestro medio a través de lo dispuesto por el artículo 134 constitucional pero aún así persistirían las dudas sobre el acople de una norma aislada a los principios constitucionales democráticos que inspiran el resto de la Carta Fundamental.

Entonces, la excesiva duración de un proceso o los plazos excesivos para que opere la acción del poder estatal pueden ser controlados a través de principios tales como:

a. La prescripción como integrante del debido proceso

El principio del debido proceso es el parámetro genérico a partir del cual se posibilita el recurso de revisión (artículo 408 inciso g) del Código Procesal Penal) que recoge la adición introducida al ya derogado Código de Procedimientos Penales por la Ley de Jurisdicción Constitucional N° 7135 del 11 de octubre de 1989 la que, a su vez, contempla la causal en su numeral 102. A partir de su incorporación como motivo de revisión, la Sala Constitucional ha venido desarrollando y decantando su contenido, siendo ya clásico el voto N° 1739-92 de las

(15) Sala Constitucional, voto N° 6472-96 de las 15:42 del 27 de noviembre de 1996. En igual sentido los votos, de la misma Sala, N° 4432-97 de las 17:33 hrs. del 29 de julio de 1997 y N° 4937-99 de las 16:06 hrs. del 08 de junio de 1999.

11:45 hrs. del 07 de enero de 1992 en que se trató de englobar la mayor cantidad de sub-principios propios de la materia penal. En dicho pronunciamiento se indicó:

“...el debido proceso implica, precisamente desde sus orígenes, el derecho al debido proceso “legal”, con la consecuencia de que cualquier violación grave del procedimiento, aun meramente legal –no constitucional per se–, en perjuicio del reo equivale a uno de sus derechos fundamentales y, por ende, de la propia Constitución.”⁽¹⁶⁾

Aunque en esa sentencia nada se dijo expresamente sobre la prescripción o la seguridad jurídica, ha sido en otras posteriores en donde se ha considerado como parte integrante de él el tiempo establecido por el legislador para la persecución delictiva y aunque así no hubiera sido es fácilmente deducible de ese voto que cualquier violación a las normas de la prescripción (que implican una vulneración al proceso legalmente establecido) implica una transgresión a un derecho constitucional. Así, la Sala Constitucional, en el voto N° 3944-97 de las 15:45 hrs. del 09 de julio de 1997 aceptó expresamente, en su parte dispositiva, que la prescripción integraba el principio del debido proceso, lo que reiteró en el voto N° 7276-98 de las 15:21 hrs. del 13 de octubre de 1998.

En consecuencia, cualquier aplicación errónea de las normas legales sobre prescripción acarrea una violación al debido proceso y, por esta vía, la inadvertencia de que una causa fue juzgada y una persona condenada estando prescrita la acción penal conllevaría la posibilidad, aún firme la sentencia, de su revisión y su anulación por vulneración a este parámetro de constitucionalidad.

b. Principio de seguridad jurídica

Tradicionalmente, el instituto de la prescripción ha sido relacionado con el principio de la seguridad jurídica y el vínculo es aún mayor cuando se alude a la acción penal pues de no existir una

(16) Sala Constitucional, voto N° 1739-92 de las 11:45 hrs. del 07 de enero de 1992.

regulación expresa y específica sobre el límite temporal en el cual el Estado puede ejercer su poder represivo, la incertidumbre ciudadana sería mayor que la simplemente emanada de relaciones civiles o para el cobro de obligaciones pecuniarias.

La Sala Constitucional ha aceptado el rango supra-legal de este principio, al indicar:

“La prescripción de la acción penal (...) es la cesación de la potestad punitiva del Estado provocado por el transcurso de un determinado período fijado en la ley. El Estado, en estos casos, declina el ejercicio de su potestad punitiva y el derecho de aplicar una determinada pena (...) lo que tiene su origen en la necesidad de respetar el principio de seguridad jurídica de las personas. Ante el poder-deber del Estado de aplicar la ley y perseguir el delito, surge también el derecho a resistir ese poder y es por eso que el legislador establece ciertas reglas, para limitarlo y proteger al ciudadano. Así, el derecho de defensa y sus derivados, el de saber a qué atenerse –base de la seguridad jurídica– son sólo algunas de esas reglas que buscan equilibrar los intereses en juego –los del ciudadano y los del Estado–, todo dentro del contexto de un sistema democrático de derecho. Se trata de un instrumento procesal que surge ante la necesidad de garantizarle al ciudadano que no habrá arbitrariedad frente a la prosecución del delito, porque ante él opera la plena vigencia de los parámetros objetivos establecidos en la ley, y no otros...”⁽¹⁷⁾

c. Principio de inocencia

Otro de los principios constitucionales estrechamente vinculados al tema de la prescripción penal es el de inocencia previsto en el numeral 39 de la Carta Fundamental de la República que exige que,

(17) Sala Constitucional, voto N° 4432-97 de las 17:33 hrs. del 29 de julio de 1997. En igual sentido y de la misma Sala, el voto N° 6472-96 de las 15:42 hrs. del 27 de noviembre de 1996.

para ser desvirtuado, se emita una sentencia firme a través del debido proceso legal que incluye el ejercicio de la defensa y la demostración de la culpabilidad. Esta demostración de la culpabilidad le compete exclusivamente al Estado o a los particulares que ejerzan la acción penal, sea pública o privada como querellantes. La persona acusada no debe demostrar su inocencia ni exige el precepto constitucional que de él emane la prueba para sostener su culpabilidad. En otras palabras, la *“necesaria demostración de culpabilidad”* es la actividad que, esencialmente, debe realizar el Estado o los acusadores particulares.⁽¹⁸⁾

Por ende, si se emite una sentencia condenatoria cuando ya la acción penal ha prescrito, esto es con violación al debido proceso legal, existirá vulneración al principio de inocencia en el tanto en que la actividad investigativa, probatoria y jurisdiccional del Estado para demostrar la culpabilidad de una persona se extendió por encima del límite infranqueable que tenía para ello. Por ende, el principio de inocencia se mantiene incólume pues no fue desvirtuado dentro de los parámetros conferidos para ello por el Ordenamiento Jurídico.

La Sala Constitucional ha manifestado sobre este punto:

“La prescripción de la acción penal conlleva la pérdida del poder punitivo del Estado para perseguir el delito, de tal forma que indudablemente resultaría contrario al principio de inocencia como integrante del debido proceso, el condenar a una persona con base en un delito cuya acción ha prescrito. La Constitución Política es muy clara en señalar que la justicia debe hacerse en estricta conformidad con las leyes, y si la ley establece un plazo de prescripción para un determinado delito, y ésta no es declarada oportunamente por el juez, se

(18) De allí que, en otras oportunidades, haya sostenido la inconstitucionalidad del proceso abreviado en tanto que la condenatoria se fundamenta exclusivamente en la aceptación de los hechos de la acusación (ni siquiera se trata de una confesión circunstanciada) por parte del imputado, por lo que ninguna demostración de culpabilidad se da por parte del Estado conforme lo exige la Constitución, aún cuando ya la Sala Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que dicha confrontación no se da y a ello, jurídicamente aunque con reservas intelectuales, debemos atenernos.

estaría estableciendo una pena sin delito, contrario a lo que establece el artículo 39 de la Constitución Política, por no existir éste ya –por lo menos para esa persona– en el ordenamiento jurídico. Por su parte, el principio de inocencia, también sería violado, en caso de condenarse a una persona con base en un delito cuya acción ha prescrito, porque el estado de inocencia que establece nuestra Constitución, sólo puede desvirtuarse con respeto a las reglas del debido proceso legal. Es decir, no es válido provocar un ánimo de certeza en el juzgador, en contra de un imputado, por medio de la arbitrariedad judicial o através [sic] de mecanismos no autorizados legalmente por el legislador.”⁽¹⁹⁾

d. Principios de legalidad, interpretación restrictiva y proscripción de la analogía

La interpretación restrictiva que predomina en materia penal (regulada tanto en normas de fondo como procesales: artículo 2 del Código Penal y 2 del Código Procesal Penal) deriva del principio constitucional “*pro libertatis*”⁽²⁰⁾ que significa que todas aquellas disposiciones legislativas que coarten la libertad personal, como derecho fundamental establecido en la Constitución Política, son excepcionales y, por ende, sólo aplicables a los presupuestos expresamente establecidos en dichas normas.

De manera, entonces, que en materia de prescripción de la acción penal no es posible aplicar analógicamente (sea emplear la ley para un supuesto no previsto en ella pero de similares características a otro que sí está regulado en su ámbito de aplicación) y “*in malam partem*” (en perjuicio del acusado) disposiciones ni en cuanto a plazos ni en cuanto a causales de suspensión o interrupción ni tampoco es factible interpretar en forma amplia y en perjuicio de los derechos de la persona enjuiciada disposiciones oscuras, de la misma manera que está

(19) Sala Constitucional, votos N° 3944-97 y N° 7276-98.

(20) Así el voto N° 4420-97 de la Sala Constitucional. En ese pronunciamiento la Sala indicó que el principio “*pro libertatis*” integraba el principio constitucional del debido proceso.

vedado que tales regulaciones se hagan por simple “interpretación, integración o creación jurisdiccional”, por medio de fuentes no escritas como los usos o la costumbre o a través de normas reglamentarias, directrices del Poder Ejecutivo, decretos, etc. Todo lo referente a esta materia debe estar plasmado en una ley formal, existiendo reserva legal sobre este punto.

Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia al indicar:

“Las normas sobre prescripción deben interpretarse restrictivamente, porque de lo contrario, se le concedería a la autoridad judicial un poder que le permitiría ampliar, por analogía, la acción represiva estatal...”⁽²¹⁾

y en iguales términos ha sido aceptado por la jurisprudencia española quien ha sido enfática al mencionar:

“En toda esta materia, es norma interpretativa consolidada por la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala que debe actuarse con criterios pro reo (SS 157/90 de 18 de octubre –RTC 1990/157– del Tribunal Constitucional...)”⁽²²⁾

y que, además, ha indicado que, en caso de duda, debe hacerse uso del principio “*in dubio pro reo*”.

En nuestro país, este último principio opera en cuestiones fácticas (artículo 9 párrafo primero del Código Procesal Penal) y no en las jurídicas pero ello no excluye su aplicación al tema de la prescripción pues podrá hacerse uso de él en casos en que no se tenga certeza sobre la fecha de comisión del ilícito y ello tenga importancia a los efectos de la prescripción lo mismo que ante dudas sobre cuestiones de hecho que puedan modificar la calificación legal y el plazo prescriptivo. En esa línea también ha existido jurisprudencia española que sostiene:

(21) Tribunal Superior de Casación Penal. Voto Nº 524 de las 09:45 hrs. del 05 de setiembre de 1996.

(22) Sentencia del Tribunal Supremo Español de 18 de marzo de 1992; R.J.A. 2368 citada por PASTOR ALCOY, Francisco. La prescripción del delito, la falta y la pena; análisis jurisprudencial sistematizado. Editorial Práctica de Derecho S.R.L., Valencia, p. 35.

*“La prueba de la prescripción del delito, o las consecuencias de la falta de prueba, no se imputan a la parte que la invoca a su favor; porque no se compagina con la naturaleza material y jurídico-pública que se asigna a la institución, de suerte que si no se desprende de los hechos probados con certidumbre la fecha del delito, **y sí la posibilidad de que fuera cometido en tiempo hábil para que opere la prescripción**, esta duda o incertidumbre no debe quedar sometida al principio procesal de distribución de la carga de la prueba (...), irreconciliable con las estructuras del proceso penal, sino que debe resolverse con sujeción al principio in dubio pro reo, dado que el acusado no asume nunca la carga material de la prueba y que el aludido principio debe cubrir tanto los hechos constitutivos del delito y que forman parte del tipo, como las causas obstativas excluyentes de la responsabilidad (Cfr. TC S 31 de mayo 1985...)”⁽²³⁾*

Por supuesto que esa duda debe ser cierta puesto que no basta la simple vaguedad de los hechos en la pieza acusatoria si puede realizarse el debate y recabarse prueba en que se diluya tal imprecisión. Lo mismo cabe decir cuando no se tiene clara la calificación jurídica de los hechos determinante para la aplicación de diferentes plazos de prescripción y en donde lo propio es definir el aspecto fáctico que deba atribuírsele al encartado (realizando el debate y evacuando prueba) y luego de definido, analizar si operó o no la prescripción, todo ello en sentencia (pues de hacerse interlocutoriamente se adelantaría criterio sobre el hecho acreditado) habida cuenta que la prescripción es declarable de oficio y en cualquier estado del proceso.⁽²⁴⁾

Ahora bien, cabe cuestionarse...si no hay regulación alguna en la ley (general o especial) sobre la prescripción de la acción penal ¿puede entenderse que el ilícito es imprescriptible? ¿se vulnera el principio de

(23) Sentencia del Tribunal Supremo Español de 2 de diciembre de 1998 (el destacado no es del original) citada por PASTOR ALCOY, Francisco. La prescripción del delito... *op. cit.*, p. 55.

(24) En igual sentido: PASTOR ALCOY, Francisco. La prescripción del... *op. cit.*, pp.72 y siguientes.

proscripción de la analogía aplicando las reglas generales de prescripción a normas penales establecidas en leyes especiales? En mi criterio la ausencia absoluta de regulación del tema haría no que el ilícito fuera imprescriptible pues para ello se requiere norma expresa que así lo disponga (que, aún en tal supuesto, es de dudosa constitucionalidad)⁽²⁵⁾ sino que se produjera la inconstitucionalidad por omisión, dado que se violarían los principios de razonabilidad, proporcionalidad y seguridad jurídica al mantenerse abierta la posibilidad de persecución de un ilícito penal –con independencia del valor del bien jurídico tutelado y, por ende, del tipo y quantum de pena a imponer– sin límite temporal alguno, lo que devendría en una actuación (la persecutoria) y omisión (la de no regular el tema) estatales arbitrarias.

Sobre este aspecto nuestra Sala Constitucional ha indicado:

“No existe ninguna norma constitucional que obligue al Estado a seguir determinadas reglas en cuanto a la prescripción... de tal forma que el problema planteado, deja de ser un tema de relevancia constitucional, con la salvedad (...) de que se elimine del todo la prescripción de la acción penal, porque en ese caso, si podríamos estar frente a una violación del principio de seguridad jurídica que exige certeza para el ciudadano, en cuanto a la limitación o afectación de sus derechos se refiere; desde este punto de vista, ningún ciudadano está obligado a soportar una afectación indefinida a un proceso penal.”⁽²⁶⁾

Empero, dado que las normas sobre prescripción establecidas ahora en el Código Procesal Penal son generales, es más favorable para el encartado aplicarlas a casos regulados por normativa especial omisa en el tema que estimar como imprescriptible la persecución penal, resultando –por ende– susceptibles de usarse aquellas normas en esos

(25) Así, por ejemplo, algunas disposiciones del Estatuto de Roma sobre el tema pero, en este caso, habría que determinar previamente cuál es el rango normativo de tal instrumento (supra constitucional, infraconstitucional pero supra legal), de lo que hay polémica en doctrina.

(26) Sala Constitucional, voto Nº 2627-95 de las 15:51 hrs. del 23 de mayo de 1995.

casos pues lo que está prohibido es emplear la analogía en perjuicio del encartado y si de entre las dos interpretaciones posibles (imprescriptibilidad o prescriptibilidad según reglas generales) ésta es la más favorable para el endilgado, ninguna vulneración se da a ese principio.

En otras palabras, cuando la ley penal especial nada regula en cuanto a los plazos o causales de interrupción o suspensión debe estarse a las normas generales establecidas en la normativa procesal penal, sin que con tal proceder se vulneren los principios de prohibición de interpretación analógica ni extensiva en perjuicio del procesado ya que en dichas disposiciones claramente se establece la prescripción de toda acción penal proveniente de “delitos” y “faltas o contravenciones” sin circunscribir su ámbito de validez a las conductas así tipificadas en el Código Penal: la aplicación de esa normativa lejos de perjudicar al encartado lo beneficia en el tanto se dispone un límite temporal a la persecución del ilícito y, en concesión al principio de seguridad jurídica, se regulan expresamente las causales (únicas) por las cuales cabe suspender o interrumpir (y, en nuestro caso, disminuir a la mitad) los citados plazos. Por ende, se trataría de una aplicación analógica *in bonam partem* que sí es aceptable.

e. Principio de justicia pronta y cumplida (juzgamiento en plazo razonable; tutela judicial efectiva)

El artículo 41 de la Constitución Política establece la obligación ineludible de que los procesos judiciales se tramiten en forma rápida y con aplicación adecuada de la normativa vigente sin que se le deniegue a ninguna persona el acceso a los órganos jurisdiccionales. Para ello el constituyente utilizó la fórmula de “*justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes*”. Si bien esa obligación es imperiosa para todo tipo de procesos, lo es aún más para los de carácter penal habida cuenta que no se está solamente ante intereses particulares sino ante intereses de carácter público que inciden en el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Por ende, la celeridad en la administración de justicia penal tiene gran importancia. Aunque nuestro constituyente no estableció un plazo de duración límite de los procesos en general y del penal en particular,⁽²⁷⁾

(27) La Sala Constitucional ha indicado que esa norma no recoge una constitucionalización de los plazos establecidos por la ley: ver voto N° 451-94. En igual sentido los votos N° 6347-94 y N° 5516-93.

hay normas de rango *supra*-legal que (formando parte del Derecho de la Constitución por así disponerlo el artículo 7 de la misma Carta Fundamental) establecen la necesidad del juzgamiento en plazos razonables (así los numerales 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), “razonabilidad” esa que la Sala Constitucional estimó, en un caso concreto, que no podía exceder de tres años, aunque en la generalidad de los casos estaría determinado por la complejidad de la causa.⁽²⁸⁾

La razonable duración del proceso penal es una garantía para todas las partes pero, especialmente, para la persona acusada quien puede combatir la lentitud a través de la invocación de la prescripción de la acción penal. Tanto con la fórmula empleada por el constituyente (“*justicia pronta*”) como con la alusión a juzgamiento en un “*plazo razonable*”, “*oportuno*” o “*sin dilaciones indebidas*” que usan los instrumentos internacionales, está implícita la limitación del Estado de perseguir y sancionar conductas ilícitas en forma irrestricta. En otras palabras, esas disposiciones normativas dan pie para que se controle la constitucionalidad de los plazos excesivos de investigación o juzgamiento que hoy es frecuente ver en diferentes latitudes en donde las personas pasan detenidas “preventivamente” sin acusaciones en su contra ni cobijados por ninguna garantía, cual procesos kafkianos (los presos de Guantánamo y los de Irak son buenos ejemplos en tal sentido).

La Sala Constitucional sobre el particular ha dicho:

“... la Administración de Justicia está obligada a garantizar el respeto a los plazos estipulados en el ordenamiento jurídico para la tramitación y resolución de los diversos asuntos puestos a su conocimiento, pues de lo contrario no sólo se transgrede un derecho fundamental de los ciudadanos, sino que se atenta contra uno de los pilares de la democracia, en tanto el sistema pretende que los conflictos que se suscitan en la sociedad sean resueltos a través de un procedimiento que garantice los principios de justicia, orden, seguridad y paz social.”⁽²⁹⁾

(28) Sala Constitucional votos Nº 188-89 y Nº 1536-90.

(29) Sala Constitucional, voto Nº 550-98.

Por ello, el juzgamiento expedito ha integrado el derecho fundamental a la “tutela judicial efectiva” consagrado en instrumentos internacionales vigentes y aplicables en nuestro medio, siendo el verdadero fundamento de la prescripción el respeto de este principio:

*“La vigencia de un **derecho fundamental a la pronta conclusión del proceso penal o derecho fundamental a la definición del proceso penal en un plazo razonable** es, entonces, innegable. Mucho más daño que la pena efectiva puede ser causado por una persecución penal indefinida, interminable, la que, además, puede echar mano fácilmente a un encarcelamiento procesal (...) sin mencionar todo el conjunto de daños que conlleva para el imputado ¡y para el Estado! ¡y para el Estado de derecho (principio de inocencia)! un enjuiciamiento tan prolongado. Nada más parecido al terrorismo de Estado.”⁽³⁰⁾*

Es innegable, entonces, la relación entre el instituto de la prescripción de la acción penal y el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y al juzgamiento dentro de un plazo razonable, principios éstos últimos que pueden ser vulnerados cuando el legislador establece plazos de prescripción tan amplios que hacen prácticamente inoperante el instituto, motivo por el cual el poner coto o límite a una persecución penal indefinida no se ha considerado inconstitucional.

Así, al cuestionarse la constitucionalidad del artículo 33 del Código Procesal Penal vigente que reduce los plazos prescriptivos a la mitad luego de operada una causal de interrupción, la misma Sala Constitucional costarricense, en el voto N° 856-2001, dispuso que el derecho a ser juzgado en un plazo razonable había sido uno de los motivos que inspiraron la norma y que, desde esa motivación, no había vulneración al principio de razonabilidad y el artículo se ajustaba a los parámetros de constitucionalidad en tanto existían muchas disposiciones de las que podía valerse el ofendido para exigir la celeridad procesal y evitar la prescripción e impunidad.

(30) PASTOR, Daniel. Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal: hacia un cambio de paradigma en la definición de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 51 (el destacado es del original).

3. LA EXPANSIÓN DEL PODER PUNITIVO Y SU INCIDENCIA EN LA VALIDEZ DE LOS “PRINCIPIOS CLÁSICOS” DEL DERECHO PENAL

Ahora bien, los principios antes enumerados responden a la sistematización surgida de un momento histórico determinado (fundamentalmente, aunque no exclusivamente, son resultado de la Revolución Francesa y el ascenso de la burguesía) pero hoy en día la dogmática penal vive un particular momento mundial caracterizado por el tránsito de lo que se ha dado en llamar el “*derecho penal liberal*” al “*derecho penal moderno*”⁽³¹⁾ que tiene no pocas incidencias sobre los derechos fundamentales de las personas desde que ha legitimado la expansión del poder represivo estatal por múltiples vías, entre las que se encuentran:

- a) una tendencia al derecho penal preventivo, con un acentuado adelantamiento o anticipación de la protección penal (creación de delitos de peligro abstracto e hipotético, sanción autónoma de fases previas a la ejecución en el *iter criminis*, tutela de bienes jurídicos universales o supraindividuales de difuso o vago contenido) a través de lo cual se busca la seguridad;
- b) la flexibilización y desformalización de garantías, de los presupuestos clásicos de imputación y de categorías dogmáticas;
- c) la subversión del principio de intervención mínima (expansión del derecho penal);
- d) la inversión del contenido de los principales principios procesales y penales entre los que figura el del bien jurídico:

“...en el proceso de modernización del sistema penal se observaría, tanto en la praxis como en la

(31) Se usa la terminología asumida por los estudiosos del derecho penal sin que se acepte como necesariamente correcta desde que los postulados que se le atribuyen al derecho penal moderno son ajenos a las características de la Modernidad entendidas en sentido filosófico. Por otro lado el clasicismo del derecho penal es contemporáneo a la Modernidad y el liberalismo de la época clásica es de tipo político, ajeno al economicista que está en boga hoy, motivos todos que imprimen características de vaguedad y ambigüedad a dichos términos.

teoría, una tendencia a considerar los principios y garantías tradicionales del Derecho penal material como algo “pasado” cuando no una rémora que, por su carácter excesivamente conceptual o abstracto, formal o rígido, vienen a obstaculizar el logro de los intereses y el empleo de instrumentos de una política criminal efectiva”.⁽³²⁾

- e) el establecimiento de delitos en los que se manifiesta la idea de intervención ante el riesgo derivado de actuaciones empresariales y tecnológicas (responsabilidad por el producto en delitos contra la vida y la salud; responsabilidad omisiva por creación de riesgos jurídicamente relevantes; delitos relativos a la manipulación genética, a la seguridad e higiene en el trabajo, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, relativos a la energía nuclear y a radiaciones ionizantes, delitos contra la salud pública en el ámbito farmacológico y alimentario, delitos derivados del uso de la informática, delitos de corrupción y estafa en las transacciones comerciales internacionales, delitos contra la intimidad derivados del uso de internet y similares, etc.).

Aunque para algunos (GRACIA MARTÍN y SCHÜNEMANN) la modernización del derecho penal (que comprende las denominaciones de derecho penal del riesgo, derecho penal económico, derecho penal de la empresa, derecho penal de la globalización y derecho penal del enemigo) instaura un “derecho penal de clase alta” esa es una afirmación que desconoce tanto la alta selectividad del aparato represivo (puesta de manifiesto por las teorías del etiquetamiento o *labelling approach* y la Criminología Crítica) como la generalización de un discurso legitimador de la vulneración de los derechos fundamentales que incidirá, en última instancia, en los de siempre... quienes integran las clases medias y bajas. En todo caso los derechos fundamentales son tales sin distinción de ninguna otra consideración por lo que mal puede hacerse categorización de personas atendiendo a sus posibilidades económicas o de poder para reconocerle o no tales derechos.

Costa Rica no escapa a esas manifestaciones del derecho penal moderno pues constantemente observamos la creación de nuevos

(32) MENDOZA BUERGO, Blanca. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Civitas, Madrid, 2001, pp. 92-93.

delitos, el aumento de penas, la modificación de interpretaciones jurídicas garantistas a represivas (verbigracia respecto al principio de retroactividad de la ley penal más favorable en materia procesal o de naturaleza penal sustantiva no incorporada a la codificación: materia de prescripción o criterios de oportunidad; los cambios de pronunciamientos de la Sala Constitucional sobre la necesidad de orden o no para el registro de vehículos, etc.), la extensión del control social formal a áreas no cubiertas hasta entonces (así la suspensión del proceso a prueba y una particular forma de interpretar las “penas alternativas” a la prisión que se comprenden en el Proyecto de reforma al Código Penal actualmente en discusión legislativa), la preocupación por la eficiencia en detrimento de los derechos (proceso abreviado), el uso reiterado y prolongado de mecanismos de excepción como regla (prisión preventiva) y la inversión de principios⁽³³⁾ que, de ser barrera a la acción estatal y protección a las personas, pasan a convertirse en fomento del “*ius puniendi*” como ha estado ocurriendo con el tema del principio de interpretación restrictiva y su aplicación a la prescripción de la acción penal en la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal.

4. EXPANSIÓN DEL *IUS PUNIENDI* ESTATAL A TRAVÉS DE LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: EL CASO DE LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

No obstante la claridad de las normas y principios constitucionales y legales supra referidos, la aplicación empírica de los diferentes institutos pensados en garantía de la generalidad de las personas eventualmente sometidas a un proceso penal ha estado divorciada de la literalidad de las normas, divorcio ese que lamentablemente ha estado auspiciado por interpretaciones jurisdiccionales ampliativas (pese a que el artículo 2 del Código Procesal Penal las prohíbe) con las que se ha legitimado una expansión del poder punitivo estatal en campos en donde, por la ineficiencia de los y las operadores jurídicos (en particular de la policía y el Ministerio Público), teóricamente ninguna intervención punitiva sería posible.

(33) El principio de lesividad, por ejemplo, que impedía sancionar a quien, aún habiendo cometido formalmente una conducta delictiva no hubiere causado daño o peligro a un bien jurídico tutelado ha pasado a convertirse, en otras latitudes, en “exigencia” para que el Estado penalice para proteger “bienes jurídicos” abstractos, universales, etc. so pena de incurrirse en inconstitucionalidades por omisión.

Según se ha indicado, la determinación del plazo prescriptivo y de las causales de suspensión e interrupción de la prescripción competen al legislador y los y las juezas deben aplicar todo ese tema partiendo del principio (entre otros) de interpretación restrictiva. Las causales de suspensión de la prescripción de la acción penal están también, taxativamente, establecidas en el artículo 34 del Código Procesal Penal cuyo inciso a) dispone:

“El cómputo de la prescripción se suspenderá:

a) Cuando en virtud de una disposición constitucional o legal, la acción penal no pueda ser promovida ni proseguida.”

Entonces, para que sea posible suspender la prescripción de la acción penal con base en el numeral transcrito, debe haber una norma expresa que establezca la imposibilidad de que la acción penal prosiga. Empero, el Tribunal de Casación Penal –amparándose en dicha norma– ha considerado que hay una multiplicidad de factores que suspenden la prescripción de la acción penal entre los cuales cabe citar:

- a) cuando se presenta una apelación contra un dictamen médico forense (votos del Tribunal de Casación Penal N° 436-00 y N° 423-01, entre otros);
- b) ante la ausencia de nombramiento o de apersonamiento del defensor nombrado (votos N° 264-99, N° 477-01 y N° 764-01 del Tribunal de Casación);
- c) dada la imposibilidad de señalar para audiencia preliminar por problemas con defensores y representantes (voto N° 764-01 del citado tribunal);
- d) por los problemas para designación de juez que conozca del caso ante inhibitorias de otros (voto N° 764-01);
- e) por la enfermedad de la persona acusada (voto N° 189-2003).

¿Es esa línea jurisprudencial correcta?. Intentaré demostrar en las páginas siguientes que esos pronunciamientos son dogmáticamente erróneos y que los órganos jurisdiccionales están obligados a apartarse, justificadamente, de ellos pues quienes sigan dichos precedentes

pueden derivar responsabilidades civiles, penales y disciplinarias desde que aumentan la intervención estatal cuando la misma ya no es posible. Dado que en Costa Rica existe el principio de independencia judicial con rango constitucional éste tiene rango superior a cualquier norma legal que pretende someter a los jueces comunes a los pronunciamientos emanados del Tribunal de Casación Penal que, por lo demás, ni son unívocos (hay votos salvados y otras integraciones del mismo tribunal que discrepan de ellos), ni son vinculantes (solo lo es la jurisprudencia de la Sala Constitucional por disposición del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) ni son fuente informadora del ordenamiento jurídico (tal efecto lo brindan los artículos 9 y 14 del Código Civil a la jurisprudencia reiterada de las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia, sin que el tribunal de casación penal tenga tal rango).

En mi criterio, derivar de aquella norma las consecuencias que extrae el Tribunal de Casación no es correcto ya que el artículo lo que estatuye que es la “*acción penal no pueda proseguir*” lo que alude **a la totalidad de la acción o**, lo que es lo mismo, a que **TODO EL PROCESO** se paralice por ordenarlo así una disposición legal. ¿Cómo interpreta dicho Tribunal el concepto de ‘acción penal’?. Basta leer aquellos pronunciamientos para deducir que dicho concepto tiene contenidos imprecisos y erróneos para la citada jurisprudencia pues, para sus integrantes, si una etapa del proceso se paraliza eso lo consideran suficiente para concluir que hay paralización de toda la acción y, por ende, aplican la suspensión de la prescripción de la acción penal.

Pero el razonamiento incurre en vicios ya que la norma lo que expresamente contempla es que **la acción penal no pueda proseguir** ¿acción penal es sinónimo de una etapa procesal o de juicio?. Lo es para la jurisprudencia del Tribunal de Casación pero no para la inmensa mayoría de la doctrina según se pasa de seguido a esclarecer.

En todos los supuestos mencionados por el Tribunal de Casación Penal el proceso penal no se paraliza sino lo que no puede hacerse es un acto específico dentro de él (por ejemplo no se puede determinar el monto exacto de las secuelas si el dictamen médico es apelado o no ha dado de alta al ofendido; no puede señalarse a juicio si el imputado está sin defensor; no puede realizarse el juicio ni no hay ningún juez habilitado para conocerlo, etc.) pero sí es posible que el proceso continúe en otros extremos diferentes (imposición de medidas cautelares cuando aún no se ha rendido el dictamen médico definitivo, por

ejemplo; gestionar el nombramiento de un nuevo defensor para el encartado cuando el anterior ha renunciado, etc.). Todos esos actos procesales forman parte de la acción penal y demuestran que la acción penal sí puede proseguir (pues la promoción ya se había efectuado con la denuncia) aunque el proceso no avance en un aspecto específico o hacia una nueva etapa.

En síntesis, **el error en que incurre el Tribunal de Casación** (con algunas de sus integraciones pues hay votos salvados sobre el particular) **es de tipo dogmático en materia de teoría general del proceso cual es confundir acción penal (ergo, totalidad del proceso) con un acto específico dentro del proceso. Equiparar la parte a un todo.** Si un acto específico dentro del proceso hace que todo el proceso se paralice, que éste no pueda continuar, se estará ante un supuesto de que la acción penal no pueda proseguir y hará que se suspenda la prescripción de la acción penal (siempre y cuando esa imposibilidad de proseguir tenga amparo legal o constitucional pues, conforme lo determina la norma transcrita, no basta que haya paralización pura y simple). Pero si la discusión sobre un extremo del proceso (de una parte de la acción penal) permite pensar que pueden efectuarse válidamente otros actos procesales (de cualquier naturaleza), la acción penal puede proseguir y nunca podría sostenerse que se esté ante una suspensión de la prescripción de la acción penal por esta causa.

En otras palabras, **hay que preguntarse ¿qué es la acción? ¿qué es la acción penal? y a partir de allí hacer las derivaciones que exige el numeral 34 inciso a) ya citado, nada de lo cual se cuestiona el Tribunal de Casación** en los votos a que se ha hecho referencia.

Acudiendo a la copiosa y antiquísima doctrina (dentro de la que hay diversas corrientes) creada sobre el tema⁽³⁴⁾ puede elegirse, al azar, algún autor para que dilucide el punto, justificándose la extensión de la cita por la extensión de la errónea aplicación del concepto:

“La teoría de la acción constituye uno de los más torturados capítulos de la doctrina jurídica; pero es singular que, frente a este tormento, no exista en la

(34) Recuérdense que la “acción” en el moderno derecho procesal surge con la obra de Oscar Von Bülow *“La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”* de 1868 que marca el inicio de la estructura acción-proceso-jurisdicción sobre la que se basa toda la dogmática posterior hasta nuestros días.

*ley una disciplina de la acción, antes bien, la ley ni siquiera conoce “la acción” sino infinitas “acciones”, tantas como son los efectos y modificaciones previstas por ella. De cuyos efectos precisamente las acciones en particular han tomado durante siglos y aún lo conservan, el nombre: acción redhibitoria, revocatoria, subrogatoria (...). **La idea de la acción como contrapropuesta a las acciones, o al menos en la que todas las acciones se resuelven, surge justamente del proceso, o sea de la consideración de su ejercicio, porque aquí la acción, vaciada de su contenido y de su objeto inmediato, se pone en relación con el juez, a quien se pide y de quien se espera la producción del efecto garantizado por la norma. Esta idea unitaria de la acción postula no sólo la concepción de ella como derecho, sino sobre todo de un derecho completamente autónomo respecto del derecho sustancial cuya tutela se persigue jurisdiccionalmente.** Sobre esta “autonomía de la acción” reina universal acuerdo, considerándose actualmente por todos, definitivamente superadas las doctrinas que veían en la acción una manifestación del derecho mismo, o el derecho mismo en su faz dinámica”*.⁽³⁵⁾

La acción será, entonces, el derecho público subjetivo dirigido al Estado para solicitarle la existencia de órganos jurisdiccionales capaces de conocer y decidir sobre los diferentes conflictos que sean sometidos a su conocimiento. La acción penal, por consiguiente, tendrá esa misma base pero la “penalidad” alude a una característica específica del conflicto y del tipo de órgano jurisdiccional que debe ser creado para conocerlo.

La acción penal, en el caso específico, se pone de manifiesto ante la existencia de órganos jurisdiccionales y procesos preestablecidos creados para conocer pretensiones punitivas. **La acción penal solo podría paralizarse cuando el conflicto no pueda ser conocido por ningún juez y, por ello, no pueda realizarse ningún acto del**

(35) SATTA, Salvatore. Manual de Derecho procesal civil, volumen I, pp. 119-120 (el destacado no es del original).

proceso lo que ocurrirá en ciertos casos establecidos por el legislador o constituyente (cuando haya prejudicialidad, cuando haya obstáculo fundado en privilegios constitucionales, etc.) o cuando un Estado carezca de la infraestructura judicial necesaria para dilucidar dichas pretensiones (no exista ningún tribunal penal, por ejemplo).

Aquella falta de rigor dogmático a que se hizo referencia arriba hace que esa jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal haya permitido, por la vía interpretativa (ergo, ampliativa) considerar como suspensión de la acción penal un sinnúmero de situaciones fácticas que no tienen, en estricto sentido y conforme al criterio expuesto, tal carácter.

Así, si volvemos a los ejemplos enumerados por el Tribunal de Casación Penal como de suspensión de la prescripción de la acción penal a partir del instrumental teórico arriba expuesto, surgirían las siguientes interrogantes:

- a) la ausencia de nombramiento o de apersonamiento del defensor nombrado ¿paraliza todo el proceso? ¿acaso el tribunal está impedido para proveer lo respectivo al nombramiento de un nuevo defensor?;
- b) ante la imposibilidad de señalar para audiencia preliminar por problemas con defensores y representantes ¿acaso no podrían dictarse medidas cautelares u otros actos diferentes a ese?;
- c) en los problemas para designación de juez que conozca del caso ¿las mismas resoluciones de los jueces inhibiéndose no son actos procesales, acaso? ¿ergo, no forman parte de la acción penal y demuestran que ésta prosigue?;
- d) frente a la enfermedad de la acusada ¿no hay normas específicas para regular ese comportamiento? ¿podrían tomarse otras decisiones judiciales o el juez estará impedido para conocer de todo el proceso?
- e) en punto a la imposibilidad de rendir los dictámenes médico-legales definitivos por no haberse dado de alta al ofendido o por ser impugnados cabe preguntarse: ¿hay alguna disposición constitucional o legal que indique, expresamente, que sin dictamen médico definitivo la acción penal no pueda ser promovida

(iniciada) ni proseguida?. Es cierto que en ciertos casos-límite de ese dictamen puede depender la determinación de si la conducta es o no delito o cuál es el órgano competente para conocer de la causa (esto es, cuando no haya elementos para determinar si la lesión es superior a cinco días –ley Nº 8250– y es delito investigable por el Ministerio Público o es inferior a eso y es contravención). Pero, salvo en esos, en el resto de los casos el monto de la incapacidad no afecta la competencia y aunque sí puede afectar la correcta calificación legal es lo cierto que la acción penal sí puede proseguir inclusive efectuándose, en la audiencia preliminar, conciliaciones, suspensiones a prueba o hasta abreviados (si se determina la calificación del hecho no por la incapacidad sino por las disfunciones corporales) y, en los extremos civiles, podría negociarse una condena en abstracto o dejarse las partidas sujetas a lo que en definitiva se resuelva en la apelación o a acudir a la ejecución de sentencia en la vía ordinaria civil. Nótese que puede llegarse hasta sentencia en debate sin esa determinación (sobre todo en los delitos culposos) pues el órgano jurisdiccional puede efectuar una condenatoria en abstracto (artículo 368 párrafo segundo del Código Procesal Penal) de donde se concluye que la determinación final de las lesiones o secuelas necesarias para la concretización de la acción civil no paraliza la acción penal y, por ende, no hay causales de suspensión de la prescripción.

En todos esos supuestos **la acción penal SÍ podía proseguir** máxime si hay dictámenes médicos (no definitivos) que señalan una incapacidad temporal que permite deducir la probabilidad de comisión del delito y la determinación de la autoridad competente. En cuanto a la acción civil (que no interesa pues el artículo 34 inciso a alude expresamente a la **acción penal** y no a la acción civil por lo que nada debe analizarse a este respecto y menos hacerse cita del numeral 41 de la Carta Magna que también exige una justicia pronta y cumplida para el encartado) aún en el supuesto que estuviera contemplada allí, es lo cierto que la ausencia de un dictamen médico legal definitivo tampoco afecta en nada los intereses de la víctima desde que ésta pueda continuar en el proceso y llegar hasta juicio solicitando una condenatoria en abstracto (artículo 368 párrafo segundo del Código Procesal Penal) lo que no significa otra cosa que legalmente está establecido que la no concreción de extremos o montos del reclamo civil no paraliza la acción civil ni penal.

Para todos los supuestos señalados vale la misma pregunta ¿podía algún juez conocer del conflicto? Y en todos la respuesta es positiva pues aún en los casos de falta de defensa técnica es pensable que el juez dicte, por ejemplo, una sentencia de sobreseimiento y luego nombre al defensor y se la notifique siendo desde tal notificación que le corre el plazo para impugnar si fuera del caso.

En otras palabras, el juez de casación que adopta aquellas posiciones está supliendo falencias del legislador y, por vías interpretativas amplias proscritas en la legislación procesal penal, extiende la potestad punitiva del Estado. Está estableciendo políticas de persecución penal por la vía de la interpretación (ampliativa en cuanto ninguno de esos criterios está expresamente regulado por el legislador y va en menoscabo del derecho de seguridad jurídica que también tiene el encartado y que se garantiza por la vía de la prescripción de la acción penal), en detrimento expreso de la literalidad del artículo 2 del Código Procesal Penal que obliga a que, en tales situaciones, se esté a la interpretación más favorable para el encartado (se repite, se limita el ejercicio del derecho a la seguridad jurídica del acusado) siendo que ninguna de las referidas favorece la libertad del encartado sino, por el contrario, la perjudica.

Por ello, con buen tino la Sala Tercera (cuya jurisprudencia sí tiene el carácter informador del ordenamiento jurídico que le otorgan los artículos 9 y 14 del Código Civil pero que, de igual forma no es vinculante y cito solo a modo de mayor abundamiento y por estar de acuerdo con ella) ha referido sobre este tópico:

“...no se considera que el diligenciamiento de los dictámenes médicos suspende el término de la prescripción. Los principios de seguridad y de legalidad tutelan el que la persona sepa a qué atenerse frente al poder estatal. El inciso primero del artículo mencionado líneas atrás, al referirse al impedimento de promover o proseguir la acción penal en virtud de una disposición legal o constitucional, en modo alguno está permitiendo que el juzgador, en cada caso, determine lo que en su criterio constituye un obstáculo a la prosecución del asunto y busque la norma que lo ampara. El contar o no con rapidez con un dictamen médico, por ejemplo, o con cualquier otra prueba no es un

problema que afecte el ejercicio de la acción penal. El nuevo proceso penal precisamente busca la resolución de la causa en un tiempo razonable. Para ello se contempló la reducción de los plazos, la fijación de término para que el Ministerio Público finalice las investigaciones y la extinción de la acción penal por incumplimiento de ese plazo, el uso razonable de los medios de impugnación durante el trámite de las causas, etc. Interpretar que el inciso 1º del artículo 34 del Código Procesal Penal permite la suspensión del proceso para allegar prueba a la causa es una interpretación ampliativa que violenta la seguridad jurídica, coarta la libertad del acusado y su derecho a ser juzgado en un tiempo razonable. La interpretación que pretenden los recurrentes daría también la posibilidad de suspender el plazo ante otros contratiempos que pueden encontrarse durante la tramitación de las causas, como atrasos por falta de recursos materiales o de personal. Las debilidades del sistema no deberían ser sufridas por ninguna de las partes, pero menos por quien soporta el peso de la represión penal, que le restringe derechos fundamentales, no sólo la libertad de tránsito, sino también de propiedad, trabajo, honor, que se pueden ver afectados ante un proceso penal. La norma del inciso a) se refiere, por ejemplo, a los casos de prejudicialidad o cuando una vez iniciado el procedimiento sobreviene un obstáculo fundado en privilegio constitucional. Las partes han de estar vigilantes de la marcha del proceso, para evitar la prescripción. Cuentan además con mecanismos para instar a las autoridades judiciales al cumplimiento de los plazos, de conformidad con el artículo 174 del Código Procesal Penal. Se observa en esta causa que se formula la acusación con prueba que se tenía desde un año antes, lo que resalta lo innecesario de la espera...”⁽³⁶⁾

(36) Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto Nº 446-2002 de las 10:11 hrs. del 17 de mayo de 2002. Lamentablemente la Sala Tercera, mediante voto Nº 858-2005 del 05 de agosto de 2005 asume la posición

Las aplicaciones normativas contrarias al principio de interpretación restrictiva en el Tribunal de Casación Penal no se limitan a dicho tema sino que tocan, también, otros tópicos en materia de prescripción tales como el considerar que el plazo de prescripción que rige cuando una causa se recalifica de un delito más grave a uno menos grave es el correspondiente al primero (así los votos Nº 133-99, Nº 419-99, Nº 390-03 y Nº 2004-1081 entre otros y en contra los votos Nº 107-03 y Nº 198-2003 de la Sala Tercera), el estimar que también interrumpe la prescripción de la acción penal la resolución que se pronuncia sobre un recurso de casación pese a que no es una sentencia pues carece de los requisitos establecidos en el artículo 363 del Código Procesal Penal ya que solo se pronuncia sobre los agravios y no sobre la integridad del asunto. Así se ha indicado en los votos del Tribunal de Casación Nº 878-00, Nº 764-01 y Nº 576-02 entre otros y en contra de ello se ha pronunciado la Sala Tercera a través del voto Nº 105-99. Eso para solo mencionar las disputas más recientes sin contar las que antaño se dieran sobre si la primera imputación debía entenderse que era la indagatoria (Sala Tercera voto Nº 608-02) o la comunicación de la acusación (Tribunal de Casación Penal, voto Nº 90-00); sobre si la suspensión por una acción de inconstitucionalidad contra normas de la prescripción afecta a todos los procesos (voto Nº 764-01 del Tribunal de Casación) o solo a aquellos en donde haya tenido incidencia para el cómputo de la prescripción (Sala Tercera, voto Nº 1272-02), etc.

De todo lo expuesto puede verse claramente que en los pronunciamientos del Tribunal de Casación Penal parece subyacer una línea ideológica tendiente a juzgar (y, las más de las veces, a condenar) a ultranza, convirtiéndose dicho órgano jurisdiccional en una especie de “garante” de una seguridad ciudadana asimilada a la “mano dura” y en menoscabo de los derechos fundamentales de los sometidos al procedimiento, aspectos esos en los que la jurisprudencia de la Sala

que había venido sosteniendo el Tribunal de Casación Penal (y que éste órgano parece ir abandonando) en el sentido de que la ausencia del dictamen médico definitivo y la necesidad de determinar la tipicidad de la conducta, sí constituyen una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal. Aunque en dicho voto se alude a que se mantiene el criterio anterior de la Sala para la generalidad de los casos no se dimensionan los efectos de dicho pronunciamiento cuando la posibilidad de tipicidad pueda derivarse de otros elementos probatorios (inclusive testimoniales referente a la pérdida de un miembro, etc.) e, incluso, de dictámenes médicos no definitivos pero que ya estatuyen la máxima posibilidad de tipicidad (por ejemplo, lesiones gravísimas).

Tercera de la Corte Suprema de Justicia sí se ha mostrado firme y garantista.

El comportamiento de los órganos de casación penal en Costa Rica en punto a este tema refleja la contraposición ideológica entre el derecho penal moderno (en este caso reflejado en los pronunciamientos del Tribunal de Casación) y el derecho penal clásico (puesto de manifiesto por la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia).

Pero, frente a tan radicales posiciones encontradas de los órganos de casación en Costa Rica, surge otra interrogante que ya hemos planteado antes:⁽³⁷⁾ ¿cómo garantiza nuestro sistema procesal el principio constitucional de igualdad ante la ley ante la existencia de una pluralidad de órganos de casación que emiten resoluciones disímiles entre sí?; ¿dónde queda la función nomofiláctica o política de la casación penal?

5. LA INSUFICIENCIA DE LA ESTRUCTURA ACTUAL DE LOS ÓRGANOS DE CASACIÓN PENAL EN LA FUNCIÓN UNIFORMADORA DE LA JURISPRUDENCIA

La Casación surgió, históricamente, con la finalidad de evitar pronunciamientos contradictorios. Ese sigue siendo uno de sus fines esenciales repensado, en el derecho moderno, no en función de la tutela estatal (cumplimiento de las normas o respeto al derecho objetivo) sino en garantía del encartado (que exista igualdad de trato de todos y todas ante la ley) pero... ¿cómo cumplirlo cuando hay diversos órganos encargados de ese contralor que resuelven diferente y ambos en definitiva los asuntos sometidos a su conocimiento?

En Costa Rica, la estructura penal jurisdiccional recursiva está compuesta por tres tipos de órganos: el tribunal de casación penal (que conoce de las casaciones y revisiones de sentencia dictadas por un solo juez); la sala de casación penal (que conoce de las casaciones y revisiones de sentencia de tribunal colegiado) y Corte Plena que conoce de las casaciones y revisiones en cuyo proceso haya intervenido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (miembros de los supremos poderes).

(37) CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. La prescripción de la acción penal en Costa Rica. IJSA, 1ª edición, San José, 2000, p. 364 y siguientes. En sentido similar DALL'ANESE RUIZ, Francisco. "Unificación de la jurisprudencia." En: Periódico La Nación, 22 de setiembre de 2003, p. 30 A.

Esa división del órgano de casación obedeció a la necesidad de descongestionar de trabajo a la Sala Tercera ante la apertura que hubo que hacer del recurso de la casación a fin de satisfacer el requisito del derecho al recurso contra la sentencia condenatoria en materia penal establecido por el artículo 8.2.h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁽³⁸⁾ Por ello, la Sala Constitucional abolió todos los requisitos que establecían la imposibilidad de que algunas personas recurrieran (actor civil, por ejemplo) o que el recurso dependiera del monto de la pena impuesta (así los votos N° 282-90, N° 719-90, N° 5751-93, N° 5752-93 y N° 1193-95 de dicha Sala). No obstante, la avalancha que eso implicó, a más de la apertura del recurso de revisión ante la introducción de la causal de vulneración del debido proceso (artículo 490 inciso 6) del Código de Procedimientos Penales y 408 inciso g) del Código Procesal Penal), hizo surgir la necesidad de crear más órganos que atendieran los recursos de casación y revisión y así se dividió la función entre un Tribunal de Casación Penal y la Sala Tercera según los montos de la pena a imponer y el tipo de tribunal (unipersonal o colegiado) al que le correspondiera juzgar.

Pronto se vio que gran parte de las casaciones y revisiones se originaban por los delitos menores y mientras la Sala se ha mantenido con su integración única (de cinco magistrados sin perjuicio de los suplentes) que garantiza –en términos generales– una sola línea jurisprudencial (aunque ellos mismos modifiquen su criterio o se vean algunos quiebres cuando integran suplentes) en el Tribunal de Casación Penal fue necesario crear varias secciones y sus integrantes rotan con frecuencia a otros puestos, lo que significa, en síntesis, que existan diversas posiciones (haciendo mayoría en diversos momentos) contradictorias entre sí⁽³⁹⁾ y contradictoras, muchas veces, con la jurisprudencia de la Sala Penal.

(38) Pese a que en un primer momento la apertura del recurso de casación significó la forma de dar cumplimiento a la garantía del derecho al recurso contra una sentencia condenatoria, el modo en que se siguió aplicando e interpretando dio pie a la condenatoria que hiciera la Corte Interamericana de Derechos Humanos a Costa Rica sobre este tema, según sentencia del 02 de julio de 2004.

(39) Piénsese el caos y la inseguridad que significa el hecho de que el Tribunal de Casación en un recurso de casación sostenga un criterio (declarar no prescrito un asunto y obligar al juez de instancia que así lo declaró a realizar el debate, por ejemplo) y luego de emitida la sentencia condenatoria se presente nueva casación o revisión del fallo que lo resuelva otra integración del Tribunal que posea un diverso criterio, declarando que el juzgamiento se efectuó habiendo prescrito la acción penal.

En resumen, no se ha logrado la unificación de la jurisprudencia y ha sido la intervención de la Sala Constitucional (cuyos fallos tampoco suelen ser uniformes) la que, a veces, ha contribuido con aquella función, otrora reservada a los órganos jurisdiccionales del orden común.⁽⁴⁰⁾

Cuando en Corte Plena⁽⁴¹⁾ se discutió el texto que se enviaría a conocimiento de la Asamblea Legislativa a fin de ajustar la normativa procesal al voto de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos se eliminó un artículo en virtud del cual se definía el órgano y procedimiento para la unificación de jurisprudencia contradictoria, argumentándose que violaba la independencia judicial aspecto que no me parece de recibo porque **se confunden los términos uniformar con vinculante**. Esto es se confunde la función o competencia del órgano –emitir una decisión definitiva ante dos casos contradictorios determinando qué ha de decidirse en cada uno de ellos– con los efectos que pueden (o no como acá se defiende) tener esos pronunciamientos. Es cierto que la jurisprudencia vinculante viola, en mi criterio, la independencia judicial pero la función que se le ha de asignar a un órgano es el de uniformar la jurisprudencia contradictoria sin que ese fallo sea expresamente vinculante para nadie pues los jueces/ezas podrán –si lo estiman a bien– continuar emitiendo criterios contrarios a los surgidos de ese órgano uniformador, correspondiéndole a éste siempre la competencia de uniformarlos y asumir la responsabilidad final ante el caso concreto. De lo contrario, de asimilarse la función nomofiláctica o

(40) No obstante la Sala Constitucional no siempre asume esa disparidad de criterios como un asunto de constitucionalidad que afecta el principio de igualdad ante la ley. Por el contrario ha indicado muchas veces que es un asunto que debe resolverse en la vía ordinaria y que no tiene incidencias constitucionales (así en cuanto a la denegatoria del recurso de casación contra la sentencia de sobreseimiento dictada por el Tribunal de Juicio según jurisprudencia del Tribunal de Casación que no sigue la Sala Tercera; en cuanto a los dictámenes médicos como causal de suspensión, en cuanto a qué debe entenderse por primera imputación formal, etc. temas todos planteados a la Sala Constitucional y que ésta ha rechazado). Esa línea jurisprudencial de la Sala Constitucional es, a mi juicio, errónea, desde que impide que haya un órgano que brinde una interpretación vinculante que haga realidad el principio de igualdad ante la ley y seguridad jurídica y aunque el tema concreto sí puede ser de legalidad lo cierto es que, en el fondo, la disparidad de posiciones genera una violación al principio constitucional de igualdad ante la ley.

(41) Sesión Nº 38 del 13 de diciembre de 2004, artículo XIII.

uniformadora con el carácter formalmente vinculante de esos fallos se impediría que el pensamiento jurídico evolucione. Por otra parte la dicotomía fines políticos y fines procesales es falsa, no sólo terminológicamente (los fines procesales son también políticos, la justicia del caso concreto es también un asunto político pues alude al sistema democrático de juzgamiento) sino también en el fondo de la cuestión desde que el fin político de la casación (unificación de la jurisprudencia y observancia del derecho objetivo) también se traduce en el fin procesal del instituto (justicia del caso concreto) ya que es injusto para el caso concreto que se le aplique a una persona una interpretación diferente a la que se le aplica a los demás. De allí que el fin político también es un fin procesal: el imputado (y no sólo él) tiene derecho a ser tratado igual que los demás y si no hay un mecanismo jurídico-procesal para eliminar la contradictoriedad de la jurisprudencia no sólo no se cumple el fin político del instituto sino que esa igualdad ante la ley se viola y, por ende, también, la justicia del caso concreto (fin procesal).

Considero altamente criticable que la prescripción o no de un proceso termine dependiendo de la integración de un tribunal y que el Poder Judicial costarricense no haya buscado mecanismos para evitar esa contradictoriedad sin menoscabo del principio de independencia judicial que está ínsito en cada uno de esos criterios (la creación de un órgano encargado de dilucidar esos conflictos).

Esa situación es censurable pues afecta directamente los principios de seguridad jurídica y debido proceso. Lo acaecido entre el Tribunal de Casación y la Sala Tercera en torno al tema de la prescripción penal debe llevar a la Corte Suprema de Justicia a replantearse su propia estructura penal⁽⁴²⁾ a fin de crear un órgano que, en definitiva,

(42) Replanteamiento que debe hacerse a propósito de la condena que se hiciera al estado costarricense por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos y que obliga, en mi criterio, a crear un mecanismo para, sin que el órgano de casación valore prueba en única instancia –pues contra dicha valoración no habría posibilidad de ulterior recurso lo que también afectaría la Convención Americana máxime si esa admisión de prueba puede hacerse a petición de otros sujetos procesales diferentes al encartado– el actual recurso de casación permita efectuar el análisis amplio de las cuestiones fácticas y jurídicas a que allí se obliga, a más de que se desechen las prácticas que violan el principio de imparcialidad del juzgador (conocer del juicio cuando se ha externado criterio de probabilidad sobre la comisión del hecho al conocerse de medidas cautelares, juez penal juvenil que interviene en diferentes etapas, etc.).

logre la unificación jurisprudencial necesaria en un sistema jurídico, en una materia tan sensible como la penal que está íntimamente vinculada al respeto y el cumplimiento de los derechos humanos de un país y, por ende, al mantenimiento de su régimen jurídico democrático.

Y es que debe recordarse que el acceso a los mecanismos jurisdiccionales creados por el Estado como contrapartida de la abolición de la autotutela requiere, además, que se haga en condiciones de **igualdad** conforme lo regula el artículo 33 de la Constitución Política, igualdad esa que queda totalmente en entredicho cuando existen pluralidad de órganos de casación que pueden resolver en forma diametralmente diversa un mismo punto conforme se ha evidenciado.⁽⁴³⁾

Esa ausencia de un órgano único es particularmente grave cuando uno de los contralores de casación instaurados efectúa interpretaciones ampliativas de normas legales que quedan sin posibilidad de ser vigiladas por nadie ni posibilidad de ulterior impugnación, ampliando el *ius puniendi* estatal y asumiendo una función punitiva y de creación de política criminal vía jurisprudencial que no le compete.

Por ello, valga la coyuntura que ha implicado la condena efectuada a Costa Rica por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para llamar la atención sobre este tópico a fin de que las modificaciones que, necesariamente, han de hacerse a la estructura de los órganos penales posibiliten mecanismos eficaces para dilucidar controversias como las aquí apuntadas pues sí es escandaloso para un sistema jurídico democrático que una sola persona sea tratada diferente a muchas otras que están en las mismas condiciones.

(43) El tema es complejo porque, de cumplirse el fin político de la casación cual es la unificación de la jurisprudencia para garantizar este principio, inexorablemente se crearía una instancia cuyos pronunciamientos fueran definitivos resolviendo las controversias y que pueden llegar a imponerse a los restantes órganos como “vinculantes” lo que violaría la independencia judicial tal y como se dice que lo hace el numeral 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Por otra parte, nada garantiza –tampoco– que dada esa independencia, un único órgano (con la misma o diferente integración) resuelva diferentes asuntos similares ya sea por inobservancia o por simple variación de criterio, en cuyo caso también puede decirse que se vulnera el principio citado de igualdad ante la ley por pretender la justicia para el caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel y CHAN MORA, Gustavo. *“El debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del derecho penal moderno”*. En: Democracia, justicia y dignidad humana: homenaje a Walter Antillón. Editorial Jurídico continental, San José, 2004.
- BINDER, Alberto M. *“Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio”*. En: Justicia penal y estado de derecho. Editorial Ad hoc, Buenos Aires, 1993.
- CABEZAS CHAMORRO, Sebastián y SFERRAZZA TAIBI, Pietro. *“Derecho penal de riesgos: mantención de principios del derecho penal clásico o liberal vs. Solución de conflictos de las modernas sociedades”*. En: Doctrina penal 2003-2004. Versión electrónica en: <http://www.carlosparma.com.ar>
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxe. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- COURTIS, Christian (compilador). Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho. Eudeba, Buenos Aires, 1ª edición, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. Colección estructuras y procesos, Madrid, 4ª edición, 2000.
- GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia. Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- HERNÁNDEZ, Carolina. Acción y prescripción en el Derecho Penal (jurisprudencia temática penal /1). Editorial Juris, Rosario, Argentina, junio de 1995.
- HERZOG, Félix. *“Límites al control penal de los riesgos sociales (una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)”*. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid, tomo XLVI, fascículo I, enero-abril, 1993.
- IÑIGO CORROZA, María Elena. *“El caso del ‘producto protector de la madera’ (holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo Alemán”*. En: Actualidad penal. Revista semanal técnico-jurídica de Derecho Penal. Madrid, Nº 20 del 12 al 18 de mayo, 1997.
- INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT. La insostenible situación del derecho penal. Editorial Comares, Granada, 2000.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *“El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos”*. En: Poder Judicial, Madrid, Nº 48, cuarto trimestre, 1997.

- MENDOZA BUERGO, Blanca. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Editorial Civitas, 1ª edición, Madrid, 2001.
- MONTIEL, Juan Pablo. “¿Hacia las postrimerías de un derecho penal subsidiario?”. En: Doctrina penal 2003-2004. Versión electrónica en: <http://www.carlosparma.com.ar/montiel.htm>
- PASTOR ALCOY, Francisco. La prescripción del delito, la falta y la pena. Editorial Práctica de Derecho S.L., 1995.
- PASTOR ALCOY, Francisco. La prescripción en el Código Penal de 1995 y su aplicación retroactiva. Editorial Práctica de Derecho S.L., 1996.
- PASTOR, Daniel. Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal. Buenos Aires, Ediciones del Puerto s.r.l., 1993.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Sociedad de riesgos y reforma penal*. En: Poder Judicial, Madrid, Nº 43-44, 1996 (II).
- REY GONZÁLEZ, Carlos. La prescripción de la infracción penal (en el Código de 1995). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2ª edición, Madrid, 1999.
- RUIZ, Alicia. Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho. Universidad de Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal. Editorial Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.
- SÁNCHEZ RUBIO, David. Filosofía, derecho y liberación en América Latina. Editorial Desclée de Brouwer S.A. Colección Palimpsesto. Derechos humanos y desarrollo, Bilbao.
- SCHONFELD, Leonardo Augusto. “*La expansión del derecho penal como política demagógica y sus límites*”. En: Doctrina penal 2003-2004. Versión electrónica en: <http://www.carlosparma.com.ar/leocshonfeld.htm>
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Editorial Civitas, 2ª edición revisada y ampliada, Madrid, 2001.
- VELA TREVIÑO, Sergio. La prescripción en materia penal. Editorial Trillas, México, 2ª edición 190 (reimpresión 1998).
- VERA BARROS, Oscar N. La prescripción penal en el Código Penal. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, junio de 1960.

MOBBING LABORAL: ACOSO MORAL, PSICOLÓGICO

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^()*

Catedrático de Derecho Económico Internacional
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica

(Recibido 29/09/05; aceptado 05/04/06)

(*) e-mail: jorgerp@hotmail.com; y, jorgerp9@yahoo.com.
Telfax (506) 250-1160; y, (506) 259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

RESUMEN

En la sociedad actual la agresión laboral ha llegado a niveles alarmantes.

En este artículo se hará una exposición del *mobbing*, con sus características y efectos.

Se hará una combinación de información en base a la doctrina, normativa y jurisprudencia.

Palabras clave: acoso, ambiente laboral y educativo, violencia psíquica, estrés laboral.

ABSTRACT

In present society, labor harassment has reached disturbing levels.

This article discusses *mobbing*, its characteristics, and effects. It presents a combination of facts based on the doctrine, norms, and jurisprudence.

Key words: harassment, labor and educational milieu, psychological violence, labor stress.

SUMARIO

Introducción

1. Antecedentes
2. Las 45 acciones de Heinz Leymann
3. Etimología
4. Concepto
5. Algunos sinónimos de *mobbing*
6. Acoso moral en el trabajo
7. Formas de expresión
8. Tipología
9. Objetivo
10. Lo que no es el *mobbing*
11. Relación del *mobbing* con algunos campos profesionales
12. Normas jurídicas
 - a) Constitución Política
 - b) Tratados, Convenios, Declaraciones
 - c) Código de Trabajo
 - d) Ley No. 2694 de 1960 sobre la no discriminación
 - e) Proyecto de ley, expediente No. 15.211
13. Jurisprudencia

Conclusión

Glosario

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Se ha extendió la preocupación por el llamado *mobbing* laboral, que produce en las personas que lo sufren depresiones, angustias provocadas por el acoso o la agresión de sus iguales, inferiores (compañeros de trabajo) o sus jefes.

En Costa Rica no existe una ley que regule este hecho social, el cual tiene aristas sociológicas, políticas, económicas, jurídicas, psicológicas.

Sin embargo, la jurisprudencia judicial ha resuelto en torno al tema del *mobbing* con base en el Código de Trabajo, haciendo una subsunción; y, al tenor de la *ley 2694 del 22 de noviembre de 1960: ley sobre la prohibición en la discriminación del trabajo*.

Este ensayo es una aproximación preliminar sobre este tema. En la bibliografía damos cuenta de la poca producción nacional de libros y artículos de revista, así como también de una escasa jurisprudencia judicial a nivel local.

En Internet sí hay una suficiente cantidad de sitios en los cuales encontrar información sobre esta actividad hostil.

1) ANTECEDENTES

Charles Darwin (1809-1882, naturalista inglés) en el estudio que hizo sobre animales, se refiere a exclusiones de los líderes viejos por los más jóvenes o al líder viejo que se le reta constantemente para que defienda su liderazgo dentro de la manada; también, si hay dentro del grupo un individuo enfermo y la manada debe avanzar, se le deja atrás o se le excluye; o , cuando el grupo considera que el líder está cansado y se le debe sustituir, lo hacen por la fuerza (Pérez, p. 6).

Algunas de las obras de Darwin: *El origen de las especies*, 1859
El origen del hombre, 1871

El profesor Heinz Leymann (1932-1999), fue el creador de este concepto en el contexto europeo en los años ochentas del siglo XX. Las

ideas del etólogo *Konrad Zacharias Lorenz* (etólogo austriaco, 1903- 1989, Premio Nobel de Medicina en 1973) le sirvieron de inspiración para estudiar y comprender la agresividad en el mundo del ser humano. Lorenz la estudió en el mundo de los gansos y patos.

Lorenz usó este término para referirse a los ataques de un grupo de animales pequeños con el fin de atemorizar a un animal más grande. Se extendió para comprender el comportamiento agresivo de grupos animales con el objetivo de echar al intruso del territorio.

Por extensión, se usó para estudiar la agresividad de un grupo de niños contra un niño (ambiente de escuela).

El profesor *Heinz Leymann* nació el 17 de julio de 1932 en Alemania, pero se nacionalizó como ciudadano sueco en 1955. Vivió en Suecia por largos años. Era doctor en psicología, pedagogía y también obtuvo el grado de doctor en la ciencia médica de la psiquiatría.

A principios de los 80 el profesor Leymann encontró el mismo tipo de comportamiento hostil a largo plazo en empleados y en sus lugares de trabajo. Desde entonces *Heinz Leymann* es el experto internacional más reconocido en el campo del **mobbing** en los lugares de trabajo.

Trabajó como psicólogo clínico y era profesor de ciencias del trabajo en la *Universidad de Umea*, Suecia. Llega a tratar cerca de 1300 pacientes, un número importante de ellos fueron hospitalizados en una clínica que aplicaba programas especiales con el tratamiento desarrollado por el profesor **Heinz Leymann**.

Murió en 1999 en Suecia.

En el tema del *mobbing* fue importante la contribución del médico sueco *Peter Paul Heinemann* (1931, Alemania, 2003, Suecia); y, *Dan Olweus*, psicólogo noruego, en su aplicación al ámbito escolar (bullying).

2) LAS 45 ACCIONES DE HEINZ LEYMANN

Leymann indicó 45 acciones propias del mobbing:

A) *Actividades de acoso para reducir las posibilidades de la víctima de comunicarse adecuadamente con otros, incluido el propio acosador:*

1. El jefe o acosador no permite a la víctima la posibilidad de comunicarse.

2. Se interrumpe continuamente a la víctima cuando habla.
3. Los compañeros le impiden expresarse.
4. Los compañeros le gritan, le chillan e injurian en voz alta.
5. Se producen ataques verbales criticando trabajos realizados.
6. Se producen críticas hacia su vida privada.
7. Se aterroriza a la víctima con llamadas telefónicas.
8. Se le amenaza verbalmente.
9. Se le amenaza por escrito.
10. Se rechaza el contacto con la víctima (evitando el contacto visual, mediante gestos de rechazo, desdén o menosprecio, etc.).
11. Se ignora su presencia, por ejemplo dirigiéndose exclusivamente a terceros (como si no le vieran o no existiera).

B) Actividades de acoso para evitar que la víctima tenga la posibilidad de mantener contactos sociales:

12. No se habla nunca con la víctima.
13. No se le deja que se dirija a uno.
14. Se le asigna a un puesto de trabajo que le aísla de sus compañeros.
15. Se prohíbe a sus compañeros hablar con él.
16. Se niega la presencia física de la víctima.

C) Actividades de acoso dirigidas a desacreditar o impedir a la víctima mantener su reputación personal o laboral:

17. Se maldice o se calumnia a la víctima.
18. Se hacen correr cotilleos y rumores orquestados por el acosador o el gang de acoso sobre la víctima.
19. Se ridiculiza a la víctima.
20. Se atribuye a la víctima ser una enferma mental.

21. Se intenta forzar un examen o diagnóstico psiquiátrico.
 22. Se fabula o inventa una supuesta enfermedad de la víctima.
 23. Se imitan sus gestos, su postura, su voz y su talante con vistas a poder ridiculizarlos.
 24. Se atacan sus creencias políticas o religiosas.
 25. Se hace burla de su vida privada.
 26. Se hace burla de sus orígenes o de su nacionalidad.
 27. Se le obliga a realizar un trabajo humillante.
 28. Se monitoriza, anota, registra y consigna inequitativamente el trabajo de la víctima en términos malintencionados.
 29. Se cuestionan o contestan las decisiones tomadas por la víctima.
 30. Se le injuria en términos obscenos o degradantes.
 31. Se acosa sexualmente a la víctima con gestos o proposiciones.
- D) Actividades de acoso dirigidas a reducir la ocupación de la víctima y su empleabilidad mediante la desacreditación profesional.*
32. No se asigna a la víctima trabajo ninguno.
 33. Se le priva de cualquier ocupación, y se vela para que no pueda encontrar ninguna tarea por sí misma.
 34. Se le asignan tareas totalmente inútiles o absurdas.
 35. Se le asignan tareas muy inferiores a su capacidad o competencias profesionales.
 36. Se le asignan sin cesar tareas nuevas.
 37. Se le hace ejecutar trabajos humillantes.
 38. Se le asignan tareas que exigen una experiencia superior a sus competencias profesionales.
- E) Actividades de acoso que afectan a la salud física o psíquica de la víctima.*
39. Se le obliga a realizar trabajos peligrosos o especialmente nocivos para la salud.

40. Se le amenaza físicamente.
41. Se agrede físicamente a la víctima, pero sin gravedad, a título de advertencia.
42. Se le agrede físicamente, pero sin contenerse.
43. Se le ocasionan voluntariamente gastos con intención de perjudicarla.
44. Se ocasionan desperfectos en su puesto de trabajo o en su domicilio.
45. Se agrede sexualmente a la víctima. (www.mobbing.nu)

3) ETIMOLOGÍA

Mob: plebe, populacho, gentío, multitud exaltada que rodea o asedia a alguien o a algo, de modo hostil o amistoso.

También puede significar mafia (USA)

To mob: acción de ese gentío de agolparse en torno a alguien o a algo; o, de asediar, atropellar, agredir, acosar, atacar, maltratar, en masa o en grupo a alguien.

Deriva de la expresión latina *mobile vulgus*. Transmite la idea de una muchedumbre o multitud en movimiento (Jesús Villegas).

4) CONCEPTO

De acuerdo con *Heinz Leymann* el *mobbing* es:

El psicoterror en la vida laboral que conlleva una comunicación hostil y desprovista de ética, la cual es administrada de modo sistemático por uno o varios sujetos, principalmente, contra una persona, la que a consecuencia de ese psicoterror es arrojado a una situación de soledad e indefensión prolongada, a base de acciones de hostigamiento frecuentes y persistentes.

El acoso moral en el trabajo es el ejercicio extralimitado de un poder (jurídico o de hecho) en el entorno laboral, mediante el uso sistemático, recurrente, progresivo, de la fuerza intimidatoria, que atenta contra la integridad moral (autoidentificación de la persona que le da su equilibrio) (Lydia Guevara, *El acoso moral en el trabajo*, www.enach.transnet.cu).

Es una conducta abusiva que atenta por su repetición contra la dignidad o integridad psicológica o física de una persona (o grupo de personas), poniendo en peligro su posición de trabajo o deteriorando el ambiente laboral.

Es un comportamiento abusivo, malicioso o insultante, un abuso de poder destinados a debilitar, humillar, denigrar o injuriar a la víctima. (Di Cataldo Godoy, *Mobbing laboral*, www.estudio-dictaldo.com.ar)

Este comportamiento agresivo incluye el hacer señalamientos negativos de forma continuada sobre una persona o grupo de personas, criticarlas (s) constantemente, aislar la persona dejándola sin contactos sociales, regar o difundir falsas informaciones o ridiculizarla permanentemente.

En el *mobbing* hay una persona interviniente para provocar daño en otra. Es la presión laboral que tiende a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración (Lydia Guevara, *El acoso moral en el trabajo*, www.enach.transnet.cu).

5) **ALGUNOS SINÓNIMOS DE *MOBBING***

- acoso moral o psicológico
- psicoterror
- hostigamiento laboral
- persecución encubierta
- acoso perverso
- maltrato psicológico
- violencia psíquica
- ninguno

6) **ACOSO MORAL EN EL TRABAJO** (www.afibrom.org 2002)

Durante todos los tiempos, se ha producido un hecho dentro del mundo laboral, cual es el abuso que se produce por parte del empleador sobre el empleado, o lo que es lo mismo, el abuso del superior sobre el inferior o al revés. También, sucede en un nivel horizontal: entre compañeros de trabajo en igual jerarquía.

Este hecho, patente a lo largo de la historia, ha sido soportado como algo normal dentro de las relaciones laborales durante mucho tiempo, quizá llevados por el miedo o simplemente por necesidad.

La evolución de nuestra sociedad, nos lleva en línea directa hacia una toma de conciencia sobre la dignidad de la persona y la necesidad de reivindicar los derechos individuales, innatos dentro de todos los ámbitos de la vida, incluido el puesto de trabajo.

Dentro de esta evolución nace el fenómeno “nuevo” del acoso moral en el trabajo o como normalmente se denomina “*mobbing*”.

Podemos definir el acoso moral en el trabajo, o *mobbing*, de acuerdo con su descubridor Heinz Leyman, así:

Tiempo prolongado: como un fenómeno en que una persona o grupo de personas, ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado, sobre otra persona, en el lugar del trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr finalmente que esa persona abandone el lugar de trabajo.

Dentro de esta larga definición creo que debemos tomar como elementos esenciales los siguientes:

- Violencia psicológica extrema.
- Forma sistemática y recurrente
- Perturbación del ambiente laboral
- Conseguir el abandono del puesto de trabajo.

7) FORMAS DE EXPRESIÓN

Las formas de expresión más comunes del *mobbing* son, entre otras las siguientes:

- acciones contra la reputación o la dignidad
- acciones contra el ejercicio de su trabajo
- acciones de iniquidad
- manipulación de la comunicación o la información (Rodríguez, pp. 25 a 28; Vargas, pp. 47- 58).

8) TIPOLOGÍA DEL *MOBBING*

a) *Horizontal*

Se da cuando la agresividad o el hostigamiento laboral se realiza entre compañeros del ambiente del trabajo, en los cuales ocupando un

nivel similar en la jerarquía ocupacional. El hostigamiento se da entre “iguales”.

b) Vertical descendente (***bossing***)

Se da cuando la agresividad o el hostigamiento laboral se realiza entre quienes ocupan puestos de jerarquía o superioridad respecto de la víctima. El hostigamiento se da entre “desiguales” .

c) *Vertical ascendente*

Es poco frecuente que ocurra en la realidad, pues se refiere al hostigamiento laboral que se realiza entre quienes ocupan puestos subalternos respecto de jefe victimizado. El hostigamiento se da entre “desiguales”.

Los inferiores asalariados tratan de serrucharle el piso al jefe para eliminarlo. Se puede dar una conducta de los subalternos de fuente-ovejuna (todos contra el jefe) (Abajo, pp. 31 a 39; Segura, pp. 35, 36; Vargas, pp. 76 a 87).

Félix Lope de Vega y Carpio (1562-1635). *Fuenteovejuna*, 1611-1613

9) **OBJETIVO**

En la especie animal (se recuerda lo obvio: el ser humano es parte del llamado Reino Animal), en general, la *agresividad* tiene varios objetivos, entre ellos:

- a.- delimitar el espacio o el territorio
- b.- lucha por el poder, eliminando los enfermos o los débiles
- c.- dominación de los integrantes del grupo, ya sea para obtener, ostentar, legitimar o conservar el poder
- d.- en lo que respecta al *mobbing* laboral: violencia contra un obrero de modo diario, para destruir las redes de comunicación de la víctima, su reputación y perturbar el ejercicio de las labores (Pérez, p. 6).

En este *mobbing* laboral, el objetivo es: intimidar, opacar, aplanar, amedrentar y consumir emocional e intelectualmente a la víctima, con

vistas a eliminarla de la organización o a satisfacer la necesidad de agredir, controlar y destruir, que suele presentar el hostigador (mobber) (Pérez, p. 9).

Desde el ángulo de la *sociología*, el *mobbing* laboral es una conducta desviada, respecto de lo que prescribe el control social. Por ello se entiende que existan sanciones para limitar o controlar esta conducta, pues atenta contra la cohesión y la integración de la sociedad y de los grupos sociales.

10) LO QUE NO ES EL *MOBBING* (Abajo, pp. 59 a 74).

Se diferencia el *mobbing* de otros comportamientos, como por ejemplo:

a) *Estrés laboral*

Esta figura es la respuesta fisiológica, psicológica y de comportamiento de una persona que intenta adaptarse y ajustarse a presiones internas y externas; y, que suele aparecer cuando se produce un desajuste entre el puesto de trabajo y la organización.

b) *Desgaste profesional*

El síndrome de *burn-out* (quemazón profesional, estar quemado) o de desgaste profesional. Se refiere al síndrome de agotamiento emocional, despersonalización o deshumanización y de baja realización personal, que puede ocurrir entre individuos que trabajan con personas

c) *Acoso sexual*

Es una forma de abuso que incluye el hostigamiento reiterativo y continuado de una persona con fines, métodos o motivaciones de naturaleza sexual, ejercido desde una posición de poder, físico, mental o jerárquico, generalmente en un contexto laboral, docente, doméstico o de cualquier otra índole que implique subordinación del acosado o acosada.

10) RELACIÓN DEL *MOBBING* CON ALGUNOS CAMPOS PROFESIONALES

El *mobbing* tiene una incidencia en varios campos de la vida de las personas:

- Derecho: la normativa y la jurisprudencia administrativa y judicial aplicable.
- Política: efectos en el campo electoral y la incidencia del comportamiento de las personas en los espacios, relaciones y actores de la política.
- Economía: atañe a los costos financieros y contables que tiene para las empresas, públicas o privadas, los comportamientos *mobbing* en su interior.
- Sociología y antropología: los expertos en estos campos han realizado estudios, desde su perspectiva profesional, analizando estos comportamientos de los seres humanos.
- Filosofía: también, aquí se han llevado a cabo estudios que hacen una reflexión en torno a estas acciones y actitudes humanas.
- Psicología: en este terreno se originó la reflexión acerca del *mobbing* y sus diversas manifestaciones.
- Biología: los trabajos del etólogo Konrad Lorenz fueron pioneros en este campo.
- Medicina: se refiere al tratamiento médico que este hostigamiento requiere.
- Farmacia: se refiere a los fármacos que se le recetan a las víctimas de esta clase de agresión.
- Fisicoculturismo: las estrategias a que se someten las víctimas del acoso moral para tratar de mantener un nivel de salud tolerable y aceptable.

Esto significa que los estudios sobre el *mobbing* deben ser interdisciplinarios, con el fin de tener una comprensión más adecuada y procedente sobre el mismo.

12) **NORMAS JURÍDICAS**

a.- **Constitución Política**

Artículo 56

(...) El Estado debe impedir que por causa de la ocupación se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía (...)

El texto completo de este numeral 56 dice: *el trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan una ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo.*

Con base en este numeral constitucional 56, el proyecto de ley No. 15.211 sobre el acoso psicológico y moral en el trabajo, monta sus artículos.

b.- **Tratados, Convenios, Declaraciones**

i.- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Naciones Unidas, 1948

Artículo 23.-

1. *Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.*

2. *Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.*

ii.- Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, 1948

Artículo I.- Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo II.- Todas las personas son iguales ante la ley (...)

Artículo XIV.- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes en el empleo.

Toda persona que trabaja tiene derecho a recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza, le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

iii.- Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de la Organización Internacional del Trabajo OIT, 1958.

En su *artículo primero*, se afirma que el término discriminación comprende:

Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación a los efectos de este convenio,. Los términos *empleo* y *ocupación* incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

c.- Código de Trabajo

Artículo 19

El contrato de trabajo obliga tanto a lo que se expresa en él, como a las consecuencias que del mismo se deriven según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la Ley.

En los contratos de trabajo agrícolas, por precio diario, el patrono, en las épocas de recolección de cosechas, está autorizado a dedicar al trabajador a las tareas de recolección, retribuyéndole su esfuerzo a destajo con el precio corriente que se paga por esa labor. En tal caso, corren para el trabajador todos los términos que le favorecen, pues el contrato de trabajo no se interrumpe.

Artículo 69, c)

Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus Leyes supletorias o conexas, son obligaciones de los patronos:

- c) *Guardar a los trabajadores la debida consideración, absteniéndose de maltrato de palabra o de obra.*

Artículo 81

Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:

- a) *Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, o acuda a la injuria, a la calumnia o las vías de hecho contra su patrono;*
- b) *Cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo que se ejecutan los trabajos, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores;*
- c) *Cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo (...).*

Artículo 83, b)

Son causas justas que facultan al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo:

- b) *Cuando el patrono incurra durante el trabajo en falta de probidad u honradez, o se conduzca en forma reñida con la moral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador.*

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico costarricense, la Sala Segunda ha afirmado que en el *considerando VII* del **voto 655-05**, se afirmó que: *todavía nuestro ordenamiento jurídico no ha desarrollado la figura del hostigamiento laboral, aunque existe alguna tendencia legislativa a su regulación positiva. No obstante ello, la situación del hostigamiento puede subsumirse en algunas de las normas contempladas en el Código de Trabajo que le exigen al empleador dar un trato digno al trabajador* (artículos 19, 69 inciso

c) y 83). Luego, esta Sala ya ha tenido la oportunidad de ocuparse sobre el tema. En efecto, en la sentencia número 792, de las 14:35 horas del 18 de diciembre del 2003 se hizo una extensa explicación.

d.- Ley No. 2694 de 1960 contra la discriminación en el trabajo

Artículo 1. *Prohibase toda suerte de discriminación, determinada por distinciones, exclusiones o preferencias, fundada en consideraciones sobre raza, color, sexo, edad, religión, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación o situación económica, que limite la igualdad de oportunidades o de trato en materia de empleo u ocupación.*

e.- Proyecto de ley, expediente No. 15.211: el acoso psicológico y moral en el trabajo (presentado por el ex diputado Carlos Avendaño Calvo).

Su artículo 2, nos da esta definición:

Se entiende por *acoso psicológico y moral en el trabajo*, toda aquella situación en la que una persona o varias, sean superiores jerárquicos o no, ejerzan violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo prolongado, sobre otra u otras personas en el lugar de trabajo, sea mediante comportamientos, palabras o actitudes, con el fin de degradar sus condiciones de trabajo, destruir sus redes de comunicación, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y conseguir su desmotivación laboral. Incluye el proceso de atormentar, hostigar o aterrorizar psicológicamente a otros en el trabajo.

Su numeral 3 nos indica cuáles son las manifestaciones del citado acoso:

- 1.- El aislamiento o la falta de comunicación.
- 2.- Recargo de funciones, no asignación de las mismas o asignar las que sean incompatibles con su formación.
- 3.- Difusión de rumores o de calificativos negativos, así como generar desconfianza de sus valores morales e integridad, o provocar desprestigio.
- 4.- Discriminación en razón de sexo, raza, nacionalidad, religión o idioma.
- 5.- Intervención de los medios de comunicación utilizados por el trabajador o la trabajadora, tales como teléfono, fax, correos, correos electrónicos y otros.
- 6.- Agresiones sobre sus allegados.
- 7.- Intervención en el ámbito privado y personal del acosado o acosada.
- 8.- Ejercicio de mayor presión por parte de los superiores.
- 9.- Evadir los reconocimientos a que pueda ser objeto.
- 10.- Rechazo de la víctima por razones estéticas, de posición económica o social, relegando su capacidad o potencial humano.

Su artículo 8 establece la competencia de la jurisdicción laboral:

Las demandas por acoso psicológico y moral se podrán presentar ante los tribunales laborales para que se apliquen las sanciones establecidas en la presente Ley contra la persona acusada del hecho punible.

Por lo que respecta al daño moral, el numeral 17 manda:

Cuando, mediante sentencia, se compruebe el acoso moral y psicológico, la persona ofendida tendrá derecho a una indemnización por daño moral, si ha sido acreditado, lo cual también será de conocimiento del juez de trabajo.

En lo que se refiere al ámbito de aplicación de esta posible ley, su artículo final 18 manda que:

La presente Ley se aplicará a las relaciones obrero-patronales de los sectores público y privado, así como las organizaciones internacionales con sede en el país.

El futuro de este proyecto de ley se desconoce, ya que su proponente el señor Carlos Avendaño Calvo, ya no es diputado. Sin embargo, estimo que por la importancia de la materia a corto plazo podría convertirse en ley de la República, con la misma redacción o con otra.

13) JURISPRUDENCIA

a.- Española

Debemos destacar entre otras, algunas sentencias que han tenido un especial interés en su momento, bien por su novedad o por la clarificación de conceptos que reportan;

- Así la STSJ de *Navarra* de 30 de abril, estima que el proceso de incapacidad derivado del acoso moral producido en el puesto de trabajo, es un accidente laboral.
- La Sentencia del Juzgado de lo Social 30 de *Madrid*, de 18 de marzo de 2002, donde se condena al I.M.D de Madrid, al reintegro a sus funciones del que fue su Jefe de Relaciones Externas, y abonarle una cantidad de 18.030,36E en concepto de daños morales.
- La Sentencia del Juzgado de lo Social 32 de *Barcelona*, en la que el Magistrado-Juez, desarrolla con buen criterio las peculiaridades de este tipo de procesos, donde condena a la empresa demandada a indemnizar con 7.736,30 euros , en aplicación de la extinción del contrato de trabajo.

- La Sentencia del Juzgado de lo Social 2 de *Girona* de 17 de septiembre del 2002, donde también el Magistrado-Juez realiza una reflexión acertada sobre las características de la llamada “*Presión laboral tendenciosa*”. Condena a la empresa a indemnizar con 14.041E a la trabajadora, por la provocada extinción de la relación laboral, después del acoso psicológico realizado contra la empleada, lo que la llevo a una baja laboral por depresión.

b.- Argentina

Se trata del primer caso jurisprudencial en Argentina por *mobbing*.

Provincia de Río Negro. 6 de abril del 2005.
Tribunal Superior de Justicia.

Expediente Nº 17.505/02-STJ)

Dufey, Rosario Beatriz c/ entretenimiento Patagonia S.A.

En esta sentencia, el tribunal sostuvo que la OIT reconoce al **mobbing** como concepto: es la persecución psicológica laboral.

La psiquiatra francesa *Marie France Hirigoyen* entiende como acoso moral en el trabajo, “*cualquier manifestación de una conducta abusiva y, especialmente, los comportamientos, palabras, gestos, actos y escritos que pueden atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad psíquica o física de un individuo, o que puedan poner en peligro su empleo o degradar el clima de trabajo*” (www.upcnsfe.org.ar).

Por su parte, La *Dra. Andrea Fabiana Mac Donald* en “Diario Judicial”, publicó un trabajo académico bajo el título de “*Mobbing: un nuevo fenómeno en el derecho laboral*”, en el que entre otras consideraciones, expresa:

“...Heynz Leymann, psicólogo, fue el primer experto europeo en dar una definición técnica de “**mobbing**” como el encadenamiento sobre un período de tiempo bastante corto de intentos o acciones hostiles consumadas, expresadas o manifestadas, por una o varias personas hacia una tercera: el objetivo ... un proceso de destrucción que provoca la exclusión laboral dirigida hacia una tercera persona, que en realidad es la víctima, el objetivo.

El **mobbing** es una forma de violencia discriminatoria hacia una determinada persona por parte de sus superiores o el resto de sus compañeros que afecta por igual a hombres y mujeres de todas las edades y puede llegar a causar el hundimiento psicológico. Los especialistas han definido diferentes fases del fenómeno, lo cual significa que si no se previene a tiempo puede llegar a ser causa de despido, del abandono voluntario del trabajo y hasta llevar

al suicidio a la víctima del **mobbing**. El mismo comienza a manifestarse cuando se lo obliga al trabajador a realizar trabajos contra su propia voluntad, cuando lo cambian habitualmente de ubicación, cuestionan todas sus decisiones, lo critican, dicen que tiene problemas psicológicos o simplemente lo ignoran ... se ejerce sobre el trabajador una presión psicológica teniendo como consecuencia el despido o renuncia del mismo.

Este fenómeno social debe darse en el ámbito de las relaciones laborales. Se ejerce una violencia psicológica extrema y prolongada en el tiempo. En España se lo ha calificado como –psicoterror laboral–. En cuanto a las manifestaciones mas comunes son: acciones contra la reputación o la dignidad, contra el ejercicio de su trabajo, manipulación de la comunicación o de la información... En cuanto a las consecuencias negativas del **mobbing**, éstas afectan al trabajador ya que dañan su salud física y psíquica (insomnio, estrés, depresión, etc.)... las víctimas del **mobbing** se caracterizan por reunir condiciones excelentes en su desempeño laboral... este fenómeno mencionado se compone de una serie de actos aislados realizados por los hostigadores que tienen por objetivo que la víctima se sienta atemorizada, se sienta inútil y culpable de los actos que comete debido a la inseguridad que crece dado el hostigamiento que padece [...] *En Argentina este término está poco difundido y no existe legislación al respecto*".

Se debe destacar que el **mobbing** puede ser ejercido en forma vertical y horizontal. El primero de ellos es el que ejecuta el empleador o un superior jerárquico contra el trabajador y mediante el cual se pretende el retiro del obrero de la empresa, por resultar su presencia incómoda.

Dicha '*incomodidad*' puede obedecer, entre muchas otras causas, a la eficiencia del atacado, a su elevado nivel intelectual, a una posibilidad de ascenso o por contar con una lucidez que a las claras excede a la del *mobber*. La segunda hipótesis es la que se genera entre pares, es decir, entre trabajadores, pues ven en la víctima un probable y futuro rival laboral, con mejores condiciones de ascenso y progreso que las propias.

La Dra. Mac Donald agrega:

“el **mobbing** tiene como consecuencia la exclusión definitiva del trabajador del ámbito laboral en donde se desempeña [...]. Soy de opinión que el mismo es un acoso laboral sufrido por el trabajador que bien tiene componentes psicológicos que llevan a la víctima del **mobbing** a la autodestrucción psicológica y/o física”.
(www.diariojudicial.com).

Este tribunal le dio la razón a la demandante, la cual había sido despedida de su trabajo. Quedó establecido en sentencia que la obrera había sido despedida por la enfermedad que fue consecuencia del conflicto laboral y

las repetidas acciones de descalificación del hostigador, que además se negó a recibir los certificados médicos que la actora le quiso entregar y no pudo por la negativa del demandado. Se probó la persecución laboral de la cual fue víctima la actora (Andrea Mac Donald, *Mobbing: un nuevo fenómeno en el derecho laboral*. www.diariojudicial.com).

c.- Costarricense

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia

De acuerdo con el **voto 338-03**, esta Sala subsumía el daño moral que el obrero u obrera sufría por causa del mobber en los daños y perjuicios del artículo 82 del Código de Trabajo.

Considerando XII: por consiguiente, la indemnización por daño moral pretendida por la actora no puede otorgarse fuera del sistema tarifado propio del ordenamiento jurídico vigente. Procede, entonces, desestimar este otro extremo de su petitoria.

Artículo 82, párrafo segundo del Código de Trabajo

Si con posterioridad al despido surgiere contención y no se comprobare la causa del mismo, el trabajador tendrá derecho a que se le paguen el importe del preaviso y el del auxilio de cesantía que le pudieran corresponder y, a título de daños y perjuicios, los salarios que habría percibido desde la terminación del contrato hasta la fecha en que de acuerdo con los términos legales para tramitar y resolver, haya debido quedar firme la sentencia condenatoria en contra del patrono.

Voto 792-03

Considerando V. El mobbing –acoso laboral– una aproximación conceptual

Cita a Heinz Leymann y a Marie-France Hirigoyen como autoridades en este campo.

Indica una de las definiciones conocidas de mobbing: toda conducta (gesto, palabra, comportamiento, actitud...) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integración psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo.

Asimismo, cita el informe de la Organización Internacional del trabajo (OIT), de 1998 sobre *la violencia en el trabajo* (www.ilo.org).

Voto 342-04

Considerando VIII.

De acuerdo con el inciso c), del numeral 69 del Código de Trabajo, todo patrono está obligado a guardar a los trabajadores la debida consideración; es decir, debe brindarles *un trato acorde con su dignidad humana*. No es posible aceptar que los empleadores dispongan de la fuerza laboral a su antojo, desatendiendo las necesidades personales y familiares del empleado, como si se tratara de un objeto o mercancía, al punto de decirle, como sucedió en el caso de análisis, que ni siquiera le exponga sus problemas (nota de folio 5).

Esa actitud patronal, de por sí abusiva, incluso puede ser constitutiva de lo que se ha denominado acoso moral en el trabajo, conocido también como “**mobbing**”, porque, precisamente se recurre a un abuso evidente del poder jerárquico para intentar someter al trabajador. Para Heinz Leymann, psicólogo de origen alemán, éste lo constituyen “...actitudes hostiles, frecuentes y repetidas en el lugar de trabajo, dirigidas a una misma persona” (*Márquez Garmendia (M) Acoso moral en el trabajo en Derecho Laboral, Tomo XLVI, N°210, abril-junio 2003, p. 316*). En esa misma obra, se cita a la psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen, quien define el acoso moral como “toda conducta (gesto, palabra, comportamiento, actitud...) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o la integración psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo” (Op. cit., páginas 316 y 317). Los jueces están obligados a sancionar estas prácticas contrarias a la dignidad del ser humano, en procura de mantener ambientes de trabajo libres de violencia y previniendo conductas que puedan generar en daños aún más graves, a veces irreversibles, para el trabajador.

Voto 692-04

Considerando IX. El *mobbing*: hostigamiento o acoso laboral.

IX.- EL MOBBING: HOSTIGAMIENTO O ACOSO LABORAL. La parte actora interpone recurso ante esta sede, alegando que no se ha demostrado las causales en que se fundamentó la demandada para despedirla. Todo lo contrario, indica que ha cumplido fielmente el compromiso asumido por ella y su expatrono en el Ministerio de Trabajo; presentando los informes correspondientes a sus labores, pero bajo el formato que ella ideó. Aduce que ha sido hostigada por los representantes patronales a tal punto, que se han negado a recibirle los informes antes citados, obligándola a recurrir a su envío a través de correo certificado. Sobre este tema cabe señalar que, la violencia en el trabajo ha sido durante mucho tiempo ignorada, solo recientemente, ha comenzado a merecer atención como un serio problema de seguridad y salud, con un alto costo para las víctimas, las empresas, y en general, para la sociedad, de ahí que, en la actualidad se ha denominado “la plaga del siglo XXI”. El término “*Mobbing*” conocido también como acoso moral, psicoteror, hostigamiento

laboral, persecución encubierta, intimidación en el trabajo, maltrato psicológico o violencia psíquica, proviene del verbo inglés "to mob" lo que significa "atacar, maltratar, atropellar, asediar" (puede consultarse "Mobbing", en www.iespana.es/acoso-moral/documentos). En la década de los ochenta, Heinz Leymann, psicólogo de origen alemán radicado en Suecia, introdujo este para referirse al acoso en los lugares de trabajo. Para Leymann el Mobbing son "actitudes hostiles, frecuentes y repetidas en el lugar de trabajo, dirigidas a una misma persona" (Márquez Garmendia, M. "Acoso moral en el trabajo en Derecho Laboral. En Derecho Laboral Tomo XLVI, No 2210, abril-junio 2003, p. 316). En otras palabras, se trata de un "tipo de situación comunicativa que amenaza con infligir al individuo graves perjuicios psíquicos o físicos". El "Mobbing" es un proceso de destrucción; se compone de una serie de actuaciones hostiles que, tomadas en forma aislada, podrán parecer anodinas, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos" (Mobbing.Ibidem). Se ha conceptualizado también, como "el conjunto de acciones sistemáticamente realizadas, con manifiesta intención de afectar el bienestar y enfocadas sobre un individuo o grupo de individuos en la organización, a fin de ocasionar molestia". (véase Gómez Mena A. "Hostigamiento psicológico laboral: una amenaza para las organizaciones" en [http:// www.suratep.com/articulos/220](http://www.suratep.com/articulos/220)). Por su parte, el Sindicato OTPRL-UGT de Cataluña, España, se refiere al acoso moral o "Mobbing" cuando "se ejerce una violencia psicológica externa, de forma sistemática y prolongada en el tiempo, sobre otra persona en el lugar de trabajo, con el fin de destruirla psicológica y socialmente y provocar así, su renuncia o inducirla a su dimisión. Se trata, en definitiva, de conductas agresivas y abusivas, especialmente de palabra, actos y gestos que pueden atentar contra la personalidad, la dignidad, o la integridad psíquica de una persona, o que puedan hacer peligrar su puesto de trabajo o degradar el clima laboral". En 1998, ante el incremento de los problemas laborales a nivel mundial producidos por el "Mobbing", la Organización Internacional del Trabajo OIT publicó el informe "Violencia en el Trabajo" ("InFocus Programme on Safety and Health at work and the Environment. Safe Work: Violence at Work"), donde se concluyó, que el costo de la violencia en el trabajo, no sólo tiene un efecto inmediato en la víctima sino también un efecto dominó sobre terceros, sea de manera directa e indirecta, sobre la empresa y sobre la comunidad. Pero el impacto y costo de la vida en el trabajo afectan también otros niveles: A) De la vida de los trabajadores: del resultado de la violencia y la humillación, usualmente se produce la desmotivación, la pérdida de confianza y de la auto-estima, la depresión, furia, ansiedad e irritabilidad. En el mismo sentido, se produce estrés, y si la causa de la violencia no se elimina o no se busca la ayuda adecuada para su tratamiento, esos síntomas son propicios para desarrollar enfermedades, desórdenes físicos, problemas de tabaco, alcohol, o abuso de drogas, que pueden conducir a accidentes laborales, invalidez, y eventualmente al suicidio. B) En el lugar de trabajo: la violencia puede generar problemas en las relaciones interpersonales, en la organización y en el ambiente general del trabajo. Puede reducir la eficiencia y la productividad laboral, el deterioro del producto laboral, la pérdida de la imagen corporativa o la reducción del número de

clientes. C) En la comunidad: produce problemas de salud, con los costos que ello acarrea, principalmente en la rehabilitación de la víctima, el desempleo, la violencia y la desestabilidad. (Ver **Voto No 792-2003** de las 14:45 horas del 18 de diciembre del 2003).

Voto 655- 05

Considerando VII.- EN RELACIÓN CON LA CAUSA INVOCADA COMO JUSTIFICADA PARA PONER FIN A LA RELACIÓN DE SERVICIO, CON RESPONSABILIDAD PATRONAL Y EL COBRO DE CESANTÍA: El recurrente sostiene que medió una indebida valoración de los elementos probatorios y considera errónea la conclusión del órgano de alzada, en el sentido de que su representado tenía un inusitado interés por dejar su cargo. Sostiene que la decisión del actor, de poner fin a la relación de servicio, estuvo sustentada en una serie de maltratos y persecución laboral, que puede enmarcarse en el concepto general conocido como *hostigamiento laboral o “mobbing”* (...)

a) Sobre el acoso laboral: Analizadas las pruebas que constan en los autos la Sala no considera, como lo apunta el recurrente, que el accionante haya sido objeto de hostigamiento laboral alguno, que le permitiera poner fin a la relación de servicio, con responsabilidad del ente empleador. Mucho menos que el proceder de los entonces jefes del Poder Judicial haya tenido como finalidad causarle perjuicios económicos, psicológicos, sociales y en su desarrollo profesional. El término **“mobbing”** (o acoso moral en el trabajo), invocado por la parte actora en su recurso, procede del verbo inglés **“to mob”** que significa “asaltar” o “acosar”. (María de los Ángeles López Cabarcos y Paula Vásquez Rodríguez. *“Mobbing. Cómo prevenir, identificar y solucionar el acoso psicológico en el trabajo”* (Madrid, Ediciones Pirámide, 2003, p. 50). El acoso moral en el trabajo ha sido definido por Leymann, como una *“situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media durante unos 6 meses) sobre otra persona o personas, respecto de las que mantiene una relación asimétrica de poder, en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”*. (María Dolores Rubio de Medina. *“Extinción del contrato laboral por acoso moral –mobbing–.”* (Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2002, pp. 10-11). El hostigamiento puede ser vertical, horizontal o mixto. Es *vertical* cuando la conducta hostigadora proviene del jefe (esta modalidad se conoce como “bossing”). Es *horizontal* cuando el acoso es provocado por los propios compañeros y el mixto se da por una combinación entre el acoso propiciado por la jefatura –por acción u omisión– y los compañeros. De conformidad con la doctrina, esta última modalidad es la habitual (ídem, pp. 12-13). Luego, de la concepción doctrinal del **“mobbing”** se desprenden varias características comunes, entre las que se señalan:

- a) *La intencionalidad:* tiene como fin minar la autoestima y la dignidad del acosado.

- b) *La repetición de la agresión*: se trata de un comportamiento constante y no aislado.
- c) *La longevidad de la agresión*: el acoso se suscita durante un período prolongado.
- d) *La asimetría de poder*: pues la agresión proviene de otro u otros quienes tienen la capacidad de causar daño.
- e) *El fin último*: la agresión tiene como finalidad que el o la trabajadora acosada abandonen su trabajo (López Cabarcos y Vásquez Rodríguez, *op. cit.*, p. 51).

Estas mismas autoras señalan los *diez comportamientos más frecuentes que evidencian la existencia del hostigamiento moral, entre los que incluyen*:

- 1) *Asignar trabajos sin valor o utilidad alguna.*
- 2) *Rebajar a la persona asignándole trabajos por debajo de su capacidad profesional o sus competencias habituales.*
- 3) *Ejercer contra la persona una presión indebida o arbitraria para realizar su trabajo.*
- 4) *Evaluar su trabajo de manera inequitativa o de forma sesgada.*
- 5) *Desvalorar sistemáticamente su esfuerzo o éxito profesional o atribuirlo a otros factores o a terceros.*
- 6) *Amplificar y dramatizar de manera injustificada errores pequeños o intrascendentes.*
- 7) *Menospreciar o menoscabar personal o profesionalmente a la persona.*
- 8) *Asignar plazos de ejecución o cargas de trabajo irrazonables.*
- 9) *Restringir las posibilidades de comunicarse, hablar o reunirse con el superior.*
- 10) *Ningunear, ignorar, excluir o hacer el vacío, fingir no verle o hacerle "invisible". (López Cabarcos y Vásquez Rodríguez, op. cit., p. 57).*

Todavía nuestro ordenamiento jurídico no ha desarrollado la figura del hostigamiento laboral, aunque existe alguna tendencia legislativa a su regulación positiva. No obstante ello, la situación del hostigamiento puede subsumirse en algunas de las normas contempladas en el *Código de Trabajo* que

le exigen al empleador dar un trato digno al trabajador (*artículos 19, 69 inciso c) y 83*). Luego, esta Sala ya ha tenido la oportunidad de ocuparse sobre el tema. En efecto, en la sentencia número **792**, de las 14:35 horas del 18 de diciembre del 2003 se hizo una extensa explicación.

Sala Constitucional

Voto 592- 04

Considerando II.- Objeto del recurso. El recurrente acusa la violación a sus derechos fundamentales, reconocidos en los *artículos 11, 39, 41, 56 y 192 de la Constitución Política*, por cuanto el Viceministro de Agricultura y Ganadería, arbitrariamente traslado al recurrente a un puesto desconocido por él, por supuestas acusaciones falsas hechas por su superior inmediato en un procedimiento administrativo con el fin de desprestigiarlo y afectar su dignidad, eliminándole funciones, desmantelándole su oficina y quitándole el llavín, para que él no pudiera entrar. Tal situación, según el promovente, es violatoria de sus derechos fundamentales, toda vez que el Ministerio recurrido representado en la persona del Viceministro de esa cartera lo removió injustamente de su puesto, sin seguir el debido proceso correspondiente y sin otorgarle ninguna función por lo que se encuentra en una *difícil situación moral y psicológica*.

Considerando V.- *En el caso en estudio, de manera intempestiva se le comunicó al accionante que sería trasladado de puesto, puesto que tal comunicación no se hizo hasta el diez de setiembre de dos mil tres y el traslado entraba a regir el doce del mismo mes, según el oficio DVM 385/2003. de este traslado no se dio audiencia al funcionario, ni se le indicó que cuando regresara de vacaciones no tendría oficina, ni el equipo que utilizaba para desempeñar su cargo, pues todo lo que se encontraba en ese espacio físico fue llevado a otro sitio. Ello torna a todas luces abusiva la acción de la Administración y obliga a estimar el presente amparo, lo que implica la anulación del traslado efectuado y la restitución del amparado en el pleno goce de sus derechos fundamentales, debiendo el recurrido reincorporar a German Carranza Castillo en el puesto y oficina que ocupaba, con todos los materiales y equipos con los que contaba antes del traslado en cuestión. Se declara con lugar el recurso.*

CONCLUSIÓN

Esta clase de agresividad u hostigamiento en el ámbito laboral o de los recintos educativos, se está extendiendo cada vez más, tanto a nivel internacional como en nuestro país.

De ahí que mantenga su vigencia la frase de Leymann:

En las sociedades de nuestro mundo occidental el lugar de trabajo constituye un campo de batalla en el que una persona puede matar a otra sin ningún riesgo de ser procesado ante un tribunal.

Es probable que dentro de poco tiempo en Costa Rica se emita una ley sobre el *mobbing*, teniendo como base el borrador del proyecto, expediente legislativo No. 15.211.

Por lo que respecta a nuestra jurisprudencia de la Sala Segunda y de la Sala Constitucional, cabe decir que va en la dirección correcta como lo prueban sus sentencias respectivas, aplicando el Código de Trabajo y la ley 2694 del 22 de noviembre de 1960 sobre la prohibición de discriminación del trabajo.

A nivel nacional e internacional existe una preocupación fundamental propia del campo de los derechos humanos, los cuales son violados con esta clase de hostigamiento y agresión laboral o escolar.

GLOSARIO

Acosar: Perseguir sin tregua, ni reposo; estrechar, acorralar, arrinconar, hostigar, molestar, incomodar.

Acosamiento: Persecución, insistencia que fatiga en el trabajo, importunar.

Acosado: Perseguido con tesón, estrechado, acorralado, molestado.

Acoso sexual: Conductas de naturaleza sexual, de expresión física, verbal o no verbal, que son propuestas o impuestas a personas sin su consentimiento, especialmente, en su lugar de trabajo, y que atentan contra su dignidad y violan su libertad individual.

El que tiene por objeto obtener los favores sexuales de una persona cuando quien lo realiza abusa de su posición de superioridad sobre quien lo sufre.

Ambiente laboral: Aquel en el cual los trabajadores se desarrollan. Es su entorno en el cual desenvuelven su vida en el marco de sus relaciones laborales.

Biología: Ciencia que trata de los seres vivos.

Blockbusting: Resultado de la fusión de dos términos: block, bloque de pisos; y, busting de to burst, reventar. Proviene de la jerga militar, que designa un tipo de explosivo descargado por los bombarderos para reducir a escombros barriadas enteras. Se trata de una especie de mobbing: el inmobiliario. Se aplica a la práctica de los especuladores, que presionan a los habitantes de viviendas codiciadas para que las abandonen, y luego adquirirlas a bajo precio, lucrando con la reventa. Aquí se mueven grandes intereses inmobiliarios.

Bossing laboral: Acoso moral de parte del patrono o de sus representantes para deshacerse de uno o varios empleados.

Bournot: Estado de agotamiento al que llegan algunas personas sometidas a ciertas condiciones laborales. El estado específico de la persona sujeta al acoso moral o psicológico se llama mobbing. Esta es la especie y bournot es el género.

Bullying: Intimidación, matonear, amedrentar. Este vocablo se usa más por ingleses y australianos. Se utiliza para describir comportamientos hostiles en el ambiente escolar.

Conducta ofensiva mediante acciones humillantes, crueles, vengativas, maliciosas para subestimar o denigrar a una persona o a un grupo de empleados. Estos ataques son impredecibles, irracionales y no deseados. Es una práctica de dirección consistente en colocar a los trabajadores bajo presión constante, sujetos de bromas groseras, marginación o exclusión.

Burn out: Síndrome de estar “quemado”. Es una manifestación del desgaste personal del trabajador, quien se sume en un trastorno ansioso, como efecto de la interacción permanente, diaria, entre el trabajo que realiza y sus especiales circunstancias que lo distinguen como persona

Etología: Parte de la *biología* que estudia el comportamiento de los animales.

Mobbing laboral: En Europa y Estados Unidos se usa para describir la agresividad en el ambiente laboral. Dejando el **bullying** para el ambiente escolar.

La agresión o el ataque psicológico o moral que sufren unas (os) obreras (os), en su ambiente de trabajo generado por compañeros (as) o por sus jefes.

Concepto ideado desde la Psicología. Coinciden los psicólogos en definirlo como episodios sistemáticos y reiterados de agresión psicológica urdidos con la finalidad de destruir a la víctima por una o varias personas.

Mobber: El agresor u hostigador.

Síndrome: Conjunto de síntomas de una enfermedad.

Stress laboral: Conjunto de reacciones emocionales, cognoscitivas, fisiológicas y del comportamiento a ciertos aspectos adversos o nocivos del contenido, la organización o el entorno del trabajo. Representa sobrecarga psicofísica, que obliga al organismo a poner en marcha sus mecanismos biológicos y fisiológicos para la adaptación y defensa de las agresiones de ese entorno.

Whistleblowing: Las empresas toman represalias contra aquellos que hacen denuncias públicas y/o legales, poniendo en evidencia los problemas de la organización.

BIBLIOGRAFÍA

- Abajo, Francisco. *Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral* (Buenos Aires: LexisNexis, 2004).
- Boudon, Raymond; Francois Borricaud. *A Critical Dictionary of Sociology* (Chicago: The University of Chicago Press, 1989).
- Elizondo, Armando. *Mobbing: acoso moral y psicológico en el trabajo* (San José: Revista Sala Segunda, No. 1, 2005, Poder Judicial, Costa Rica).
- Escudero, José. *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia laboral* (Barcelona: Bosch: 2004).
- Jimeno, Ramón. *La presión laboral tendenciosa* (Valladolid: LexNova, 2005).
- Góngora, Juan; et al. *Acoso psicológico en el trabajo: mobbing* (Navarra, España: Gobierno de Navarra, Instituto Navarro de Salud Laboral, 2002).
- Hillmann, Kart-Heinz. *Diccionario enciclopédico de sociología* (Barcelona: Herder, 1994).
- Hirata, Helena et al. *Diccionario crítico del feminismo* (Madrid: Síntesis, www.sintesis.com, 2002).
- Hirigoyen, Marie-France. *El acoso moral en el trabajo* (Barcelona: Paidós, 2001).
- Laurent, Eric. *El pensamiento de Konrad Lorenz* (Buenos Aires: Huemul, 1977).
- Leymann, Heynz. *Mobbing: la persecution au travail* (Paris: Seuil. Paris 1996).

- López, María A.; Paula Vázquez. *Cómo prevenir, identificar y solucionar el acoso psicológico en el trabajo* (Madrid: Eds. Pirámide, 2003).
- Lorenz, Konrad. *El comportamiento humano animal y humano* (Barcelona: Plaza – Janes, 1972).
- Consideraciones sobre las conductas animal y humana* (Barcelona: Plaza – Janes, 1974).
- Decadencia de lo humano* (Barcelona: Plaza – Janes, 1985).
- Sobre la agresión: el pretendido mal* (Madrid: Siglo XXI, 1971).
- Evolución y modificación de la conducta* (Madrid: Siglo XXI, 1971); y, Paul Leyhausen *Biología del comportamiento* (Madrid: Siglo XXI, 1973).
- Luelmo, Miguel. *Acoso moral o mobbing* (Madrid: Revista Española del Derecho del trabajo, No. 115, 2003).
- Luna, Manuel. *Acoso psicológico en el trabajo* (mobbing). (Madrid: Unión Sindical de Madrid, 2003).
- Montero, Fernando. *El daño moral* (San José: Impresión gráfica del Este, 2002).
- Olweus, Dan. *Conducta de acoso y amenaza entre escolares* (Madrid: Morata, 1998).
- Pacheco, Máximo. *Los derechos humanos. Documentos básicos* (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1987).
- Pérez, Xinia. *Mobbing: acoso u hostigamiento laboral* (Heredia: inédito, 2006).
- Piñuel y Zavala, Iñaki. *Mobbing. Cómo sobrevivir el acoso psicológico en el trabajo* (Santander, España: Ed. Sal Terrea, 2001).
- Pursell, Geil. *School Mobbing and Emocional Abuse* (London: Routledge, 2004).
- Rodríguez, Nora. *Mobbing: vencer el acoso moral* (Madrid: Planeta, 2002).
- Ross, Marjorie. *Acoso laboral* (San José: El Financiero No. 579, 21 a 27 agosto 2006, p. 54).
- Sau, Victoria. *Diccionario ideológico feminista* (Barcelona: Icaria, dos tomos, 2000).
- Segura, Juan. *Mobbing u hostigamiento laboral* (San José: revista Iustitia, No. 211- 212, 2004).

Uña, Octavio; Alfredo Hernández. *Diccionario de sociología* (Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, editorial ESIC, 2004).

Vargas, Oscar. *El acoso moral y psicológico en el trabajo y el acoso sexual: análisis comparativo* (San José: tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad Central, 2004).

Internet

Blanco Barea, María. *El acoso está tipificado como delito; La dignidad y el mobbing en un Estado social y democrático de derecho.*
<http://elrefugio-web.org>.

Barón Duque, Miguel. *El poder y el mobbing; La espiral y el mobbing.*
<http://elrefugio-web.org>.

Di Cataldo Godoy. *Mobbing laboral*, www.estudio-dictaldo.com.ar

González, José Luis. *El maltrato psicológico*, www.mobbing.nu

Lydia Guevara. *El acoso moral en el trabajo*, www.enach.transnet.cu

Mac Donald, Andrea. *Mobbing: un nuevo fenómeno en el derecho laboral.*
www.diariojudicial.com.

Villegas, Jesús. *Teoría penal del acoso moral: mobbing, bullying, blockbusting*
(www.Mobbingopinion.bpweb.net)

www.mobbingopinion.net

www.lasbarricadas.net

www.wordreference.com

www.asacamt.es

www.acosomoral.org

www.tdx.cesca.es

www.dialnet.unirioja.es

www.mobbingopinion.bpweb.net

www.wikipedia.com

www.monografias.com

www.juridicas.com

www.el-refugio.net

www.justiniano.com

www.mobbing.nu

www.diariojudicial.com

www.extremaduraaldia.com

www.asacamt.es

www.centrojovellanos.com

www.prevention-world.com

DE LA INDETERMINACIÓN DE LA CORRUPCIÓN Y SUS DESCONTROLES

M.Sc. Pablo Barahona Krüger⁽¹⁾

(Recibido 27/10/05; aceptado 05/04/06)

(*) El autor se licenció en la UCR con un estudio investigativo sobre la corrupción e impunidad que le habilitó para continuar investigando y produciendo sendas publicaciones sobre estos temas, incluido su libro "Corrupción e impunidad: correlaciones e implicaciones". Posee una Maestría en Derecho Constitucional y actualmente se desempeña como Abogado Consultor y Litigante. Es profesor de derecho de la UCR y dirige los esfuerzos de fundación del Centro Académico de Lucha Anticorrupción y Fortalecimiento de la Democracia (CALAFODE).

RESUMEN

El sugerente juego de palabras que por su título orienta el contenido desarrollado en este trabajo, no obedece a un deseo antojadizo ni mucho menos comprende un sinsentido, sino que, muy por el contrario, delimita con toda claridad la intención crítico-propositiva con que se ensaya y redondea lo escrito para enmarcar conceptualmente la corrupción y evidenciar la ausencia de controles formales ciertos y efectivos en la lucha contra la corrupción en Costa Rica.

Si bien por un lado es ostensible que, al menos en Costa Rica, se “cuenta” con una institucionalidad demacrada y apócrifa, ausente en el detalle y errática en lo macro, lo cierto es que por otro es esa la inconstitucionalidad que, al menos en el papel, “controla” una corrupción que, igualmente y por lo demás, se muestra descontrolada.

Palabras clave: Corrupción, impunidad, control, descontrol, ética, poder, abuso, contraloría, procuraduría, fiscalía, derecho, política, filosofía, sistemas, subsistemas, suprasistemas, legalidad, responsabilidad.

ABSTRACT

The suggestive play on words that anticipates the content of this article is not whimsical or some kind of nonsense; quite the contrary, it very clearly delineates the proactive and critical intention in addressing and conceptualizing its content in order to frame the concept of corruption and make the lack of real, formal and effective controls in the fight against corruption in Costa Rica evident.

Although it is ostensibly clear that, at least in Costa Rica an emaciated and apocryphal institutionalism, lacking in detail and erratic at the macro level is available, the fact is that such institutionalism, at least on paper, "controls" a kind of corruption that seems likewise out of control.

Key words: Corruption, impunity, control, ethics, power, abuse, law, politics, philosophy, subsystems, supra systems, legality, responsibility.

SUMARIO:

1. Introducción
2. Sobre la bivalencia y correlatividad de la corrupción
3. Precisiones conceptuales y fenomenológicas sobre la corrupción y su correlato: la impunidad
4. Breves apuntes sobre ética y corrupción
5. Los mecanismos de descontrol

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es quizá uno de los términos más manidos y por tanto indeterminados que pueda identificar cualquier cientista social, en cuenta el buen jurista, al profundizar en su estudio. Solo la democracia, la libertad y el libre comercio, términos que tampoco pasan de moda, sufren a nivel conceptual, tal grado de indeterminación.

Entender el fenómeno de la corrupción, no como algunos políticos oportunistas y uno que otro académico superficial, sino con seriedad y vocación científica, es una tarea aún pendiente en Costa Rica.

En nuestro medio, ante el vacío de estudios serios y con algún grado de contundencia científica sobre tan particular e implicante vicio social, bien viene el intento de quienes, emulando la seriedad de los corruptólogos europeos y aún norteamericanos⁽¹⁾ que se han dado a la tarea de estudiar con alto grado de completos el fenómeno de la corrupción, venimos estudiándolo desde hace algunos años con criticidad e inclinación academicista.

La profundidad del problema impide que su abordaje se limite al estudio casuístico o a la afirmación especulativa. Sus graves implicaciones, tanto a nivel político, como económico y jurídico, convierten su estudio en obligación, no solo académica, sino también ética.

La omitida referencia a tan triste fenómeno en los programas de estudio de las carreras universitaria y muy particularmente de aquellas relacionadas al manejo del poder –entiéndase: derecho, ciencias políticas y economía para empezar–, resulta muy conveniente para que “el negocio” de la corrupción se conserve y fortalezca. La ignorancia es siempre la mejor patente de curso para lo incorrecto.

Así es como tenemos estudiantes, pero aún más grave, profesionales, que al hablar de corrupción no saben realmente de que están hablando, al menos no en un nivel discursivo académico-

(1) En varios países se han fundado centros de lucha contra la corrupción, cuyos brazos académicos se componen incluso de una oferta académica que incluye maestrías y doctorados sobre corrupción. En Costa Rica, existe la iniciativa CALAFODE (Centro Académico de Lucha Anti-corrupción y Fortalecimiento de la Democracia) adscrita a la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

dogmático. Muy por el contrario, su proximidad al tema se la deben a la inmediatez de los apuntes periodísticos que abundan, tanto en número como en ligereza, sobre el tema. Así es como, lo publicado en medios colectivos de comunicación, es lo que ha formado y forma a los “académicos” sobre este tema, por lo demás, demasiado complejo –como casi todo fenómeno relacionado con el ejercicio del poder–, para ser reducido al siempre superficial análisis periodístico.

El riesgo de tal grado de inconciencia de los futuros y actuales tomadores de decisiones, e incluso de los ejecutores (aplicadores de esas decisiones), es el abono más fértil para la corrupción. Ignorar qué es realmente corrupto y que no lo es, redundará en que nada lo sea. Ya lo decía Beauvoir: “Nadie es un monstruo si lo somos todos”.

De ahí la necesidad de allanar el camino y definir seriamente, sin espejismos políticos ni cálculos pasionales, sino solo desde la claridad de la ciencia jurídica, qué es corrupción y qué no, cuáles son sus expresiones más comunes y cómo abordarlas desde un plano combativo. Para ello estos apuntes que suscribo con anteojos de jurista en el entendido de que procuraré, en torno a este tema, pincelar algunas ideas que me parece importante sentar como bases de conocimiento para quien se proponga ahondar en lo relativo y correlativo a la corrupción, de la cual diré como primer aporte, que es un fenómeno multirelacional, es decir: se compone de una serie de variables tocantes a lo jurídico, sociopolítico, económico, psicológico y hasta filosófico, si consideramos el componente ético en su definición.

2. SOBRE LA BIVALENCIA Y CORRELATIVIDAD DE LA CORRUPCIÓN

Para algunos, la corrupción es también un fenómeno bivalente, incluso las teorías utilitaristas defienden la corrupción como una herramienta útil –quizá la única– ante sistemas colapsados por excesivas burocracias o significativas ineficiencias.⁽²⁾

No es correcto, desde un enfoque académico, hablar de corrupción sin considerar su correlato: la impunidad. Ambos vicios se

(2) Mediante el “dilema del prisionero” se explica como los unos se ven forzados a corromper para poder competir con los otros, con aquellos que sobornaron primero y han “triunfado” en virtud de ello.

tienden puentes de interdependencia que más adelante podremos develar. Sin embargo, bien cabe adelantar que ninguna iniciativa que pretenda afrontar el problema de la corrupción, superará su condición de salud a la bandera si no se acoraza –igualmente quiero decir: sino se acompaña– con una dosis equivalente de oposición a la impunidad.

De esta manera y antes de profundizar en las afirmaciones esbozadas hasta ahora, parece oportuno y necesario ensayar una introducción definitoria o conceptual que nos permita delimitar la materia propuesta: la corrupción.

Como se ve, tanto este vicio como la impunidad, se constituyen como fenómenos altamente complejos, cuya fenomenología debe ser abordada interdisciplinariamente y, por supuesto, con algún grado de profundidad, dado que, de lo contrario, podría incurrirse en el error que se compone siempre a partir del parcialismo y la superficialidad, considerando en ese orden que, como bien decía **Pascal**: *“Todo error proviene siempre de una exclusión”*.

Con la corrupción, hay que decirlo –o si se prefiere: escribirlo–, no se juega; no es un asunto de modas que pueda abordarse desde los subjetivismos que tanto daño han impelido a las ciencias sociales cuando sus científicos han incurrido en la barbarie académica de trasladar o imponer sobre el objeto de estudio sus propios deseos y frustraciones. La objetividad en el análisis debe resultar del razonamiento conciente y permanente.

En lo siguiente, correspondo con algunas definiciones que permitan superar la avasallante indeterminación semántica que gira en torno a lo que habrá de entenderse cuando se citen las voces: corrupción e impunidad.

3. PRECISIONES CONCEPTUALES Y FENOMENOLÓGICAS SOBRE LA CORRUPCIÓN Y SU CORRELATO: LA IMPUNIDAD

Se pospondrán así las consideraciones politológicas en que habrá de incurrirse ineludiblemente más adelante, toda vez que este aporte puede lograr mayor consideración si, en lo siguiente, se centra en procurar una definición dogmática de lo que ha de entenderse por corrupción y así llamar a la cordura con el fin de que no se considere corrupta una conducta que no lo es, ni se deje de considerar, por el contrario, otra que si lo es.

Como primera aproximación debe estarse claro en algo: no toda violación a la ley es corrupción. Es decir, si bien en sentido lato corrupción es sinónimo de malversación y corromper lo es de torcer, de alterar o viciar, lo cierto es que en orden estricto cuando se habla de corrupción en términos jurídicos, debe colegirse aquello que componga *“una desviación, ya sea en beneficio de uno o varios particulares, de la autoridad establecida para salvaguardar los intereses de una colectividad que bien puede ser privada o pública”*.⁽³⁾

Otra definición que parece oportuno compartir es aquella que define corrupción como *“la utilización de un poder otorgado por un tercero para el interés personal del cesionario, interés distinto del que persigue el titular del poder cedido. En el caso de la pública se constituye por la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando este difiere del general a que toda actuación pública se debe por mandato”*.⁽⁴⁾

Y se concluye el compendio de definiciones que se viene ensayando sosteniendo que *“la corrupción ha de ser entendida como la inobservancia de la legislación, por parte de aquellos funcionarios públicos que se encuentran en posición de garantes de la aplicación efectiva de la misma y de aquellos sectores civiles (empresas –incluidos los medios de comunicación–, partidos políticos, sindicatos, o ciudadanos) que lejos de exigir el cumplimiento del derecho, se constituyen en corruptores, instigando por medio de presiones o dádivas, la comisión de actos de carácter ilícito que uno a uno componen el gran bulto de la corrupción”*.⁽⁵⁾

La corrupción es un fenómeno multiforme cuyas expresiones varían dependiendo de la materia o el sujeto. Es así como para el acervo puede considerarse la corrupción:

- Pública
- Política
- Electoral

(3) Barahona Pablo. *Corrupción e impunidad: correlaciones e implicaciones*. Editorial Jurídica Continental. San José, 2004, p. 60.

(4) Barahona. *Op. cit.*, pp. 64-65.

(5) Barahona. *Op. cit.*, pp. 64-65.

- Internacional
- Privada (empresas y medios de comunicación)
- Judicial
- Administrativa
- Académica
- Eclesiástica
- Deportiva

Y así continuar agregando a la lista casi indefinidamente.

Bien viene enfatizar brevemente en la corrupción pública, cuyo surgimiento requiere la concurrencia de ciertos elementos, entre los cuales se cuentan: discrecionalidad en el ejercicio del poder público (D), falta de transparencia y controles (Ftc), abuso de ese poder discrecional (A) y desvío del erario público (D1)⁽⁶⁾

Este beneficio que se cita en el párrafo anterior ha de implicar, indefectiblemente, un beneficio cuando menos para una de las partes que transan corruptamente. Dicho favorecimiento, en todo caso, no habrá de ser necesariamente económico, dado que puede desplegarse de las formas más creativas posibles, como ocurre por ejemplo cuando un funcionario público actúa a favor de una empresa, desviando su poder discrecional originalmente previsto para un fin público, con tal de que aquella empresa le contrate a su familiar desempleado.

No puede omitirse, por responsabilidad académica e intención de completar la referencia, aún breve, a la impunidad como fenómeno correlativo de la corrupción.

Es claro que la impunidad, desde el punto de vista del derecho internacional, ha de entenderse como la ausencia o insuficiencia de investigación, enjuiciamiento y castigo a los responsables de violaciones a los derechos humanos.

La definición más simple que pueda referirse sobre impunidad es la que determina que se compone como aquella libertad que un delincuente logra de la pena (por la falta) en que ha incurrido.

(6) Barahona. *Op. cit.*, p. 67.

Procede, además, establecer algún grado de distinción sobre las impunidades, toda vez que este vicio se presenta en dos modalidades: la impunidad sistemática o de derecho y la impunidad asistemática o de hecho, siendo la primera aquella cuyos objetivos se encuentran claramente definidos, e incluso en ocasiones se vale de medios corruptos preestablecidos, mientras que la segunda, hace referencia más bien a la impunidad que tiene por causa el “error judicial”, la falta de denuncia para iniciar la investigación (cifra negra), o bien, la falta de recursos para realizar el proceso judicial, principalmente la investigación. La impunidad sistemática no subsiste sin una corrupción sistemática que la facilite, que imposibilite o al menos dificulte su control.

En el libro que dedico a estos temas, desarrollo esta idea bajo la siguiente línea argumentativa: *“se sostiene que la impunidad puede ser de hecho o de derecho. Ocurriendo la primera cuando los crímenes cometidos pasan inadvertidos a la justicia, ya sea porque sus autores escapan a la acción de la justicia por no haber sido determinada su responsabilidad, o por la existencia de delitos que no se persiguen ni se penan, aún cuando se individualiza al responsable, ello en virtud de la obvia y odiosa existencia de excepciones abusivas. Por otro lado, la impunidad de derecho se identifica en figuras jurídicas contemporáneas claramente identificadas, tales como: la amnistía, el indulto, la prescripción, las excusas absolutorias como la obediencia debida, el estado de necesidad y el asilo político entre otras. Nótese que todas estas expresiones jurídicas se comportan como bloqueos infranqueables a la operación judicial, pues impiden la actuación del aparato jurídico, garantizando “el derecho a la impunidad”, o lo que es igual, “la impunidad como derecho”.*⁽⁷⁾

Una penúltima distinción que parece importante plantear es la que diferencia la impunidad institucionalizada, de la impunidad internalizada. Siendo la institucionalizada la que los mismos estamentos institucionales habilitan, sea por acción u omisión, con un carácter de permanencia poco relativo, más bien generalizado. La impunidad internalizada por su parte, es la que se arraiga en un caldo de cultivo compuesto de desesperanza o descreimiento en el sistema y la resignación del mismo individuo que la asume como un costo marginal pero inevitable. Así, la impunidad es y punto. Resulta imposible oponérsele, no vale la pena combatirla, para que desgastarse, simplemente se internaliza como un supuesto.

(7) Vid. Pablo Barahona Krüger. *Corrupción e impunidad: correlaciones e implicaciones*. Editorial Continental. San José, Costa Rica, 2004, p. 108.

Ha de saberse que uno de los mayores obstáculos para la superación de la impunidad desde la sociedad civil es justamente el alto grado de legitimación de la impunidad que se percibe en enormes capas de la ciudadanía.

Para contrarrestar efectos tan hondos y tan graves, la sociedad necesita una deslegitimación muy profunda de los crímenes y de los mecanismos que los facilitan; necesita estigmatizarlos y exorcizarlos, y esto no se logra de ninguna manera sin una sanción social muy firme y muy profunda, aunque no necesariamente muy prolongada.⁽⁸⁾

En suma final, ha de tenerse también en cuenta la impunidad selectiva, entendida como un mecanismo de selección para excluir a ciertos grupos de las “inconveniencias o incomodidades” del sistema penal. Bien lo apuntó el combativo escritor uruguayo Eduardo Galeano en el auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica hace un par de años: *“Se castiga abajo lo que se aplaude arriba”. No es casualidad que los presos sean siempre los pobres, esto es visto como algo natural. Hace bien Galeano al ilustrar el cuadro que aquí se describe al alegar: “...por qué sólo los pobres van presos en países donde nadie va preso cuando se viene abajo un puente recién inaugurado, cuando se derrumba un banco vaciado por los banqueros o cuando se desploma un edificio construido sin cimentos”.*⁽⁹⁾

Es posible atreverse a afirmar que en Costa Rica esto no ha cambiado: un par de golondrinas no hacen verano. Lo develado hasta ahora no resuelve el problema de fondo. El asunto no es atacar las corruptelas, entendidas estas como las manifestaciones concretas de la corrupción, sino los sistemas corruptos que las habilitan.

De poco sirve barrer la casa muy bien un día al año: lo importante, lo idóneo, es decir; lo correcto, es barrer continuamente para evitar que la mugre se vuelva a colar por las rendijas de la casa.

Don Miguel Herrero de Miñón, miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, afirma que la sociedad asiste a *“la demolición del orden jurídico”* que no es otra cosa que *“la operación intelectual y política, doctrinal y práctica en virtud de la cual el Derecho*

(8) Citado en Barahona. *Op. cit.*, p. 109.

(9) Barahona. *Op. cit.*, pp. 111-112.

deja de ser un espacio de común seguridad, merced a cuya imparcialidad y previsibilidad todos pueden acogerse, y se convierte en instrumento de discriminación en pro de quienes administran una legitimidad única y excluyente”.⁽¹⁰⁾

4. BREVES APUNTES SOBRE ÉTICA Y CORRUPCIÓN

Salvo uno que otro estudio un tanto nihilista, en proporción general, los abordajes acostumbrados sobre corrupción se enfocan desde la ética o al menos cumplen con la obligada referencia a esta. Por consiguiente, no será excluida de nuestro análisis sino que, muy por el contrario, la abordaremos como un –sub-sistema de control de conductas que informa a su vez otros– supra-sistemas similarmente controladores como el derecho, cuya distinción primordial radica en la coercitividad que le da sentido.

Antes de profundizar en ello, ha de mediar alguna referencia, aún somera, a la ética malintencionada, la cual habrá de entenderse como aquella que propende al posicionamiento de los juicios ético-personales por sobre los ajenos y aún por sobre aquellos colectivos.

Los dueños de esta ética malintencionada lo son a la vez, según su desnaturalizado criterio, de la verdad y, por consiguiente, retroceden en el tiempo tan desmemoriados como para recordar a sus correligionarios de la Santa Inquisición, o a su célebre y antiguo mentor, el senador griego Dracon, o bien, a su mejor representante: el diputado francés Robespierre. Este último, como bien se recordará, terminaría siendo víctima de su propio cultivo de exceso valorativo, al ser guillotinado como tantos que él mismo exigió lo fueran.

Ahora bien, en tiempos en que la laxitud ética en el ejercicio político-empresarial es la norma, es casi consustancial que afloren los: “Ayatolas de la ética”, “Rasputines de la moral”, “Dictadores de los valores” o como lo que el que esto escribe ha dado en llamar “el pensamiento único”, que no es sino la expresión compuesta por éticas únicas que se recetan como soluciones impermeables y verdades absolutas. En otras formas literarias descrito por Humberto Eco cuando

(10) Miguel Herrero De Miñón. *La Demolición del Orden Jurídico*. Citado en Barahona. *Op. cit.*, pp. 112-113.

escribiendo en “El nombre de la rosa”, afirma que “el diablo es la arrogancia del espíritu, la fe sin sonrisa, la verdad jamás tocada por la duda”.⁽¹¹⁾

En momentos en que lo requerido es la acción en conjunto –entiéndase: la práctica democrática– y no el aislamiento u ostracismo propio del totalitarismo, debe desterrarse esta expresión linchadora en que se ha pasado, en el movimiento pendular que rige las ciencias sociales, de una permisividad absoluta, a una condena igualmente absoluta, en que bien pueden terminar pagando justos por pecadores y provocarse una huida de quienes no están dispuestos a correrse el riesgo de ser linchados por quienes en realidad podrían merecerlo.⁽¹²⁾

Es curioso que, sin embargo, y aún cuando el juego de los que defienden estas tesis linchadoras y asumen un papel de elegidos defensores de la ética, que por lo demás y como ya se dijo es su ética y nada más que eso, no alcanzan con su análisis, a observar más allá de la inmediatez de las galletas, del teléfono celular o el chofer y carro discrecional que no es sino detalle (“peanuts”) si se considera, como se debe, la gran corrupción, la de cuello blanco, la de corbata, la que se cuenta en dólares y millones, la que conlleva como correlato que le extiende su mano el sicariato y el lavado de capitales, entre muchas otras pestes delictivas que, una vez instaladas se borran solo borrando al país.⁽¹³⁾

(11) Ver en igual sentido a Pablo Barahona K. en Semanario Universidad (UCR): “Pensamiento único” y “La dictadura del pensamiento único en el PAC”. Del 4 y 25 de setiembre de 2003 respectivamente, p. 17, sección de opinión. (“...no creo en éticas únicas que se recetan como soluciones impermeables y verdades absolutas. No confío en los que se autodeclaran impolutos y autopromueven como la rectitud andante, siempre despachadora y despreciativa de otras realidades no menos ciertas, no menos correctas, ni mucho menos valederas”).

(12) Bien lo decía un connotado iuspublicista costarricense: “A como esta la cosa, a uno lo ven tomándose un trago y ya es alcohólico”.

(13) Verbigracia: Colombia. ¿Qué queda después de la guerrilla, el narcotráfico y los sicarios sino un país borrado, destruido? No es que el cuerpo (país) queda con una cicatriz, es que el cuerpo es todo una cicatriz.

La ética requiere cierto relativismo que, claro está, no debe confundirse con laxitud. Procurar evitar las interpretaciones Draconianas y la injusta e incorrecta lógica de Robespierre, resulta imperativo para evitar maniqueísmos impropios que, a nivel histórico, no han sino propiciado la violencia entre los hombres.⁽¹⁴⁾

Es así como el abordaje de Aristóteles nos viene bien, toda vez que desarrolló una afirmación distintiva que se mantiene hasta nuestros días: no existe una sola ética, sino, las éticas. Distinguió sin equívocos la ética monástica de la familiar o grupal y esta a su vez de la social, siendo la primera aquella referida al conjunto de valores ordenatorios de la conducta del individuo que actúa en soledad, sin por ello necesariamente estar aislado de una realidad social. Así, la ética monástica es aquella que dicta el referente conductual al sujeto en aquellos momentos en que no es observado (vigilado) por sus congéneres, pero que independientemente de ello le conmina para comportarse como si lo estuviera, de manera tal que, el hombre ético, desde la perspectiva monástica, es aquel cuyo comportamiento se atiene a ciertos parámetros valorativos básicos por su propia elección y vocación permanente, y no por presión de grupo o por el mero sentido de pensarse –o sentirse– vigilado.

Ha de quedar claro, sin embargo, que el reconocimiento de la existencia de una ética monástica no reniega de la concurrencia de otras lógicas de igualdad ética o lo que es igual, pero dicho en otras palabras: no es correcta ninguna interpretación que propenda a negar o desconocer las éticas colectivas, sean familiares (ámbito reducido) o bien sociales (ámbito amplio) en función de una ética monástica (ámbito reducidísimo) que, a fin de cuentas, se considere como la correcta o superior y por tanto, la que deba imperar e imponerse.

La sana distinción pensada y desarrollada por Aristóteles contempla el hecho cierto de que no existe una sola ética, sino, y muy por el contrario, las éticas, y ello a su vez sin pretender el decaimiento de todo el componente ético como sistema ordenatorio de conductas, lo cual solo llevaría al desorden autárquico que, a su vez, imposibilitaría cualquier validez y eficacia práctica que pueda pretenderse en torno a la ética.

(14) Verbigracia: Estados Unidos y su lucha libertaria que obliga a estar con ellos o contra ellos. Según la posición del gobierno de la potencia o se esta en contra el terrorismo (o lo que es lo mismo según su lógica: a favor de EE.UU.), o se esta a favor del terrorismo (y nuevamente pero al contrario según su orden de ideas: contra EE.UU.).

Aristóteles logró con ello armonizar las distintas manifestaciones de la ética, evitando de paso su inconveniente escisión, que es lo que interpretaría cualquier defensor maniqueo de la ética malintencionada al leer la propuesta aristotélica en torno a estas referencias éticas: monástica, grupal o familiar y social.

En abono al abordaje ensayado hasta esta altura, procede desarrollar la ética familiar o grupal, la cual se gesta en el seno de conjuntos relativamente reducidos de individuos como núcleos familiares, grupos de trabajo o aún jerarquías o gremios. De esta manera, los parámetros morales que encontrarían atención en un determinado grupo familiar, por ejemplo, serían diferenciables sino en esencia, al menos en detalle e interpretación práctica, de los reconocidos por otros núcleos familiares.

Evidentemente, las éticas familiares se componen de éticas monásticas. Es decir, cada individuo suma lo propio al todo y cada aporte resulta irrepetible por más que resulte semejante a otro.

Ahora bien, esta distinción no se limita solo a las prácticas y convicciones éticas de los círculos familiares, sino aún y como se dijo, a los grupos profesionales o laborales. Es así como, por ejemplo, las creencias de lo que es ético y lo que no, pueden variar sensiblemente de un bufete a otro. Incluso y para particularizar aún más la distinción, de un departamento de una compañía o firma legal a otra dependencia que pertenece a esa misma empresa.

Finalmente, ha de considerarse la ética social como el conjunto de parámetros morales que integran, desde la individualidad de cada ciudadano, o la colectividad de cada ente familiar o empresarial, una escala de valores aplicables y exigibles a toda una sociedad –que bien puede ser nacional e incluso internacional–.

En sentido aplicado, es este último nivel de la ética el que sirve para tasar las penas o sanciones prescritas por el ordenamiento jurídico, las cuales, a su vez, definen el status de los bienes jurídicos tutelados.⁽¹⁵⁾

(15) De los montos con que se pena una determinada actuación, por lo general, se puede a su vez deslindar el nivel de relevancia que guarda para la sociedad el bien o interés afectado.

Cabe aclarar que, en términos generales –o si se prefiere: en sentido lato– y dado el uso y abuso que del vocablo ética se ha generado, el referente conceptual recién descrito en los últimos párrafos (ética social en sentido aristotélico) es el que se entiende en general cuando se hace referencia a la ética y ello aún cuando así se estén desconociendo las demás distinciones antedichas, por lo demás, igualmente necesarias.

A mayor abundancia, convenimos en que la ética, conceptualmente, ha ido evolucionando como la ciencia que estudia la moral, determinándose, entonces, también como una rama práctica de la filosofía que, en todo caso, bien nos viene estudiar a los científicos sociales y muy particularmente a los juristas.

Así las cosas y vista la pluralidad semántica de la ética, resulta aclaratorio afirmar que, *“tomada simplemente como una forma de orientación valorativa de la acción social, grupal o individual, coexiste en una misma época y hasta en una misma sociedad una pluralidad de morales positivas, articuladas a través de tradiciones culturales, religiosas, sociales, económicas, etc., que contendrán en cada caso un código de comportamiento limitado al grupo, clase o estamento social, religioso, económico o de algún otro tipo, definido por su adhesión particular a ese comportamiento valorativamente calificado”*.⁽¹⁶⁾

A modo de conclusión, ha de quedar claro que no resulta sostenible la lógica orientada a defender la existencia de una sola ética exclusiva y excluyente a la cual solo pueden acceder aquellos semidioses éticos que, cual monte del Olimpo, “son” los convocados a definir qué es ético y qué no y por consiguiente e indefectiblemente, “son” los únicos con posibilidades de serlo en toda su integridad.

Todo lo contrario: sin entrar en juegos de flexibilidad ni en el visado de comportamientos laxos, lo cierto es que debe hablarse de las éticas, todas las cuales, eso sí, se han (deberían) de coligar por medio de un hilo conductor mínimo definido y redefinido con toda constancia por el juego de las condiciones sociohistóricas que determinan las posibilidades de coexistencia civil.

(16) Osvaldo Guariglia. *Vida moral, ética y ética aplicada*, publicado en *Cuestiones morales*. Editorial Trotta. España, 1996, p. 12.

5. LOS MECANISMOS DE ~~DES-CONTROL~~

El sugerente juego de palabras que orienta el contenido desarrollado en este aparte, no obedece a un deseo antojadizo ni mucho menos comprende un sinsentido, sino que, muy por el contrario, delimita con toda claridad la intención crítico-propositiva con que se ensaya y redondea lo escrito.

Si bien por un lado es ostensible que, al menos en Costa Rica, se “cuenta” con una institucionalidad demacrada y apócrifa, ausente en el detalle y errática en lo macro, lo cierto es que por otro es esa la institucionalidad que, al menos en el papel, “controla” una corrupción que, igualmente y por lo demás, se muestra descontrolada.

Sin embargo y antes de continuar en dirección al análisis de las instituciones de ~~des-control~~, a las cuales se hará referencia más adelante, se deberá establecer una primera distinción que gira en torno a los mecanismos de control de la corrupción que pueden ser directos o indirectos.

En referencia a los primeros, se consideran las instituciones de ~~supuesto~~ control que rigen ~~o al menos deberían hacerlo~~ la materia en cuestión. A saber: la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, la Defensoría de los Habitantes, las Auditorías Internas, el Banco Central y las Superintendencias.

En cuanto a los segundos, se citan la educación y la cultura, la participación ciudadana ~~–incluido el poder de denuncia–~~⁽¹⁷⁾ y la reforma electoral, la transparencia y la rendición de cuentas ~~–contemplado el libre acceso a la información no sujeta al régimen del secreto de Estado–~~ y las sanas políticas de nombramiento y reelección.

Para que haya efectividad, en términos de permanencia y solidez, en la lucha anticorrupción, debe haber concordancia y acompañamiento coordinado entre los mecanismos directos e indirectos de control.

(17) El Reglamento de la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública dedica todo un capítulo (III) al reconocimiento y desarrollo del “Poder ciudadano de denuncia”. Formalmente este es el primer reconocimiento del derecho de denuncia ciudadana en materia anti-corrupción que ensaya el sistema jurídico costarricense. Este reglamento fue publicado en La Gaceta No. 82 del viernes 29 de abril de 2005.

Parte del serio problema del crimen organizado, que siempre parece estar un paso adelante a la institucionalidad encargada de prevenirlo y sancionarlo es, precisamente, que mientras aquel es organizadísimo y cuenta con los medios tecnológicos y humanos más capacitados, esta se encuentra desorganizadísima, con escasez de recursos tecnológicos y personal poco capacitado y en su mayoría ayuno de liderazgo, independencia y valentía.

Bien cabe la insistencia: la corrupción en Costa Rica es organizada, organizadísima. Varios millones de dólares no se mueven sin que nadie los vea. Es demasiado vistoso; demasiado tentador ver pasar el jugoso “confite” sin querer pegarle un pellizquito a cambio de silencio, un silencio que se impone en los términos de la “Omertá”.⁽¹⁸⁾

La corrupción organizada evoluciona en tres fases sucesivas: predatora, parasitaria y simbiótica. En esta última, se unen las corruptelas con actividades lícitas y así se aprovechan entre sí logrando un lucro recíproco, donde el disimulo es tan grande como la cara de poco inteligentes que ven a los costarricenses, –incluido el que escribe– cada cuatro años, cuando los mismos que crearon la enfermedad, les vienen a vender el hospital.

Ejemplo claro de esta fase simbiótica del crimen organizado es el lavado o blanqueo de capitales, pero también el abuso del poder político para traficar conciencias o poderes.

En este contexto, llama a la reflexión que ciudadanos que cuentan con información valiosa para develar ciertas corruptelas recurran a la prensa antes que a las instancias que el Estado de derecho prevé para dichos efectos. Esto debe ser notado como algo anormal y no como una regla liberatoria para los efectos de la institucionalidad pública.

El decaimiento de las garantías y seguridades de los eventuales implicados, es sumamente peligrosa. La prensa fuerte es importante, pero instituciones del Estado que superen dicha fuerza es esencial. Esencial para garantizarle al ciudadano el equilibrio de fuerzas que solo se logra a través de las formas que componen el debido proceso: una de las conquistas más humanas del derecho. No conviene sustituir la

(18) Expresión utilizada por la Mafia italiana para denominar esa actitud que se resumía en un repetitivo “nadie vio nada, ni escucho nada, ni dijo nada”, en fin, “nadie hizo nada”. La “Omertá” prima en los carteles de corrupción que siempre han existido, pero que hasta ahora nos atrevemos a ver. ¿Será que nos han quitado el velo?

justicia pública, por la privada, porque aún la más pobre de las justicias públicas, debe preferirse sobre la más rica de las justicias privadas. Y se sostiene esto considerando, con Santo Tomás Moro, que valen más cien culpables libres que un solo inocente preso.

Y se suma Pascal en los siguientes términos: “La justicia sin la fuerza es impotente; la fuerza sin la justicia es tiránica. Es, pues, necesario unir la justicia y la fuerza para hacer que lo justo sea fuerte y que lo fuerte, sea justo”.

Pero tampoco debe justificarse el extremo de dejar todo el trabajo al sistema penal, que resulta abiertamente insuficiente para frenar la corrupción. La educación y muy particularmente el compromiso ciudadano, entendido como compromiso individual, supeditan la importancia del derecho penal en la lucha contra la corrupción y así este se justiprecia y dimensiona correctamente: el sistema penal no es sino la ultima ratio.

Combatir la corrupción es una cuestión de Estado, o lo que es igual: de todos. Si las instituciones cohonestan el comportamiento corrupto, obligan más directa que indirectamente, al resto societal, a corromper y corromperse. Esto es lo que hemos dado en llamar “el dilema del prisionero”.

Bien nos alecciona sobre este punto María Muriel, quien aclara que “no puede olvidarse que la dificultad de renunciar a la corrupción es mayor en un entorno en el que los competidores consiguen mejores condiciones precisamente gracias a actos corruptos”.⁽¹⁹⁾

Sin duda la verdadera solución posible del latrocinio social compuesto por la corrupción y la impunidad radica en el cambio individual.

Tan obvio como suena, tan efectista como resulta, decía Einstein que “*no se puede resolver un problema bajo los mismos parámetros que lo crearon*”. Es claro entonces que nada nuevo vendrá de los de siempre. Por ello el cambio en los equilibrios de poder vigentes se torna necesarísimo para resolver tan ingentes problemas.

Si no media el serio compromiso ciudadano, para el cual la educación desde la familia y las instituciones educativas resulta esencial, no podrá dragarse en este hondo pero fangoso terreno.

(19) Muriel María: *Economía, corrupción y desarrollo*. Edit. Ratio Legis. España, 2000, p. 29.

Tanto la Contraloría General de la República como el Ministerio Público y la Procuraduría de la Ética Pública deberían generar trabajo de inteligencia y mantenerse en permanente alerta, toda vez que se constituyen en los vigías del Estado costarricense contra el flagelo más serio de nuestra realidad republicana: la corrupción.

No pueden seguir actuando refractariamente ante las denuncias valientes de ciudadanos responsables y beligerantes que dan la noticia del crimen, incluida la prensa.

Es obvio, que si la institucionalidad no responde a la esperanza de justicia y al ruego de orden ciudadano, se propenderá a la organización social autárquica, tan peligrosa en tiempos pasados.

Los controles deben ejercerse con responsabilidad y cualquier omisión en este sentido debe castigarse. Debe personalizarse la responsabilidad tanto como debe responsabilizarse a las personalidades. Esto es: por una decisión mal tomada o una acción mal implementada o fundamentada, debe haber un funcionario que responda personalmente y a su vez un jerarca responsabilizándose por no vigilar y en su debido caso evitar a tiempo el error o la falta.

Esto provocará, ineludiblemente, que los funcionarios encargados del control sean más cuidadosos y empiecen a considerar con mayor profundidad la incidencia y corrección de sus decisiones. Ya no serán los recursos públicos (ajenos) los que respondan exclusivamente por las omisiones y acciones indebidas, sino su propio peculio.

Con ello se evitará que la función pública sea vista como un refugio de irresponsabilidad y los regulares se abstendrán de acceder a un puesto estatal, toda vez que la responsabilidad será grande y efectiva y no pírrica y figurativa.

Como corolario de este compendio expositivo bien vienen las recordadas palabras de Benito Juárez:

“Los funcionarios públicos no pueden disponer de las rentas sin responsabilidad; no pueden gobernar a impulsos de una voluntad caprichosa, sino con sujeción a las leyes, no pueden improvisar fortunas ni entregarse al ocio y la disipación, sino consagrarse asiduamente al trabajo disponiéndose a vivir en la honrada medianía que proporciona la retribución que la ley señala”.

**CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN
Y EL HONOR EN ESPAÑA Y COSTA RICA. EL INTERÉS
PÚBLICO Y LA ADECUACIÓN INFORMATIVA**

Dr. Alfredo Villalobos Jiménez

Doctor en Derecho a la Información
Universidad de Salamanca, España

(Recibido 14/10/05; aceptado 05/04/06)

(*) e-mail: avillalobos@racsa.co.cr
Teléfono 207-5090.

RESUMEN

El conflicto entre los derechos fundamentales de la libertad de información y el honor cobran vigencia cada día. Es necesario saber hasta dónde llega el ejercicio legítimo de la libertad.

Palabras clave: libertad de información, vida privada, interés público, opinión pública.

ABSTRACT

The conflict existing between the fundamental rights of the freedom of information and honor is becoming more and more valid every day. It is necessary to know the scope of the lawful exercise of freedom.

Key words: freedom of information, private life, public interest, public opinion.

SUMARIO:

1. Introducción
 2. Interés público y privado
 - a) Opinión pública
 3. Adecuación o proporcionalidad informativa
- Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

El conflicto entre los derechos fundamentales de la libertad de información y el honor cobran vigencia cada día. Ahora mas que nunca nos abocamos con todo rigor a esta investigación que aporta herramientas útiles a los abogados y a los miembros de la prensa, porque muchos periodistas desconocen el teje y maneje sobre el conflicto de estos derechos a y hasta donde llega el ejercicio legítimo de la libertad de información.

¿Cuál es el abrigo que cobija y cubre estas libertades. ¿Cómo las leyes costarricenses y españolas brindan la tutela del derecho al honor?

En la monografía publicada en la Revista de Ciencias Jurídicas número 103 en la página 53, se analizó el límite interno de la veracidad informativa que legitima el derecho a la información, pero quedó pendiente el análisis de otro límite y requisito del interés público que es muy significativo y que complementa la legitimidad de este derecho bajo el parámetro de que los hechos o información que se transmitan no están privando por encima del interés privado.

Porque la información sobre asuntos de interés general o cuando se refieran a personas, o contribuyen a la formación pública alcanza un nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor. Respecto a funcionarios públicos y políticos, se analiza los límites y permiso a la crítica de su gestión amplia, y la presencia del riesgo permitido y el riguroso control en la labor pública o política que realizan, exigiendo, cada vez más transparencia en su labor como servidores públicos. Sin olvidar que cuando se denuncia la corrupción de un funcionario público y se oculta la de otro, se abandona el interés público.

Se destaca la posición prevalente de la libertad de información que es ejercida por los profesionales de la información a través de la prensa como vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública en un Estado Democrático, cuando aquellos casos en que los pensamientos, ideas, opiniones o informaciones que se refieran a asuntos de *interés general*, y no a conductas privadas cuya difusión es innecesaria para la formación de opinión pública libre.

Esta finalidad debe responder a fines constitucionales defendibles y al principio del pluralismo político, como valor superior, sin apropiación, ni intereses de grupos políticos-económicos, utilizando de forma abusiva y antidemocrática de la libertad de expresión.

Cómo entender el interés público que es variado y diferente, como cualquier otro interés. Depende de las condiciones políticas, sociales, económicas en un lugar determinado, en un tiempo dado tan evidente que cada individuo de la comunidad pueda reconocer e identificar en él su porción concreta de interés individual o en todo interés público que exige la destrucción y el sacrificio irreparable que contraviene la base jurídica sobre en que la comunidad entera reposa.

Recapitula con el análisis del requisito que legitima el derecho a la información y que es la adecuación o proporcionalidad de los términos que utiliza el periodista o informador con el uso de expresiones innecesarias con un signo de la presencia de un prevalente *animus iniuriandi* o dolo que de acuerdo con el cauce tradicionalmente seguido, obliga a resolver el conflicto a favor del derecho al honor.

El conflicto y la dicotomía entre el derecho al honor y la libertad de información es un tema de nunca acabar, que ofrece múltiples aristas y variables de solución.

Ante todo, a la libertad de información se atribuye su titularidad a todos, particulares o medios de comunicación y que aparece por primera vez enunciado en los textos internacionales en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, concebida como una de las facultades de la libertad de expresión. Por tanto se incluye el derecho de investigar, recibir información y opiniones, y el de difundirlas acorde con la sistematización de los Tratados y Convenios Internacionales estipulado posteriormente, tal es el caso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de Roma del 4 de noviembre de 1950 que establecen en el artículo 10.1.

Así para que prevalezca la libertad de información no es suficiente que la misma sea veraz, sino para que se refiera a asuntos de interés general, por la materia y personas que intervienen. Las personas de interés público por su trascendencia deben una mayor tolerancia en el ámbito de su intimidad y vida privada.⁽¹⁾

(1) Vid. FRIGOLA VALLINA, J.; y ESCUDERO MORATALLA, J. F.: *Honor, secreto profesional y cláusula de conciencia en los medios...* op. cit., pp. 46 a 48. Vid. PLAZA PENADÉS, Javier: *El derecho al honor y la libertad de expresión...* op. cit., p. 143; Vid. MONTON GARCÍA, M^a Lidón: *Derecho al honor, intimidad y propia imagen: Protección civil...* op. cit.,

2. INTERÉS PÚBLICO

El interés público es variado y depende de las condiciones políticas, sociales, económicas en un lugar determinado, en un tiempo dado. Debe ser específico y evidente que cada individuo de la comunidad pueda reconocer e identificar en él su porción concreta de interés individual o en todo interés público que exige la destrucción y el sacrificio irreparable de un solo interés individual, no es más que un falso interés público, pues contraviene la base jurídica sobre la que la comunidad entera reposa. Contrario a lo que se ha creído, de que el interés público carece de una definición legal, conviene recordar la definición que de él hace el artículo.113 de la Ley General de la Administración Pública Costarricense: “Artículo 113.-1. (...) el interés público, el cual será; considerado como *la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados*.”

El interés público lo componen la comunidad, y cuyos intereses coincidentes y mayoritarios hacen surgir aquel contenido, que prima en casos de personas con relieve público.⁽²⁾ Es sencillo de entender, porque cuando hablamos de interés público nos referimos a los políticos, funcionarios y personajes públicos que por el puesto que ocupan deben rendir cuentas claras a la ciudadanía. Así, los personajes públicos o políticos están con mayor riesgo a ser crítica de la prensa, siempre y cuando exista un interés de la opinión pública de conocer el quehacer de su gestión política o pública. El interés público legitima el ejercicio de la libertad de la libertad de información y se complementa bajo el parámetro de que los hechos o información transmitida sea de interés público, privando por encima del interés privado.

Las expresiones, opiniones o informaciones, por su fondo mismo no debe ser manifiestamente injuriosa. La expresión lisa y llana de un juicio de valor negativo e insultante sobre una persona, puede reunir estas características y consecuentemente, excluir el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información. La Constitución Política de

p. 878. Esta autora asegura que prevalece la libertad de información cuando está bajo determinados supuestos, tales como: el interés general, con trascendencia social, política o económica, primando sobre la dignidad e interés personal.

(2) Vid. BOIX REIG, Javier: *La difamación en la prensa*. Revista General de Derecho, Año LVI, N° 669, Junio, 2000, p. 7331.

Costa Rica en el artículo 46, en su reforma operada por la Ley N° 7607 del 18 de junio de 1996, exige como límites constitucionales de la libertad de expresión, la adecuación social y la veracidad. No es necesario utilizar calificativos que desacrediten o injurien, ni calumnias ni difamaciones contra nadie. Porque la legitimidad del derecho de información termina justo donde inicia el derecho al honor.

Pero con frecuencia se desconocen las regulaciones sobre los delitos contra el honor y hasta donde llega el ejercicio legítimo de la libertad de información.

Y se desconoce la posición prevalente que goza la libertad de información sobre el honor cuando no traspasa determinados límites difamatorios o vejatorios, en los casos en que la libertad de información es ejercida por los profesionales de la información a través de la prensa, como vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública en un Estado Democrático. Así mismo en aquellos casos en que los pensamientos, ideas, opiniones o informaciones que se refieran a asuntos de *interés general*, y no a conductas privadas cuya difusión es innecesaria para la formación de opinión pública libre.

Cuando la información guarda conexión con asuntos de interés general por las materias que se refieran a personas, o contribuyen a la formación pública alcanzan un nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor. Porque respecto a funcionarios públicos y políticos los límites y permiso a la crítica de su gestión son amplios, estando expuestos aun riguroso control, que si tratara de particulares, ello por la labor pública o política que realizan, exigiendo, cada vez más transparencia en su labor como servidores públicos. La finalidad de formadora de opinión pública debe responder a fines constitucionales defendibles y no la utilización abusiva y antidemocrática de la libertad de expresión. Porque los medios de comunicación se deben al principio como el pluralismo político como valor superior, y no a intereses privados de grupos políticos.

Para que prevalezca la libertad de información no es suficiente que sea veraz, sino que es preciso que se refiera a asuntos de interés general, por la materia y personas que intervienen. Por el contrario prevalece el honor sobre la libertad de información cuando se refieran a *personas privadas sin relevancia para la opinión pública*, o cuando el ejercicio de la libertad de información no se realice por los cauces normales de la opinión pública, sino a través de medios anormales,

como hojas clandestinas. Porque la libertad de información se debe ejercer cumpliendo con los cánones legales estipulados en el artículo 29 Constitución Política y en el artículo 151 del Código Penal Costarricense.

La colisión entre la libertad de información y el honor es frecuente, que prevalezca la libertad de información cuando están bajo los requisitos que *contribuye a formar la opinión pública o se refiere a hechos públicos* y si la información es veraz.⁽³⁾ Así mismo cuando la información sobre la cuestión privada sea consentida por el interesado, convirtiéndose en noticiable.⁽⁴⁾ Porque cuando se trate de persona pública que al igual que en la libertad de expresión, tiene mayor tolerancia y flexibilidad en el uso de expresiones.⁽⁵⁾ Además, por el contrario prevalece el honor sobre la libertad de información en los supuestos que se refieran a personas privadas sin relevancia para la opinión pública, o cuando el ejercicio de la libertad de información no se realice por los cauces normales de la opinión pública, sino a través de medios anormales, como hojas clandestinas.⁽⁶⁾ También prevalece el honor sobre la libertad de información cuando se denota que la noticia *excede formalmente del fin informativo* de lo que se comunica o transmita, o cuando se comunican como hechos simples, rumores o insinuaciones insidiosas que faltando a la veracidad y provoquen el deshonor de las personas. Así, prevalece el honor sobre la libertad de expresión, salvo excepción, cuando se trate de una persona *privada* carente de *interés público* u opiniones que sean innecesarias para la formación de una opinión pública libre.⁽⁷⁾ Pero, no es decisiva la cualidad de persona

(3) Vid. MONTON GARCÍA, M^a Lidón. *Derecho al honor, intimidad y propia imagen: Protección civil...* op. cit., p. 879.

(4) Véase Sentencias del Tribunal Constitucional Español 197/ 1991 y 227/ 1992.

(5) Vid. MONTON GARCÍA, M^a Lidón. *Derecho al honor, intimidad y propia imagen: Protección civil...* op. cit., p. 878; Vid. GERPE LANDIN, Manuel: AA.VV: *El conflicto entre la Llibertat d'informació i el dret a l'honor...* op. cit., p. 759.

(6) Al respecto véase Sentencia del Tribunal Constitucional del 27 de octubre de 1987.

(7) Vid. MONTON GARCÍA, M^a Lidón: *Derecho al honor, intimidad y propia imagen: Protección civil...* op. cit., p. 877; Vid. CARMONA SALGADO, C.:

pública para determinar dicho interés porque en ocasiones el objeto de la información está relacionada con la persona pública, pero el contenido de la misma no tiene interés para la colectividad y por el contrario puede ocurrir que un ciudadano se vea implicado en un asunto de interés general.⁽⁸⁾

El derecho de la información se legitima cuando el interés público social, es formador de la opinión pública libre,⁽⁹⁾ y cuando guarda conexión con asuntos de interés general alcanza un nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita como límite de la libertad de información y cuando esta por medio las personalidades públicas que deben soportar cierto riesgo, por la preponderancia para la opinión pública la libertad de información.⁽¹⁰⁾

Delitos contra los derechos de la personalidad: honor, intimidad e imagen. C.P.C., Nº 56, 1995. p. 427; Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Libertad de expresión...* op. cit., p. 903. Vid. TORREÑO MUÑOZ, Magda: *Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 febrero de 1997. Colisión entre derechos fundamentales. Derecho al honor y libertad de información.* Revista General de Derecho (R.G.D), Nº 633- Junio 1997, p. 7148. Reuniendo tales condiciones, su ejercicio, en estos casos, prevalece la libertad de información sobre el honor de los afectados por la información, en tanto nos encontremos en una sociedad democrática.

- (8) Vid. JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad de expresión y delitos contra el honor...* op. cit., p. 49; Vid. CARRILLO, Marc: *Derecho a la información y veracidad informativa.* (Comentario a las S.S.T.C 168/ 86 y 6/88). Revista Española de Derecho Constitucional. Nº 23, 1988, p.193; Vid, JAÉN VALLEJO, M.: *La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la Jurisprudencia constitucional* en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada en Homenaje a Sainz Cantero, Nº12, 1987, p. 181; Vid. BATISTA GONZALEZ, María Paz: *Medios de Comunicación...* op. cit., pp. 114-116.
- (9) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Libertad de expresión...* op. cit., p. 903; Vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Causas de justificación en los delitos...* op. cit., p. 93; Además véase S.T.C 6/ 1988 del 21 de enero-Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Lingens-Sentencia 8 de julio de 1976- S.T.C 105/ 1983, del 23 de noviembre, FJ 11).
- (10) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Libertad de expresión...* op. cit., p. 903. Véase Sentencia Tribunal Constitucional Español 107/1988 del 8 de junio.

Los funcionarios público están obligados a soportar el riesgo de sus derechos subjetivos de la personalidad cuando resulten afectados por opiniones de *interés general*.⁽¹¹⁾ Destaca que la libertad de información en su correcto ejercicio, debe poseer hechos con trascendencia pública, en el sentido de noticiosos y que la información transmitida sea *veraz*.⁽¹²⁾ Esto los expertos en derecho penal denominan como el riesgo permitido. Lo cual no significa darle riendas sueltas a la prensa para que diga lo que quiera contra quien quiera. Hay límites, requisitos y no existen derechos fundamentales absolutos, y la regla no tiene excepciones en cuanto a la libertad de información.

El derecho de información alcanza respecto a los personajes públicos su máximo nivel de eficacia legitimadora con los funcionarios públicos y políticos, porque los límites y permisiones a la crítica de su gestión amplia, al estar expuestos a un riguroso control y riesgo permitido, que si tratara de particulares, ello por la transparencia en su labor como servidores públicos.⁽¹³⁾

La libertad de expresión desde una perspectiva unitaria, tiene un carácter preferente cuando se informe sobre asuntos de interés para la colectividad. De este modo, cuando el ejercicio tiene por objeto cuestiones relacionadas con la comunidad social o asunto de estado, e interés público que ha de reconocerse indiscutiblemente.⁽¹⁴⁾ De igual

(11) Vid. MONTON GARCÍA, M^a Lidón: *Derecho al honor, intimidad y propia imagen. Protección civil...* op. cit., p. 876; CARMONA SALGADO, C.: *El significado personalista del honor en la Constitución y su relación con algunos delitos del Código Penal*, en C.P.C. N°41, 1990, p. 262; Véase, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2^a del 24 de febrero del 2000, Ponente Sr. O' Callaghan Muñoz en Revista Actualidad Civil, N° 25, 19 al 25 de junio de 2000, p.1644; Vid, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Delitos contra el honor. Derecho Penal. Parte Especial*. T. II, 1era. edi. Bosch, Barcelona, 1999, p. 740.

(12) Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional Español del 11 de septiembre de 1995.

(13) Vid. FRIGOLA VALLINA, J.; y ESCUDERO MORATALLA, J. F.: *Honor, secreto profesional y cláusula de conciencia en los medios...* op. cit., p. 49.

(14) Vid. BATISTA GONZÁLEZ, María Paz: *Medios de Comunicación...* op. cit., pp. 114-116. Vid. CARMONA SALGADO, Concepción: *El significado personalista del honor en la Constitución y su relación con algunos delitos del Código Penal*, en C.P.C. N°41, 1990, p. 263.

forma, la incidencia que tiene la distinción de la esfera de la vida pública y de la privada como criterio para limitar las libertades de expresión e información, y como criterio de solución al conflicto.⁽¹⁵⁾ Por tanto la libertad de expresión adquiere preponderancia sobre el honor en los casos donde existe referencia directa a la formación de la opinión pública, en referencia clara a la vida pública, en relación clara con la vida pública de la comunidad.⁽¹⁶⁾ Los límites de crítica se amplían cuando se trata la información el desempeño de funciones pública o relevancia pública, están obligados a soportar cierto riesgo por opiniones o informaciones de interés general, pues requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.⁽¹⁷⁾

Hay una distinción entre *carácter público o privado* de las personas en las libertades del art. 20 Constitución Española como garantía de la opinión pública libre, y en efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido si se ejercitan en plena conexión con el interés general (materias de las personas que interfieren) y contribuyen a la formación de la opinión pública.⁽¹⁸⁾

La posición preferente que gozan las libertades de expresión e información cuando se refieren a personalidades públicas, que ostentan libremente ese cargo.

- (15) Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor y libertad...* op. cit., p. 108; Vid. CARMONA SALGADO, C.: *El significado personalista...* op. cit., p. 263.
- (16) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Una querrela en busca de admisión* en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1990, p. 97; Vid. BATISTA GONZALEZ, María Paz: *Medios de Comunicación...* op. cit., p. 14; Vid. MACIÁ GÓMEZ, R.: *El Delito de Injurias...* op. cit., p. 162.
- (17) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Una querrela en busca de admisión...* op. cit., p. 97; Vid. S.T.C 8 de junio de 1998; Vid. MACIÁ GÓMEZ, R.: *El Delito de Injurias...* op. cit., p. 107; Vid, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Delitos contra el honor. Derecho Penal. Parte Especial*. T. II, 1era. edición, Bosch, Barcelona, 1999, p. 740.
- (18) Vid. HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen...* op. cit., pp. 112-113; Vid. PLAZA PENADÉS, Javier: *El derecho al honor y la libertad de expresión...* op. cit., p. 143; Vid. TASENDE CALVO, J.J.: *La tipificación de las injurias...* op. cit., pp. 292-293. Vid, Sentencia del Tribunal Constitucional 107/ 88 del 8 de junio, Recurso de Amparo 57/ 87 (Ponente Díaz Eimil).

No parece sencillo trazar *a priori* las fronteras entre la esfera “secreta”, la “privada” y la “íntima”. Tal vez porque no existen unos contornos fijos, sino valoraciones socioculturales cambiantes, históricas y relativas.⁽¹⁹⁾ El honor, el cual se debilita proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto son titulares personas públicas, que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, ya que estas personas están obligadas a soportar un cierto riesgo de sus derechos subjetivos de la personalidad, pues así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe la sociedad democrática.⁽²⁰⁾

Por su parte las libertades del artículo 20 de la Constitución Española, homólogo al 29 de la Constitución Costarricense pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público,⁽²¹⁾ y cuya difusión y conocimiento público son innecesarios para la formación de la opinión pública libre, en razón de la cual les reconoce su posición prevalente.⁽²²⁾

(19) Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *La protección penal del Honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión*, en Libertad de Expresión y Derecho Penal. Edersa, Publicación del Instituto de Criminología U.C.M, Madrid, 1985, p. 218.

(20) Vid. HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen...* op. cit., pp. 112-113; Vid. PANTALEON PRIETO, Fernando: *La Constitución, el honor y unos abrigos*, La Ley. N° 2, 1996, p. 1692; Véase, S.T.S. Sección 2ª del 22 de noviembre de 1996. Ponente Sr. Alvarez Alvarez, en Revista La Ley, T. 1, 1997, p. 634; Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Información y derecho al honor: la ruptura del equilibrio*, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 74, 1992, p. 168; Vid. CARMONA SALGADO C.: *Delitos contra el honor* en: Curso de Derecho... op. cit., p. 468; Vid. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Delitos contra el honor. Derecho Penal. Parte Especial*. T. II, 1era. edición, Bosch, Barcelona, 1999, p. 740.

(21) Vid. MENÉNDEZ, José: *El respeto a la verdad como límite de la libertad de expresión*. Revista Persona y Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, Vol. 5, 1978, pp. 52-53.

(22) Vid. HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen...* op. cit., p. 113; Vid. LÓPEZ GUERRA, Luis: *La libertad de información...* op. cit., pp. 288-289; Vid. TASENDE CALVO, J.J.: *La tipificación de las injurias...* op. cit., p. 291. Vid. TORREÑO MUÑOZ, Magda: *Comentarios a la Sentencia del Tribunal...* op. cit., p. 7148; Vid. MACÍÁ GÓMEZ, R.:

La determinación de los temas de interés para la opinión pública es de difícil concreción a priori, pues estamos ante una conclusión culturalmente acuñada, pero nadie vacilaría en incluir en el ámbito del interés para la opinión pública de la actividad política en cuanto es base de la participación en el modelo social, o a la cultura, o arte, o la ciencia, en cuanto suponen campos claves para el desarrollo de la personalidad,⁽²³⁾ porque depende la trascendencia en la participación social que se desarrolla en un marco de pluralismo.⁽²⁴⁾ El derecho a la información junto con el de libre expresión, garantiza la existencia de una opinión pública libre, vital para el sistema democrático.⁽²⁵⁾

El derecho de información, con el carácter institucional esta intrínsecamente relacionado con la opinión pública libre, y es por esa razón que puede ser invocada como solución Dogmática-penal la causa de justificación respecto de la lesión típicamente adecuada del honor del afectado.⁽²⁶⁾ En todo caso se busca la adecuada ponderación de

El Delito de Injurias... op. cit., p. 107. La Jurisprudencia española viene afirmando el *valor preferente* de la libertad de información, cuando ofrezca un *claro interés público social* y siempre que respete la mencionada exigencia de veracidad; y la adecuación de las afirmaciones compatible con la legitimidad del derecho.

- (23) Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Los límites entre la libertad...* op. cit., p. 353; Vid. ALAMILLO DOMINGO, Fernando M.: *Criterios de resolución...* op. cit., p. 964. Este último autor asegura que la determinación de los temas de interés para la opinión pública, es difícil concreción y a menudo esto acarrea un amplio margen de inseguridad.
- (24) Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Los límites entre la libertad...* op. cit., pp. 353-354; Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor y libertad...* op. cit., p. 221; Vid. MORALES PRATS, F.: *Adecuación Social...* op. cit., p. 694; Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Información y derecho al honor: la ruptura del equilibrio*, Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 74, 1992, p. 168.
- (25) Vid. BARBERO SANTOS, Marino; DIEGO SANTOS, M^a Rosario (Coordinadores): *Criminalidad, medios de Comunicación y Proceso Penal. VII Jornadas Greco Latinas de Defensa Social*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000, pp. 145-146; CARMONA SALGADO, Concepción: *El significado personalista...* op. cit., p. 262; Vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Causas de Justificación en los delitos...* op. cit., p. 93.
- (26) Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Informe sobre España. Justicia...* op. cit., pp. 472-473; Vid. LÓPEZ GUERRA, Luis: *La libertad de información...* op. cit., pp. 288-289; Vid. MACÍÁ GÓMEZ, R.: *El Delito de*

derechos en pugna, sin olvidar que el derecho a la información junto con la libertad de expresión, garantizan la existencia de una opinión pública libre, condición absolutamente necesaria para el recto ejercicio de todos los demás derechos en los que se fundamenta el sistema político democrático.⁽²⁷⁾

a) Opinión pública

Este concepto como otros conceptos sociales, se debate entre la realidad y la necesidad, entre la ideología y la utopía.⁽²⁸⁾ En sus orígenes la opinión pública se percibe como un concepto político, se relaciona con expresiones como soberanía, sufragio universal o libertades públicas, se le atribuye una fuerza moral capaz de influir en las decisiones importantes que afectan al bien común. Más adelante la opinión pública se entiende como opinión de grupo expresada en los medios de comunicación o producto de ellos y será estudiada por las ciencias sociales y de la conducta (psicología social, ciencias de la comunicación, etc.). Se asimilará público a grupo y opinión pública a la suma de opiniones y actitudes. La opinión pública es un criterio que sustenta un grupo más extenso en contraposición con círculos más pequeños, determinados individualmente, sociales, profesionales, de amigos, de clases, del partido, etc.⁽²⁹⁾

Detrás de la opinión pública se encuentra siempre una idea, una impresión o la expresión de un sentimiento. Y eso es así porque el

Injurias... op. cit., pp. 106-107; Vid. BOIX REIG, Javier: *La difamación en la prensa*. Revista General de Derecho, Año LVI, N° 669, Junio- 2000, p.7331. Véase, Sentencia del Tribunal Supremo Español del 06 de junio de 1988, Sala Segunda.

(27) Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Informe sobre España*. Justicia... op. cit., pp. 472-473; Vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *Causas de Justificación en los delitos...* op. cit., p. 85; Vid. TORREÑO MUÑOZ, Magda: *Comentarios a la Sentencia del Tribunal...* op. cit., pp. 7147-7148.

(28) Vid. RUIDIAZ, Carmen: *Opinión Pública y Justicia Penal. El Caso Español*. En: Cuadernos de Política Criminal, N° 51, 1993, pp. 977-978.

(29) Vid. MEZGER, Edmund: *Derecho Penal. Parte Especial*. Trad. de la 4ª edición Alemana (1954) por el Dr. Conrado A. Finzi. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires. 1959, p. 151.

hombre razona sus ideas, pero también racionaliza sus impulsos, tendencias, intereses, necesidades, y ambas funciones. Porque el razonamiento y racionalización pueden ser verbalizados y expresados de forma colectiva.⁽³⁰⁾ Las opiniones manifestadas, especialmente las colectivas reflejan algo más que una simple idea o impresión: expresan sentimientos, emociones y reacciones a favor o en contra de algo. Esta toma de posición, a favor o en contra, se acerca más al concepto de actitud. Por ello, la opinión pública hay que entenderla como la conjugación de las dos dimensiones racional e irracional. Ahora bien, las opiniones y actitudes se pueden analizar en tres planos diferentes: individual, grupal y público. La opinión pública configura en un tercer nivel, es decir es válida si está respaldada por otras opiniones.

Así la opinión pública se puede convertir en un cuarto poder. Remite no sólo a la conciencia colectiva de una parte del pueblo, sino que además exige, ordena, amenaza, aplaude determinadas actuaciones, expresa una voluntad de acción que aunque no este respaldada en las leyes, presiona sobre ellas y sobre aquellos que están encargadas de tomar decisiones sobre cuestiones que afectan a la colectividad.⁽³¹⁾ Se entiende como la suma de punto de vistas que existen y se exteriorizan en una sociedad, sobre cualquier tema, juega un papel fundamental, constituye la garantía material de su carácter democrático y posibilita la evolución y desarrollo plural del sistema social.⁽³²⁾ La opinión pública debe formarse a partir de una información libre y plural, que refleje la totalidad de los diversos puntos de vista y valoraciones de la comunidad.⁽³³⁾

(30) Vid. RUIDIAZ, Carmen: *Opinión Pública y Justicia Penal...* op. cit., p. 978.

(31) Vid. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Delitos contra el honor. Derecho Penal. Parte Especial*. T. II, 1era. edi. Bosch, Barcelona, 1999, p. 739; Vid. RUIDIAZ, Carmen: *Opinión Pública y Justicia Penal...* op. cit., p. 978.

(32) Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor y libertad...* op. cit., p. 65.

(33) Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor y libertad...* op. cit., p. 65; Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Los límites entre la libertad...* op. cit., pp. 344. Véase Artículo de Opinión de Hermann Güendel. *Genealogía de la Opinión Pública*, Semanario de Universidad de Costa Rica, del 17 de junio del 2004, pág. 17. La Sentencia del Tribunal Constitucional del 17 de julio de 1986, sostiene que la opinión pública libre, es una dimensión de garantía institucional.

La libertad de información es un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor. Así la condición de garantía de la opinión pública es una institución consustancial al Estado Democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger.⁽³⁴⁾ Y adquiere su máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales en la información.⁽³⁵⁾

La opinión pública desempeña un papel relevante en el proceso de creación y aplicación de la ley. Actúa como una gran caja de resonancia particularmente sensible, influenciable y fácil de manipular.⁽³⁶⁾ La formación de la opinión pública se garantiza con la transmisión y recepción de hechos veraces, como la de opiniones que contribuyan a la misma.⁽³⁷⁾ De esta manera la formación de la opinión pública, pues, se convierte en *leit motiv* de esa especial posición de los derechos de expresión e información sobre el honor. Así lo entiende el Tribunal Supremo Español, que la libertad de expresión sobre el honor, cuando esta referida bajo la función de formación de la opinión pública, y lejos de ser utilizada exclusivamente como vehículo para atacar al bien jurídico protegido honor.

La fuerza de justificación del derecho a la libertad de expresión corresponde al carácter o *relevancia pública* de las personas enjuiciadas; la protección constitucional que se extiende a la formación de la opinión pública, no a la información personal sobre conductas privadas, carentes de interés general, que quedarían fuera de la dimensión preferente de ese derecho.⁽³⁸⁾ La trascendencia pública de los

(34) Vid. PLAZA PENADÉS, Javier: *El derecho al honor y la libertad de expresión...* op. cit., p. 107. Vid. SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José: *La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2, Nº 52, Mayo-Agosto, 1991, p. 76.

(35) Vid. HERRERO TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen...* op. cit., p. 110.

(36) Vid. RUIDIAZ, Carmen: *Opinión Pública y Justicia Penal...* op. cit., p. 978.

(37) Vid. MUÑOZ LORENTE, José: *Libertad de información...* op. cit., p. 69.

(38) Vid. CARMONA SALGADO, C.: *El significado personalista del honor...* op. cit., p. 264; Vid. LÓPEZ GUERRA, Luis: *La libertad de información y*

hechos divulgados, cobran especial referencia la materia de la información, su *interés público* y su contribución a la opinión pública libre.⁽³⁹⁾ Esta doctrina se resume en dos presupuestos que determinan la supremacía de la libertad de información sobre el honor de las personas: Que la información sea *veraz* y que se refiera a asuntos de *interés general*, por las personas que intervienen o por los asuntos tratados.⁽⁴⁰⁾

En periodismo hay hechos o situaciones sobre los cuales el informador tiene una obligación de transmitir e investigar por existir un interés público, lo cual debe hacer con mayor celo y cautela por ser “algo” que interesa a la colectividad. Se ha dicho que el concepto de interés público es sinónimo de “afectación en el grupo social”, no debe confundirse con “curiosidad”. Muchas veces, en su trabajo profesional, los periodistas invocan a su favor, durante la cobertura, el interés del público en la recepción de una información.⁽⁴¹⁾

el derecho... op. cit., pp. 290-291; Vid, JAÉN VALLEJO, M.: *La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la Jurisprudencia constitucional*, en: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada en Homenaje a Sainz Cantero, Nº12, 1987, p. 181; Vid. RUIZ VADILLO, Enrique: *Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidad penal con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas*, en: Libertad de expresión y Derecho Penal. Edersa. Publicación del Instituto de Criminología U.C.M, Madrid, 1985, p. 88.

(39) Vid. TORREÑO MUÑOZ, Magda: *Comentarios a la Sentencia del Tribunal...* op. cit., p. 7148; Vid. MUÑOZ LORENTE, José: *La libertad de expresión y las injurias al Jefe del Estado: Sentencia del Tribunal Supremo del 28 de Septiembre de 1993. Los incidentes de la Casa de Juntas de Guernica, Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Nº 3, Madrid. 1994. p. 46; Vid. BOIX REIG, Javier: *La difamación en la prensa*. Revista General de Derecho, Año LVI, Nº 669, Junio, 2000, p. 7331; Vid, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Delitos contra el honor. Derecho Penal. Parte Especial*. T. II, 1era. edición, Bosch, Barcelona, 1999, p. 739.

(40) Vid. TORREÑO MUÑOZ, Magda: *Comentarios a la Sentencia del Tribunal...* op. cit., p. 7148. Véase, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª del 24 de febrero del 2000, Ponente Sr. O' Callaghan Muñoz en Revista Actualidad Civil, Nº 25, 19 al 25 de junio de 2000, p. 1644.

(41) Vid. PLAZA PENADÉS, Javier: *El derecho al honor y la libertad de expresión...* op. cit., p. 143; Vid, SAENZ ZUMBADO, Luis: *Derecho a la información y la cobertura de los procesos judiciales*, en: Derecho a la

El contenido del interés público es variado y diferente, como cualquier interés y depender de las condiciones políticas, sociales, económicas en un lugar determinado, en un tiempo dado, debe ser tan específico y evidente que cada individuo de la comunidad, reconociendo en él su porción concreta de interés individual o en todo interés público. El interés público tiene en cuenta los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no pueden en ningún caso anteponerse la mera conveniencia. En nuestro país contamos con una definición de interés público, como concepto jurídico indeterminado y por ende con un reclamo de contenido concreto como el indicado por Escola, en el que, necesariamente, se deben reflejar los intereses individuales coincidentes de los administrados, pudiendo cada uno reconocer su interés en él. Y el periodista, en aras de ese interés público, debe ofrecer la información en forma seria y responsable.⁽⁴²⁾

En el caso de los funcionarios públicos, los cuales están al servicio de nuestro país, definitivamente existe un interés público sobre el desarrollo de sus actuaciones, siempre respetando la garantía de su vida privada.⁽⁴³⁾ Es más, debe haber una actitud vigilante del informador sobre el funcionario público por dos razones: 1) Porque en algunos casos manejan fondos públicos; y/o 2) Por ser una persona que en su cargo nos garantiza la buena marcha del ente al cual representa, máximo de que en una democracia las instituciones públicas son eso: públicas y pertenecen a todos y todas. Recordemos que la solidez de la Democracia descansa, no en la solidez de sus instituciones, sino en la vigilia de sus ciudadanos sobre ellas. De allí; que deba haber una labor de acercamiento entre el informador y el funcionario público, y éste no

información y garantías procesales, Proyecto Mejora de la Administración de Justicia y su adaptación al sistema penitenciario. San José, Costa Rica, 1997, p. 52.

(42) Vid. JORGE ESCOLA, Héctor: *El interés Público como fundamento del derecho Administrativo*. Ediciones DePalma. Buenos aires, Argentina. 1989. pp 245, 247. Vid. GARCÍA GONZÁLEZ, Ronny: *Del Derecho de información al derecho de informaciones y su responsabilidad en el caso de los sucesos*, en: Derecho a la información y ética periodística, Proyecto Mejora de la Administración de Justicia y su adaptación al sistema penitenciario, San José, Costa Rica, 1998, p. 25.

(43) Vid. Saénz Zumbado, LUIS: Revista Sinergia, N° 4, Colegio de Periodistas de Costa Rica.1996. p. 5.

debe verlo como el enemigo ni el perseguidor, siempre y cuando el periodista sea objetiva y veraz en su vigilia. Una prensa, hasta hace poco, arrinconada, tímida y temerosa de demandas judiciales de mafiosos políticos, hoy respira, dice, se le ve, se le escucha, se siente su peso enorme entre los costarricenses que le han dado su merecido lugar.⁽⁴⁴⁾

Al respecto, los periodistas, por principio, rechazan el establecimiento de regulaciones, sean simples reglamentos o graves disposiciones legales, a la libertad de acceso y búsqueda de información, de por sí; garantizada en la Constitución Política Costarricense. No se trata de un capricho o vanidad de manejar a nuestro antojo los valores informativos, los hechos noticiosos y el inmenso poder que todos sabemos que detentan quienes tienen acceso a los medios de comunicación masivos en el mundo de hoy.⁽⁴⁵⁾ El problema de las regulaciones es que favorecen a quienes necesitan de la penumbra para actuar, sobre todo cuando se trata de manejo de recursos públicos. En esencia la prensa vigila al gobierno y sus instituciones para ofrecer a los ciudadanos información que les permita participar inteligentemente en las decisiones de la democracia. Y a pesar de las limitaciones, se reconoce que cumplen bastante bien con nuestro papel.

A los funcionarios públicos no les gusta que los periodistas sean sus observadores críticos y con mucha frecuencia algunos de ellos deciden realizar sus tareas a puerta cerrada. De tal modo que para que nuestro trabajo sea efectivo, necesitamos libertad de acceso y búsqueda y otras garantías de información y expresión que en realidad no es que nos pertenezcan solo a los periodistas, sino que en función de la naturaleza de nuestro trabajo, somos nosotros los que con mayor frecuencia accedemos a su uso práctico para poder servir de vaso de comunicante al resto de los ciudadanos, con relación a hechos y decisiones que son de interés público. Obviamente necesitamos de un marco de responsabilidad en nuestra acción, para ello, la mayoría de nosotros se inclina por la autorregulación, el auto control o un código voluntario.

Y para alcanzar una cobertura equilibrada, es necesario un acercamiento en la comunicación entre el funcionario y el periodista. Por eso los errores éticos de precisión y corrección en la presentación de hechos

(44) Vid. ARROYO ALVAREZ, Wilberth: *La hora de Costa Rica*. Semanario Universidad, 11 noviembre 2004, p. 3.

(45) Vid. Valverde Morales, José Luis: *¿Injusticia pronta y cumplida*. Diario Extra, 15 mayo 2004, p. 3.

noticiosos delicados que debieron permanecer en resguardo, salieron a la luz pública porque no haber comunicación adecuada entre el funcionario y el periodista. Y, luego resulta fácil para el funcionario denunciar la irresponsabilidad de la prensa porque publicó; algo indebido.

Con frecuencia se acusa a los periodistas y medios de servir a los intereses del narcotráfico por sostener una posición cerrada en contra de la labor de la prensa. Es más, algunos funcionarios parecieran solazarse con los errores de la prensa y se sientan a esperar que se equivoque para señalarla, en lugar de actuar a tiempo orientado a su labor. Por eso lo importante es que el gobierno y sus instituciones, sus funcionarios, sean parte del proceso informativo suministrando siempre información clara y precisa a los medios, en todo momento, especialmente cuando se trata de crisis o coberturas delicadas.

En ocasiones los periodistas toman las decisiones de publicar, después de recibir negativas para responder entrevistas o incluso de quedarnos esperando respuestas o cuestiones que algunos funcionarios, que no entienden su responsabilidad en el manejo de su relación con medios, les exigen porque no desean atenderlos personalmente. Una política de transparencia es lo más aconsejable, incluso en circunstancias donde sea necesario guardar la información. El periodista debe conocer los límites y actuar con responsabilidad, pero necesita tener acceso a la información y sus implicaciones aun cuando no pueda divulgarla toda de inmediato.

En este sentido los funcionarios deben derribar los prejuicios hacia los periodistas. Debe existir una relación de cooperación basada en el respeto profesional mutuo entre funcionario y periodista. Y para complementarla lo único que hace falta es informar al lector, televidente o radioescucha las razones por las cuales cierta información se retiene".⁽⁴⁶⁾ Y la vigilancia se pone de manifiesto con igual vehemencia, si estamos hablando de un funcionario público costarricense cuya labor se realiza en el extranjero, concretamente la labor de los diplomáticos y de los representantes de Costa Rica en el exterior.

Es importante la labor periodística en un Estado Democrático de Derecho, donde la libertad de expresión e información constituye un

(46) Vid. IBARRA MATA, Vilma: *La ética periodística: Apuntes para mejorar la relación y la información de fuentes judiciales*, en: Derecho a la información y ética periodística, proyecto mejora de la administración de justicia y su adaptación al sistema penitenciario, San José, Costa Rica, 1998, p. 23.

pilar de la democracia.⁽⁴⁷⁾ Pero los periodistas deben ejercer una labor profesional, objetiva y veraz a la hora de informar, respetando la dignidad, el honor y el decoro de los ciudadanos, so pena de ser acusados ante los Tribunales de Justicia cuando se demuestre que su intención es ofensiva y tiene un *animus injuriandi* o *calumniandi*, entendido como el elemento volitivo del dolo.

La clave para solucionar el conflicto a favor de la libertad de expresión en su caso, está en la presencia de un interés general, dado las funciones que cubre este derecho y dicho interés puede estar presente, aunque la afirmación no sea objetivamente cierta, no sea demostrable o se trate de un juicio de valor; entendida la libertad de expresión como componente básico del carácter democrático de un Estado, en cuanto es garantía de una opinión pública verdaderamente plural.⁽⁴⁸⁾ Sobre este punto de partida, la aplicación del principio de ponderación lleva a que el interés de la opinión pública sobre un hecho sea graduable. Así, un hecho de trascendencia pública puede ser realizado por personas privadas y seguir teniendo relevancia para la opinión pública.⁽⁴⁹⁾ En este sentido, puede resultar que el carácter público de la persona a quien va referida la información fundamente el interés de un hecho para la opinión pública.⁽⁵⁰⁾

3. ADECUACIÓN Y PROPORCIONALIDAD INFORMATIVA

La *adecuación* o *moderación* de las expresiones condicionan la legitimidad del ejercicio de la libertad de información, y así lo ha

(47) Vid. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *Tutela penal de la libertad de expresión*, en: Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte Especial. Director Vives Antón T. y Manzanero Samaniego José Luis. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, p. 193; Vid. BOIX REIG, Javier: *La difamación en la prensa*. Revista General de Derecho, Año LVI, Nº 669, Junio-2000, p. 7331.

(48) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Reforma de los Delitos contra el honor*, en: Documentación Jurídica... op. cit., pp. 639-640.

(49) Vid. ALAMILLO DOMINGO, Fernando M.: *Criterios de resolución...* op. cit., p. 964; Vid. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Delitos contra el honor. Derecho Penal. Parte Especial*. T. II, 1era. edición. Bosch, Barcelona, 1999, p. 739.

(50) Vid. ALAMILLO DOMINGO, Fernando M.: *Criterios de resolución...* op. cit., p. 964; Vid. SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José: *La libertad de expresión desde la teoría...* op. cit., p. 76.

entendido siempre la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, que ve en el uso de expresiones innecesarias precisamente un signo de la presencia de un prevalente *animus iniuriandi* que de acuerdo con el cauce tradicionalmente seguido, obliga a resolver el conflicto a favor del derecho al honor.⁽⁵¹⁾ O sea la adecuación se entiende como la no-utilización de expresiones inequívocamente injuriosas, porque de haberlas prevalecería innecesariamente el honor sobre la libertad de expresión e información.⁽⁵²⁾

En el Caso de Juan Diego Castro y el Diario la Nación se deduce de la propia sentencia. Es decir, para el señor Ulibarri Bilbao, el que redacta un editorial puede suprimir información esencial por razones de “política de jerarquía”, o por considerar que se trata de “un simple detalle”. Esto demuestra que, en definitiva, de la existencia, en los querrelados de una voluntad rebelde para aceptar los límites que el ordenamiento jurídico señala para la libertad de prensa, la cual, como se verá más adelante, está limitada, constitucionalmente, por los requisitos de la adecuación y la veracidad.⁽⁵³⁾ Es necesario que la información, por su fondo, no sea manifiestamente injuriosa. La expresión lisa y llana de un juicio de valor, negativo e insultante sobre una persona, puede reunir estas características y consecuentemente, excluir el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información.

Así, la Constitución Política de Costa Rica en el art. 46, en su reforma operada por la Ley N° 7607 del 18 de junio de 1996, exige

(51) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Libertad de expresión...* op. cit., p. 903.

(52) Vid. PLAZA PENADÉS, Javier: *El derecho al honor y la libertad de expresión...* op. cit., p.144; Vid. GERPE LANDIN, Manuel; AA.VV: *El conflicto entre la Llibertat d'informació i el dret a l'honor...* op. cit., p. 762; Vid. BOIX REIG, Javier: *La difamación en la prensa*. Revista General de Derecho, Año LVI, N° 669, Junio- 2000, p. 7331.

(53) Vid. DIARIO LA NACIÓN. Miércoles 30 de septiembre, 1998, San José, Costa Rica. pp. 2 a 12; Sentencia N° 111-98 del Tribunal Penal de Juicio, Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica, del 9 de marzo de 1998, donde condena a los querrelados Eduardo Ulibarri Bilbao, Director del Diario la Nación y los periodistas, Ronald Chacón Chaverri y José David Guevara Muñoz como autores del delito de Injurias por la Prensa, en perjuicio de Juan Diego Castro Fernández, Exministro de Seguridad Pública.

como límites constitucionales de la libertad de expresión,⁽⁵⁴⁾ la adecuación social y la veracidad. En la Sentencia N° 111-98 del Tribunal Penal de Juicio, Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica dictada contra el Director del Diario La Nación, Eduardo Ulibarri y dos redactores más, se destaca la ausencia del requisito de veracidad y adecuación en la información transmitida que vulneraba el honor del Exministro Juan Diego Castro. El Tribunal comprobó que los querellados no ejercieron el legítimo derecho a la información al faltar con los requisitos antes expuestos, afirmando hechos que no se ajustaban a la realidad.⁽⁵⁵⁾

En conclusión la confrontación entre la libertad de información y el honor, debe operar acorde al criterio de proporcionalidad como principio inherente al estado, que legitima la libertad de información, siempre y cuando se ejercite sin rebasar los límites de un adecuado comportamiento social, y no convirtiendo la noticia en un desmesurado e inexacto ataque al honor de la persona.

CONCLUSIÓN

Para recapitular es importante destacar que los requisitos que legitiman el ejercicio del derecho a la información se deben cumplir en forma íntegra con los tres requisitos, es decir el profesional de la comunicación en su activo quehacer informativa responde al interés público, la veracidad, y la adecuación informativa. De no ser así perdería el valor de supremacía la libertad de información y se sobreponería el derecho al honor de las personas excepto cuando estamos ante la presencia del riesgo permitido, por parte del funcionario público.

Y como dicen los españoles, *para salir con rabo y orejas en la faena*, es necesario destacar el relevante papel que cumplen los medios de comunicación en la formación de opinión pública libre. La libertad de información y la prensa son pilares básicos y piedra angular que sostiene el Estado Democrático de derecho costarricense. El derecho a la libertad de expresión es un derecho fundamental, porque, como dice bellamente Dworkin, deriva de la dignidad de la persona humana y de su derecho a un trato igual que no desmerezca de esa dignidad.

(54) La Constitución Costarricense acoge la teoría unitaria de la libertad de expresión siguiendo los Tratados y Acuerdos Internacionales, suscritos por Costa Rica.

(55) Vid. Diario *La Nación*, 22 de octubre de 1999, San José, Costa Rica, p. 10-A.

**ACUERDOS DENTRO DE LA QUIEBRA
(REHABILITACIÓN DEL FALLIDO)**

Héctor Chávez Carmona^(*)

Abogado costarricense

(Recibido 15/09/05; aceptado 05/04/06)

(*) Teléfono 291-3065
e-mail: hectorhc@racsa.co.cr

RESUMEN

Actualmente es impensable realizar un estudio de la quiebra, como instituto jurídico, si no se analizan paralelamente las posibilidades que tienen las partes involucradas, de llegar a acuerdo más beneficiosos para ellos, en lugar del fin normal que es la simple liquidación de los activos del fallido.

Palabras clave: quiebra, concordato, deudor, acreedores, empresa.

ABSTRACT

Presently, it is unthinkable to carry out a study on bankruptcy as a juridical institute if the possibilities that the involved parties have to reach a more beneficial settlement are not also analyzed, instead of the usual outcome which is the simple liquidation of the bankrupt party's assets.

Key words: bankruptcy, debtor organization plan, debtor, creditors, company.

SUMARIO

Introducción

Capítulo único: acuerdos dentro de la quiebra

Sección I

Modos normales y anormales de terminación de la quiebra

- i) Modos *Normales* de acabar la quiebra
- ii) Modos *Anormales* de acabar la quiebra

Sección II

Breve reseña histórica del concordato

Sección III

Contenidos de la propuesta de concordato

Tipos de concordatos más utilizados

Sección IV

Generalidades y particularidades del sistema de concordato

- i) Voto mayoritario de los acreedores
- ii) Oposición y homologación del concordato

Sección V

Efectos del concordato

- i) Efectos de Derecho Procesal
 - a) Pone fin al juicio de quiebra
 - b) Rehabilitación del Fallido
 - c) Cesan en sus funciones los Órganos de la Quiebra
- ii) Efectos de Derecho Material
 - a) Es de acatamiento obligatorio
 - b) Extinción de la parte remitida
 - c) Repetición de la Quita

Sección VI

Nulidad y resolución del concordato

- i) Nulidad del concordato
- ii) Resolución del concordato

Sección VII

El problema de la cosa juzgada producido por la resolución que homologa el concordato

Conclusión

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Hoy por hoy, es impensable realizar un estudio comprensivo de la Quiebra, como instituto jurídico, si no se analizan paralelamente las posibilidades que tienen las partes involucradas, de llegar a acuerdos más beneficiosos para ellos, en lugar del fin normal que es la simple liquidación de los activos del fallido.

Estos acuerdos, no solo flexibilizan el proceso liquidatorio propio de la Quiebra, sino que eventualmente representan una solución mucho más acorde con una tesis de Derecho Privado (en vez de Derecho penal); que es donde la figura en realidad se ubica.

Aspecto fundamental dentro del tema a desarrollar, es la preservación de la empresa que de algún modo se pretende en algunos de los acuerdos que se dan dentro de la Quiebra. Así como en materia contractual, existe el Principio de la Preservación de los contratos, mediante el cual se intenta conservar los mismos (salvo la existencia de incumplimientos graves por una de las partes), en materia concursal se podría proponer de manera analógica, el principio de la Preservación de la Empresa.

Ahora bien dichos Acuerdos, por darse dentro de un proceso Judicial ya declarado, tienen formalidades que le otorgan un carácter especial y particular, y sobre las cuales se vuelve menester concentrarse en este estudio, para determinar con precisión el mecanismo distintivo por el cual operan.

CAPÍTULO ÚNICO

ACUERDOS DENTRO DE LA QUIEBRA

Sección I

MODOS NORMALES Y ANORMALES DE TERMINACIÓN DE LA QUIEBRA

Partiendo de una tesis procesalista, en prácticamente todos los procesos (ejecutivo, ordinario, concursal, etc.) se puede hablar de dos modos de terminación de los mismos: el *normal*, y el *anormal*.

Sin embargo, hay algunos autores que para el caso concreto de la Quiebra, no conciben hacer tal diferenciación de los modos de terminación de ésta.⁽¹⁾

Según nuestro criterio, por las razones que esbozaremos más adelante, es conveniente adoptar la primer posición doctrinaria señalada, con las salvedades que oportunamente le haremos. Valga por el momento simplemente acotar, que la importancia en asumir la posición diferenciadora entre modos normales y anormales de terminación del proceso, es la de diferenciar en cuanto a los efectos de cuándo termina la quiebra.⁽²⁾

En la misma línea de diferenciar entre modos *normales* y *anormales* de terminación de la quiebra, está el diferenciar entre “*la clausura de la quiebra*” y “*la cesación de la quiebra*”.

Veamos la diferencia entre ambos, a la que la doctrina partícipe de hacerla recurrir: Con **el completo reparto del activo** entre los acreedores (liquidación del activo), o con el pago íntegro (por capital e intereses anteriores a la quiebra) a los acreedores, aun sin completo reparto (o sea, **con la liquidación del pasivo**), cesa la razón de ser de la quiebra: el procedimiento colectivo se agota; **la quiebra se cierra**. El Curador debe, naturalmente, dar el rendimiento de cuentas de su gestión (a los acreedores o al quebrado, según las hipótesis indicadas). Este rendimiento de cuentas debe ser aprobado, y cuando lo sea y los acreedores hayan obtenido sus mandatos de pago, el Curador solicitará del Tribunal que, una vez constatada la liquidación efectuada (art. 807 del Código Procesal Civil, o, por sus siglas C.P.C.), o la absoluta imposibilidad de realizar algunos créditos restantes, (arts. 803 y 808 del C.P.C.; ambos concordados en sus párrafos primeros), declare, mediante sentencia, cerrada la quiebra (art. 808, párrafos 1 y 2 del C.P.C.). En tales casos, **la clausura de la quiebra es definitiva**, no provisional; no cesan solamente las operaciones de quiebra, sino que termina y se agota definitivamente la misma, y el Tribunal, con su sentencia, no hace sino constatar y declarar este estado de cosas.

(1) En este sentido, BONELLI, SEMO, SATTI, PROVINCIALI, AZZOLINA, RODRÍGUEZ, etc., citados por RAMÍREZ (José A.), *La Quiebra*, Tomo III, BOSCH, Casa Editorial – Urgel, 51 bis – Barcelona, 1959, 839 págs.

(2) Esta posición es la asumida por RAMÍREZ, NAVARRINI, CUZZERI, CICU; entre otros, *ibídem*, págs. 16, 20 y 22.

Sin embargo, no siempre la quiebra se cierra después de haber seguido su curso normal; hay casos en que éste queda truncado durante su desenvolvimiento por perfección de acuerdos. He aquí el **convenio**; nuestro tema. Y en tal caso, si bien cesan las operaciones de la quiebra, no desaparece enteramente la fundamental condición de la quiebra: la cesación de pagos. Razón por la cual la eventual revocación de la sentencia de clausura, no crea un quebrado nuevo, sino que debe hacer considerar al deudor como si hubiera sido siempre quebrado, y, si la reapertura se verifica, la actividad anterior del deudor debe considerarse como actividad de un quebrado. Este fundamental principio se recoge en el art. 947 del Código de Comercio.

Lo recién dicho, nos revela la importancia que señaláramos anteriormente en cuanto a la importancia de hacer la diferencia entre **clausura** como acabamiento definitivo de la misma, o acabamiento normal del proceso, y cesación de la quiebra por otro lado, **como interrupción o acabamiento temporal o provisional de las operaciones de la quiebra**, o bien como acabamiento anormal. A todo lo dicho es importante aclarar, que la Cesación bien puede desembocar en una clausura; pero no al revés.⁽³⁾

Procedemos ahora a ahondar en dicha clasificación procurando hacerla de manera estricta, no sin antes dejar en claro que alguna parte de la doctrina, habla también de modos normales y anormales de terminación de la quiebra en el entendido de normal como usual, y de anormal como poco común.⁽⁴⁾ De allí que como veremos, el Convenio o Concordato, que es considerado técnicamente como un modo anormal de terminación de la quiebra, por algunos es considerado normal en el sentido que estadísticamente es lo que más ocurre.

(3) Es importante hacer la salvedad y dejar advertido, que si bien por razones sistemáticas de estudio es conveniente hacer la diferencia entre ambos modos de terminación de la quiebra, ésta clasificación conlleva el problema de entrada, que si consideramos a la “cesación” como “*un acabamiento temporal*” de la quiebra, pues resultaría semánticamente contradictorio tal denominación por cuanto el **acabar** implica un final definitivo y no con carácter suspensivo.

(4) En este sentido, RIPERT (Georges), *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1954, 563 págs.

El tema lo consideramos fundamental por lo que procedemos a profundizar en él:

i) Modos Normales de acabar la quiebra

El fin del proceso de quiebra es la satisfacción de todos los acreedores con la liquidación de los bienes del deudor, se comprende también que el proceso de quiebra debe extinguirse cuando se ha conseguido la satisfacción de los acreedores (en todo o en parte, según el caso), o cuando no pueda ya ser conseguido (art. 808 del C.P.C.). Así pues, el pago es el modo normal de clausurar la quiebra, ya que, como extinción de la mayoría de las obligaciones y sobre todo de los procesos ejecutivos, el pago es acto jurídico sustancial ya sea a la relación o al proceso.⁽⁵⁾ Ahora bien, normalmente ese pago en la quiebra se hace con el fruto o producto de la liquidación de los activos. Sin embargo, otra posibilidad es el que un tercero, en atención al quebrado y por razones de conveniencia y oportunidad empresarial, asuma por éste el pago liberatorio frente a sus acreedores. En el caso de la liquidación de activos, estamos frente a un pago coactivo que se hace con bienes de la quiebra, y en el otro, frente a un pago extraconcursal voluntario hecho por un tercero. En cualesquiera de ellos la finalidad de la quiebra se alcanzó: el pago a los acreedores, y por lo tanto se deberá proceder a la clausura de la misma. La hipótesis del pago hecho por un tercero, está previsto por el párrafo primero del artículo 796 del Código Procesal Civil, en aplicación de lo que consideramos una incorrecta técnica legislativa. Lo anterior, por cuanto la Sección Séptima de dicho cuerpo de leyes denominada “Convenio entre los acreedores y el concursado”, bajo el cual se ubica el mentado artículo 796, debería ser considerada –la sección entera– como un modo anormal de terminación de la quiebra (tal y como veremos más adelante); sin embargo, al incluir el artículo la posibilidad que un tercero liquide los pasivos del concursado dentro de un convenio (Concordato), se mezclan erradamente los modos normales de terminación de la Quiebra con los anormales.

ii) Modos Anormales de acabar la Quiebra

La nota característica de estos modos anormales de terminación de la Quiebra, se da cuando el procedimiento de quiebra una vez

(5) En el caso de los procesos concursales, claro está, será requisito formal adicional la resolución respectiva del juez, y la cual es regulada en nuestro sistema por el numeral 808 párrafo 2 del Código Procesal Civil.

instaurado de conformidad con los requisitos legales respectivos, cesa, antes que se repite agotado de la manera estudiada en el acápite anterior. Tal situación se presenta cuando a través de determinado medio procesal se *trunca, corta, interrumpe o suspende* el natural curso del proceso. Ese giro que da el proceso antes de su finalización normal, entendida esta como clausura definitiva, es la nota característica de los modos anormales de acabar con la quiebra. En general, la doctrina y las distintas legislaciones reconocen dentro de esta categoría los siguientes supuestos: a) Revocación de la Quiebra, b) Caducidad y prescripción de la instancia, c) Desistimiento de los petentes acreedores, d) Inasistencia de los acreedores a las juntas, e) inexistencia de la obligada e insoslayable pluralidad de acreedores contra el común deudor, por entender que en el caso de un acreedor único no procede la quiebra (art. 760 del C. Com.), y e) sobre la que versa este ensayo, el **Convenio o Concordato** entre el quebrado y sus acreedores (art. 796 y siguientes del C.P.C., y art. 933 y siguientes del Código de Comercio).

Sección II

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL CONCORDATO

La idea de que sea la mayoría de los acreedores la que decida sobre la suerte del deudor, es antigua. Se la encuentra en los usos de las ferias para el *salvoconducto* a conceder al deudor. En las ferias de Lyon y de Champagne, los acreedores del fallido podían, por mayoría y bajo control de la justicia, firmar un convenio que era obligatorio incluso para los que se oponían. En las ciudades italianas de la Edad Media, se encuentra también el concordato de la mayoría. Los comerciantes lo defienden fundándolo en la idea del interés común. La ordenanza de 1673 y la declaración del 13 de septiembre de 1739 –ambas francesas–, lo reglamentan. Se trata, pues, de una institución muy antigua.⁽⁶⁾

(6) RIPERT (Georges), *op. cit.*, pag. 408.

Sección III

CONTENIDOS DE LA PROPUESTA DE CONCORDATO TIPOS DE CONCORDATOS MÁS UTILIZADOS

Si a través del juicio de quiebra (proceso de ejecución colectiva) se pretende obtener mediante la liquidación o realización del activo del deudor, la satisfacción de los créditos en su contra, y si el convenio o concordato concursal busca la satisfacción de los acreedores por un procedimiento diverso al de la liquidación en el juicio de quiebra, al que pone fin (tal y como lo estudiáramos en la Sección I de este ensayo), se comprende que el convenio o concordato sólo tenga un contenido, el cual implica necesariamente un modo de satisfacer los créditos contra el común deudor. Y si se tiene en cuenta que la quiebra es la insolvencia, con la imposibilidad de satisfacer a tiempo los créditos suscritos originalmente entre el deudor y sus acreedores, se desprende entonces que la satisfacción de los créditos mediante el convenio sólo pueda atenderse o con: a) la cesión de los insuficientes bienes del deudor (**Concordato de Cesión de bienes, o Concordato por abandono de activo**),⁽⁷⁾ o con b) una quita o rebaja de los créditos, expreso en el numeral 943 del Código de Comercio (Concordato Remisorio o Condonatorio), o con c) la espera o dilación para su pago (Concordato Dilatorio), o con d) una mezcla del Concordato Remisorio con el Dilatorio (Concordato Mixto). De alguna manera con todos estos tipos de Convenio (salvo con el Concordato por abandono de activo), se puede pensar en que se pretende preservar la empresa en vez de aniquilarla, con todos los aspectos mercantiles y sociales positivos que ello implicaría; no solo para el fallido sino para los acreedores también.⁽⁸⁾ Dicha intención es implícitamente recogida en nuestra legislación por el art. 948 del Código de Comercio.

Sección IV

GENERALIDADES Y PARTICULARIDADES DEL SISTEMA DEL CONCORDATO

La quiebra puede desembocar en un acuerdo entre los acreedores y el deudor, por el cual los primeros aceptan la propuesta del segundo, dirigida a poner fin al procedimiento concursal, mediante un

(7) *Ibidem*, pág. 424. Este tipo de Concordato era el utilizado para rehuir a la prisión por deudas.

(8) VICENTE Y GELLA, citado por RAMÍREZ (José A.), *op. cit.*, pag. 125.

arreglo de sus relaciones consistente de ordinario en la oferta de pago de un porcentaje de cada uno de los créditos. Se realiza en tal hipótesis un Concordato, al que la ley considera precisamente como causa de cesación de la quiebra. Para el autor Salvatore Satta el elemento del porcentaje es natural, si no esencial al Concordato,⁽⁹⁾ aunque no exclusivo, ya que el concordato puede tener también un contenido diverso del pago puro y simple de un porcentaje (pago parcial liberatorio), cual sería una propuesta sobre el pago total; en cualquiera de los dos casos: inmediatamente o a plazos. En ambos casos, el fallido hará el pago liberatorio –total o parcial– con la condición de que será liberado respecto a los acreedores y que la quiebra cesará.⁽¹⁰⁾ Más para que se dé ese carácter liberatorio, la doctrina y legislaciones generales señalan como exigencias formales: **i)** La propuesta del deudor debe obtener de los acreedores un voto mayoritario favorable, y **ii)** El Concordato debe ser homologado por el Órgano Jurisdiccional competente de la Quiebra.⁽¹¹⁾

Sin embargo, en este punto relativo al pago porcentual-parcial es importante nuevamente detenernos, ya que si nos estamos al tenor de lo dispuesto por el art. 796 de nuestro Código Procesal Civil, estaría excluida esta posibilidad considerada por buena parte de la doctrina. Es decir, abruptamente dicho artículo establece que el convenio se dé sólo cuando un tercero acepte pagar por cuenta suya a nombre del fallido, para así liberar a éste frente a sus acreedores, sin posibilidad que el propio deudor ofrezca un porcentaje de su propio patrimonio a los diferentes acreedores de la quiebra, sin recurrir a la presencia de un tercero que interceda por el fallido. Así las cosas, la amplitud presente en el numeral 933 del Código de Comercio, para formular un arreglo o convenio entre el fallido y sus acreedores, se limita procesalmente por el artículo 793 del Código Procesal Civil al incluir –necesariamente– en la escena del Convenio a un tercero. Viéndolo desde un ángulo meramente contractual, parecería que el artículo 1026 y siguientes del Código Civil, serían aplicables para determinar eventualmente el carácter vinculante de ese tercero con relación al Convenio entre el fallido y sus acreedores.

(9) SATTÀ (Salvatore), *Instituciones del Derecho de Quiebra*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, 682 págs.

(10) RIPERT (Georges), *op. cit.*, pág. 408.

(11) GUYENOT (Jean), *Curso de Derecho Comercial*, Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1975, 529 págs.

De lo expuesto, se puede deducir como particularidad del Concordato, que éste tiene carácter **oneroso**. De allí que la remisión total de las deudas, no podría ser una propuesta negociable dentro del convenio.

i) Voto mayoritario de los acreedores

Es importante, antes de seguir adelante, señalar un aspecto particular del Concordato que influye sobre la libre disposición de los derechos de los acreedores, nos referimos a la necesaria armonización de los intereses de todos los acreedores, por lo que no debe ser admisible que la voluntad contraria de un solo acreedor pueda hacer vana la voluntad acorde de todos los otros. Ello por cuanto dentro del convenio erguido, se perfila una solidaridad de intereses entre los acreedores (que no existe en la quiebra) por la cual ellos se oponen al deudor no como individuos, sino como masa, o, si se quiere, como unión organizada, cuya voluntad es expresada por la mayoría, y por una mayoría particularmente calificada (de número y de capital). En nuestro sistema esta mayoría está contradictoriamente regulada por un lado por la concordancia de los arts. 796 último párrafo del Código Procesal Civil, con el 948 del Código Civil, y por otro, por los artículos 913, 938 y 939 del Código de Comercio. En ambos casos se establece como requisito una mayoría calificada en votos de capital de las tres cuartas partes del pasivo, sin embargo en el caso de los numerales 913, 938 y 939 del Código de Comercio, pareciera mejor el enunciado por cuanto se separan de antemano de la votación a los acreedores privilegiados; lo cual no ocurre en el 948 del Código Civil. La decisión de esta mayoría vincula a todos los acreedores, y no sólo a los acreedores concurrentes (y, por tanto, llamados a expresar su voluntad), sino también a los concursales que, por cualquier motivo, no hubiesen participado efectivamente en la junta. Justamente, este **carácter vinculante** del Concordato respecto de los acreedores, por su emanación de la masa, como unión organizada, se inserta en el procedimiento de la quiebra, de la cual comporta la cesación. Incluso, los órganos de la Quiebra quedan también vinculados a lo allí acordado, sin poder ignorarlo como si fuera un contrato privado ajeno a la Quiebra, y deben proceder en una aplicación conforme a lo acordado en él. Así pues, en cuanto a la vinculatoriedad del contrato para los acreedores disidentes, ésta se explica por el carácter colegial que asume la deliberación de los acreedores; la vinculatoriedad para los no concurrentes es una consecuencia legal, así como es consecuencia legal la cesación de la quiebra.

Teniendo presente el contenido señalado ha de excluirse además que se pueda ver en el concordato una novación, una remisión, o bien una transacción; se trata de una estimación convenida del resultado probable de la liquidación, y de la aceptación de este resultado fuera de la liquidación, con efecto liberatorio para el deudor.⁽¹²⁾ Creemos pues conveniente indicar, que el Convenio otorgaría (si se llega a homologar; claro está) una eficacia modificativa, sobre todas las relaciones preestablecidas a la Quiebra entre el deudor y sus acreedores, y no constitutiva.

Esto nos lleva directamente a una discusión importante, en cuanto a qué ocurre cuando dicho Convenio atente contra la prelación de créditos establecida por la misma ley. De alguna manera, los arts. 786, 788, y 791 del Código Procesal Civil denotan el resguardo que se debe tener a favor de los derechos adquiridos por los acreedores privilegiados, lo cual dejaría relegado el Concordato únicamente para los acreedores quirografarios. En este mismo sentido, Satta establece que los **sujetos del Concordato** son el deudor proponente y los acreedores quirografarios. Los acreedores privilegiados, sean los prendarios, hipotecarios u otros, no participan, en el Convenio, porque ellos deben ser satisfechos íntegramente, y, por consiguiente, no tienen interés en el concordato mismo; salvo que exista –claro está– una rara renuncia voluntaria y expresa.⁽¹³⁾ Lo anterior avala la tesis que esbozamos supra, en el sentido que consideramos mejor construidos los arts. 913, 938 y 939 del Código de Comercio, sobre el 948 del Código Civil, y por ende creemos aquéllos son los llamados a ser aplicados.

ii) **Oposición y Homologación del Concordato**

Después de celebrada la Junta en donde se conoció del Convenio, y antes de la homologación del Convenio; se le otorga el plazo respectivo a los acreedores para formular oposiciones al mismo. Nuestra legislación mercantil es conteste con buena parte de la doctrina, en que

(12) Interesante ver cómo como aunque el mismo Satta reconoce el carácter liberatorio del Convenio, considera que subsiste aún después de éste, una obligación natural del deudor por el resto faltante para completar el importe íntegro de la obligación originaria, una vez cancelada el porcentaje convenido. SATTÀ (Salvatore), *op. cit.*, p. 392.

(13) *Ibidem*, p. 395.

los acreedores legitimados activamente para formular tales oposiciones son: a) los acreedores disidentes, o sea, aquellos que hubiesen votado en contra del convenio, y b) aquellos acreedores ausentes, o sea, los que no hubieren concurrido a la junta (Primer párrafo art. 941 del Código de Comercio). Así las cosas, no están legitimados activamente los acreedores, que según el acta levantada al efecto, hayan asentido en el Convenio. Tampoco podrán oponerse los acreedores que no tienen derecho de asistencia a la Junta, como lo son los que no tengan un crédito admitido y aprobado por auto firme, o los privilegiados. Alguna parte de la doctrina, considera la situación de los oponentes a quienes no les prosperó su oposición, como uno de los pocos casos en que el derecho privado admite que un acreedor sea expropiado de una parte de su derecho en virtud del interés general. Sin embargo, de alguna manera este derecho de oposición otorgado a las **minorías**, refleja una ulterior protección que el legislador le quiso otorgar a éstas, observando **tres grandes principios** que dominan la celebración del Concordato: a) imposibilidad de sacrificio total; b) prohibición de modificar la naturaleza del derecho, c) respeto de la igualdad entre los acreedores.

Interesante es por último acotar, en cuanto a las oposiciones dentro de nuestro sistema mercantil, como éstas se pueden formular pero no por razones de fondo o conveniencia, sino solo se admiten aquellas que tengan motivaciones meramente formales; de conformidad con el art. 941 del Código de Comercio, y el 798 párrafo primero del Código Procesal Civil concordado con el art. 965 del Código Civil.

Entrando al tema de la **homologación**, el legislador no ha querido dejar a los acreedores el derecho absoluto de acordar el Concordato. El autor francés Ripert anecdóticamente ha comentado: *“Ha temido una conformidad demasiado fácil, dada por acreedores cansados. Se ha visto a célebres estafadores obtener de sus víctimas un concordato entusiasta.”*⁽¹⁴⁾ Lo cierto es que, habiendo o no oposición, corresponde al tribunal homologar el Concordato.

Pero para algunos dicha homologación, implica no solo un control de legalidad sino también de fondo.⁽¹⁵⁾ La legalidad concierne a la observancia de las prescripciones legales para la admisión y la validez

(14) RIPERT (Georges), *op. cit.*, pag. 416.

(15) SATTA (Salvatore), *op. cit.*, págs. 405 y ss.

del concordato. Por tanto, el Tribunal controla si todos los acreedores han sido informados de la propuesta, si las exclusiones del voto han sido regulares, si el cálculo de las mayorías es exacto, etcétera. El fondo concierne a la conveniencia del concordato, sobre todo en el interés de la minoría y de los ausentes, pero también en el de la mayoría (y eventualmente de todos los acreedores unánimes) que puede haber consentido por una inexacta visión de las cosas (sin caer exactamente en un error material, por ejemplo una inadecuada apreciación de la empresa dentro de la economía nacional). Y la conveniencia no es solamente una cuestión de relación entre porcentaje y patrimonio del deudor, sino también de garantía del pago, y por tanto de solvencia del garante o del que asume el concordato, etc. Para parte de la doctrina, la conversión del juez encargado de la homologación, en un contralor de fondo no es inconciliable con la naturaleza contractual del concordato, para otro sí lo es. Para SATTÁ por ejemplo, la homologación o no por razones de fondo no es inconciliable con la naturaleza contractual del Concordato en razón de intereses objetivos que se persiguen con éste. En la misma línea GUYENOT, para quien el Tribunal puede negar las ofertas hechas por el deudor y aceptadas por el voto de los acreedores, si éstas no son serias, o bien por razones de interés público.⁽¹⁶⁾ Para PROVINCIALI en cambio, dicho tipo de control sí desnaturaliza el carácter contractual de la figura en estudio.

Nos inclinamos por la posición de Provinciali, sobre todo por que estamos ante un convenio de naturaleza patrimonial, según el cual las partes se pueden desprender de la porción de su patrimonio que deseen por estar este disponible al antojo de su propietario. Igual criterio pareció seguir también nuestro legislador al establecer el párrafo segundo del numeral 798 del Código Procesal Civil, en relación con el 965 del Código Civil.

Sección V

EFFECTOS DEL CONCORDATO

El Concordato pone fin a la quiebra y modifica las relaciones jurídicas entre el deudor y los acreedores. Establecido bajo el control de la justicia, es en lo sucesivo ley de las partes. No cabe admitir ninguna

(16) GUYENOT (Jean), *op. cit.*, pág. 244.

modificación posterior por una junta de acreedores sobre la base de mayoría. Sin embargo, no podrían prohibirse, después de la homologación, los acuerdos particulares con determinados acreedores. El concordato crea a beneficio de cada acreedor un nuevo derecho de crédito que tiene por objeto el *dividendo convencional*. Este derecho es susceptible de un convenio particular.⁽¹⁷⁾ A lo anterior hay que hacerle la salvedad, que si dichos acuerdos particulares se dan antes de la celebración de la Junta, o después de ésta y contraviniendo a lo acordado en ella en perjuicio de los demás acreedores, el convenio particular sería nulo de conformidad con el numeral 937 del Código de Comercio; por violar el principio de la justicia distributiva, o más técnicamente (según la materia en estudio) por violar el principio de la *par conditio creditorum*.

Los acreedores que no se presentaron a la Junta habiendo estado admitidos, o los que votaron contra el Convenio, quedan obligados a sufrir sus efectos según las pautas acordadas por la mayoría. Incluso, en el caso de un Concordato remisorio, no podrían alegar una anulación de dicha remisión si el fallido deviniera con el tiempo a mejor fortuna, o si hubiera un sobrante de los activos una vez hecha la repartición acordada. Lo anterior salvo pacto en contrario (art. 943 del Código de Comercio). Los efectos del Concordato se hacen extensivos, incluso para aquellos acreedores no admitidos; por no haber legalizado oportunamente su crédito dentro del procedimiento concursal. Para éstos, el derecho que les subsiste de cobrarles al deudor una vez aprobado el Convenio, es sólo de una parte igual a la que les habría correspondido de la porción acordada en el Concordato; si hubieren legalizado su crédito oportunamente en la quiebra (art. 944 y 945 del Código de Comercio).

Conviene en este punto hacer una clasificación entre los efectos procesales, y los sustanciales o de fondo, que produce el Concordato una vez votado favorablemente en Junta de acreedores y aprobado judicialmente.

i) Efectos de Derecho Procesal: Los principales efectos de derecho procesal que la homologación o aprobación judicial del convenio produce, son los siguientes:

a) *Pone fin al juicio de quiebra:* Si bien la finalidad perseguida en tal juicio era liquidar el patrimonio del deudor para aplicar su

(17) RIPERT (Georges), *op. cit.*, pág 421.

importe, mediante reparto, a la extinción del pasivo en su contra, es natural que si los acreedores convienen con el quebrado un sistema distinto liquidatorio, aquella finalidad decaiga ante la nueva situación creada. En ese sentido, el art. 800 del Código Procesal Civil indica que "... se tendrá por terminado el concurso,..."

b) Rehabilitación del fallido: El Derecho Comercial toma del derecho penal la idea de la rehabilitación. El comerciante que se conduce bien, debe ser dispensado de las inhabilitaciones de la quiebra. Antiguamente los Códigos de Comercio, establecían condiciones tan severas para las rehabilitaciones; que rara vez se alcanzaban. En Francia por ejemplo, no había más de cinco rehabilitaciones por cada mil. Históricamente, y en diferentes legislaciones, han existido distintos tipos de rehabilitados. Entre los varios ejemplos de rehabilitados (concordatarios o no), i.b.1) tenemos que en algún momento como medida especial se estableció la rehabilitación de antiguos fallidos que se habían distinguido en las operaciones militares. Otro ejemplo, i.b.2) son las leyes de amnistía que contienen a menudo disposiciones relativas a los fallidos. Otro son los casos de: i.b.3) los fallidos fallecidos, que podían ser rehabilitados después de su muerte como una satisfacción moral concedida a su memoria. Otra era: i.b.4) la rehabilitación judicial de derecho, que operaba como recompensa del fallido que habían pagado todas sus deudas en capital, intereses y gastos, aún siendo concordatario. Aquí el deudor debía simplemente demostrar haber cancelado las sumas que adeudaba. Otra era: i.b.5) la rehabilitación legal, en la cual el fallido simplemente lo que tenía que hacer era aguardar pacientemente la expiración del plazo legal de 10 años del auto declarativo, sin estar obligado a hacer el menor esfuerzo para pagar a sus acreedores. Llegaba a suceder paradójicamente aquí, que a veces ocurría que la quiebra aún no estaba clausurada, cuando el fallido ya se encontraba rehabilitado.

La mayoría de legislaciones también prohibían la rehabilitación de aquellos fallidos culpables o fraudulentos, o que hubieran sido condenados por robo, estafa o abuso de confianza, a menos que hubieran sido rehabilitados desde el punto de vista penal.⁽¹⁸⁾ La motivación de estas prohibiciones se asentaba en que, si bien no eran fallidos culpables o fraudulentos, siempre habían cometido otros delitos

(18) Art. 612 del Código de Comercio Francés, RIPERT (Georges), *op. cit.*, pág. 450.

contra la propiedad ajena, la cual de alguna manera es el bien jurídico protegido en la quiebra. En Costa Rica, de manera un tanto similar, el art. 951 del Código de Comercio, permite la rehabilitación de aquellos fallidos declarados culpables tan pronto cumplan la pena que les fuere impuesta o fueren indultados, y hayan pagado íntegramente a sus acreedores o comprueben que han cumplido en todas sus partes el convenio celebrado con éstos. Para el caso de los quebrados fraudulentos, la situación es un tanto más gravosa, ya que sólo podrán ser rehabilitados (art. 952 del C. Com.) si hubiesen pagado íntegramente sus deudas y después de transcurrir tres años desde el cumplimiento de la pena que les fuere impuesta o de la fecha en que hubieren sido indultados. Importante aclaración, hace el numeral 953 del cuerpo de leyes citado, al establecer que el pago íntegro aludido en el 952 y 953 se refería al efectuado con el haber de la quiebra o mediante entregas posteriores. Veamos la siguiente comparación, para comprender mejor la situación del fallido que se rehabilitará a través de un Concordato. Si la declaración de quiebra produce la inhabilitación del quebrado para la administración y disposición de sus bienes, de los cuales queda desapoderado, se comprende que el levantamiento de la quiebra, gracias al convenio, cancele aquella inhabilitación. Siguiendo el numeral 948 del Código de Comercio, y el 800 párrafo segundo del Código Procesal Civil, el Convenio produce la rehabilitación del fallido, en consecuencia, será repuesto en el ejercicio de todos sus derechos, acciones, bienes, libros, efectos y papeles, y el Curador deberá rendirle cuentas de su administración en un plazo perentorio. El autor GARRIGUES expresa que aprobado el Convenio: “el deudor vuelve a ser puesto al frente de la administración de sus bienes, cesando los Síndicos en sus funciones, previa rendición de cuentas al quebrado”.- c) Cesan en sus funciones los Órganos de la Quiebra: Se podría pensar que si con el Convenio homologado, la Quiebra cesa, y el proceso se da por provisionalmente terminado, pues igualmente ocurriría con los órganos creados durante ese proceso. Sin embargo, nos parece acertado el criterio del autor Rodríguez, en el sentido que si los órganos de la quiebra desaparecen, puesto que cesan en sus funciones el Juez, la intervención, la Sindicatura y aún la Junta de acreedores, ello no es obstáculo para que eventualmente en virtud del convenio pueden reservarse algunas funciones a uno y otro órgano. Esa “posibilidad” de permanencia de los órganos aún después de homologado el Convenio, es la que pareciera recoger nuestro Código de Comercio; por lo menos es claro tal hecho en relación con el Curador y los interventores de la quiebra, al interpretar a contrario sensu la última parte del art. 948 con relación al curador, concordada con el 942 para efecto de incluir a los interventores.

ii) Efectos de Derecho Material: Los principales efectos de derecho sustantivo que la aprobación judicial del convenio produce, son los siguientes:

a) Es de acatamiento obligatorio para el quebrado y sus acreedores cuyos créditos daten de fecha anterior a la declaración de quiebra: Siguiendo al autor GONZÁLEZ HUERBA, el Convenio aprobado es obligatorio para todos los acreedores, los ausentes y los presentes, los que hayan disentido y los que hayan votado a su favor; todos, excepto los de dominio y los hipotecarios que no hayan tomado parte (dentro de nuestro sistema serían todos los privilegiados), quedan sujetos a cobrar en los plazos que se señalen, y a perder la parte proporcional que se remita o perdone, sin derecho para recobrarla como no se pacte expresamente.⁽¹⁹⁾ Obliga pues, a todos los acreedores concursales, llegaran o no a ser concurrentes, comprendidos o no en el balance, hayan tomado o no parte en el procedimiento, hayan legalizado o no su crédito, lo mismo que aquellos que este pendiente de reconocimiento (arts. 945 y 944 del Código de Comercio). Por lo tanto, conseguida la aprobación judicial del convenio, y salvo que se produzca su posterior revocación o resolución, las relaciones crediticias del quebrado y sus acreedores se rigen, a partir de entonces, por los pactos del convenio, los cuales sustituyen a los que primitiva y privativamente regulaban aquellas relaciones. He aquí la eficacia modificativa que opera, y de la cual habláramos en alguna línea supra.

b) De no mediar pacto expreso en contrario, los créditos quedarán extinguidos definitiva e irrevocablemente en la parte de que se hubiere hecho remisión al quebrado: Nuestro artículo 943 del Código de Comercio, establece que en virtud del convenio quedan extinguidas las acciones de los acreedores por la parte de los créditos de que se hiciese remisión al quebrado, aun cuando éste viniera a mejor fortuna, o le quedare algún sobrante de los bienes del concurso, salvo pacto en contrario. Va más allá dicha norma y aplica la remisión aludida a los fiadores del quebrado y a los obligados solidariamente. Con relación a este efecto sustancial del Convenio, los autores GÓMEZ DE LA SERNA y REUS,⁽²⁰⁾ plantean una problemática interesante en el sentido de determinar si la “ventaja” aquí acordada a favor del

(19) GONZÁLEZ HUERBA, citado por RAMÍREZ (José A.), *op. cit.*, pág. 226.

(20) *Ibidem*, pág. 229.

deudor, en cuanto a la parte remitida, aplicaría para el caso en que él incumpliera el Concordato. Es nuestro criterio, que para tal caso si el deudor ha incurrido en un incumplimiento doloso, no cabría la aplicación de la extinción sobre la parte remitida. Lo anterior en aplicación del art. 701 del Código Civil. Sin embargo, subsistiría el problema de qué ocurriría ante un incumplimiento con culpa. El autor GONZÁLEZ HUEBRA nos otorga una luz para resolver este problema, si fuera el caso de proceder contra el fallido por resolución contractual por incumplimiento, “se constituye otra vez el deudor en quiebra, como lo estaba antes, volviendo las cosas al mismo estado”,⁽²¹⁾ con lo cual pareciera acertado considerar para este caso, que tampoco cabría la aplicación de la extinción sobre la parte remitida. En sustento de esta tesis, la última frase del mismo art. 947 del Código de Comercio, según el cual en tal caso, más en el de la nulidad y en cualquier otro en que sea necesaria la reapertura del procedimiento de la quiebra, “*las concesiones otorgadas quedarán sin efecto*”. De tal suerte que lo correcto sería a nuestro criterio, en vez de hablar de la “extinción de las acciones de los acreedores por la parte remitida”, de una condición suspensiva que recaería sobre dichas partes remitidas de los créditos, y que se haría efectiva la remisión una vez cumplido el Concordato; en el entretanto permanecen suspendidos los efectos de dicha remisión.

c) Sólo mediante pacto expreso, los acreedores que hubieren aprobado una quita o remisión parcial, tendrán derecho a repetir contra los bienes que posteriormente adquiera el quebrado, hasta el completo cobro: De alguna manera este enunciado es el mismo que el anterior en sentido contrario, ya que si bien la falta de pacto expreso en contrario extingue definitivamente la parte del crédito de que se hubiere hecho remisión al quebrado, cuando existe dicho pacto no tiene por qué producir la quita o remisión aquellos efectos decisivos. Se trata, en resumidas cuentas, de otro aspecto de la aplicación del principio “*pacta sunt servanda*”.

Sección VI

NULIDAD Y RESOLUCIÓN DEL CONCORDATO

Ambos supuestos son previstos por nuestra legislación en el ya mentado numeral 947 del Código de Comercio.

(21) *Ibidem*, pág. 229.

i) Nulidad del Concordato

En la doctrina se discute si al haberse homologado el convenio, cabe o no su impugnación, ya por defectos de fondo, o de forma. Por lo que se refiere a vicios o defectos de forma (defectos en la convocatoria o celebración de la Junta por ejemplo), no existe razón alguna de peso en orden a la posible posterior impugnación, ya que de conformidad con los artículos 798 del C.P.C., 965 del Código Civil y el 940 del Código de Comercio, el juez ya debió haber procedido a verificar con detenimiento dichos aspectos. Si el Juzgado entendió que no había infracción alguna al respecto, tampoco denunciada por ningún acreedor dentro del plazo que para la impugnación del convenio votado en junta concede la ley, no parece admisible plantear de nuevo un problema procesal ya resuelto.

En cambio en lo relativo a los vicios de fondo, no parece que la homologación haya sido suficiente. Por ende, pensando algunos en la naturaleza contractual del Concordato, creen que por faltar alguna de las condiciones esenciales para la formación del acuerdo (caso en que si vició el consentimiento por dolo o error; por ejemplo) podría solicitarse la anulación. Los casos típicos en que procedería la declaración, sería cuando se ha dado una dolosa exageración del pasivo, o una disimulación evidente del activo, gracias a los cuales se llegó eventualmente a obtener una mayoría indispensable para su aprobación en Junta.⁽²²⁾ Así pues, no podría hacerse prevalecer dicha aprobación, por afectar dichas causas a la colectividad entera de los acreedores, sorprendidos en su buena fe por aquel engaño.

Importante es añadir en este acápite, como a diferencia de lo que ocurre en las oposiciones del Convenio, los legitimados activamente aquí, son cualquiera de los acreedores afectados, y no solo los disidentes o ausentes.

ii) *Resolución del Concordato*

Otro remedio, no contra la sentencia de homologación –como lo indica SATTÁ– sino contra el Concordato, es la Resolución. Éste es el supuesto previsto por incumplimiento del deudor, a las obligaciones

(22) En ese sentido, art. 138 de la *Ley de Quiebras* italiana.

contraídas en el convenio. El autor RAMÍREZ, ejemplifica parte de los escenarios frente a los que podríamos estar: *“Si el deudor, pues, se obligó a pagar sus créditos o parte de ellos en determinadas fechas y no lo hizo así, el convenio quedó incumplido. Si el deudor se obligó a proseguir sus actividades mercantiles en determinado local y cesó en su negocio o traspasó tal local, incumplió el convenio. Se el deudor se obligó a conservar su patrimonio inmobiliario y luego procedió a su gravamen o enajenación, infringió el convenio. Si el deudor hizo cesión de bienes a sus acreedores, y luego sustrajo parte de ellos, incumplió el convenio. Sencillamente, los supuestos de incumplimiento pueden ser tantos como obligaciones contrajera el deudor al convenir. Y en todos y cada uno de los supuestos de infracción o incumplimiento de sus obligaciones por el deudor, se da el supuesto legal rescisorio del convenio”*.⁽²³⁾

Sección VII

EL PROBLEMA DE LA COSA JUZGADA PRODUCIDO POR LA RESOLUCIÓN QUE HOMOLOGA EL CONCORDATO

Antes que nada parece apropiado ver el significado que dentro de nuestra legislación procesal, adquiere el concepto de Cosa Juzgada Material. Al tenor del artículo 162 del Código Procesal Civil, la Cosa Juzgada Material se produce en procesos Ordinarios, Abreviados, o cualesquiera otros que la ley mande. Sería dentro de esta última hipótesis que cabría otorgarle el carácter de Cosa Juzgada Material, a la resolución que homologue un Concordato, de conformidad con los artículos 799 del mismo cuerpo de leyes y el 940 del Código de Comercio. Continúa diciendo el numeral 162, que los efectos de la cosa juzgada material se limitan a lo resolutivo de la sentencia y no a sus fundamentos, lo cual hace indiscutible, en otro proceso, la existencia o la no existencia de la relación jurídica que ella declara.

Así las cosas, siguiendo a Satta, nos damos cuenta que nuestra legislación no es la única que sigue la tendencia de otorgarle a la resolución que homologa el acuerdo; carácter de cosa juzgada. Veamos sin embargo la diferencia de matiz, con lo que el autor indica: *“Después de la conversión en cosa juzgada de la homologación, la relevancia de la causa necesariamente se reduce, sin embargo, ella no se anula del todo,*

(23) Con relación a la última parte de la cita, en buena técnica debe leerse rescisorio y no resolutorio, RAMÍREZ (José A.), *op. cit.*, pág. 272.

porque la ley admite todavía la posibilidad de una anulación por exageración dolosa del pasivo o por disimulación importante del activo".⁽²⁴⁾ Al hacer una buena interpretación del párrafo transcrito, debe interpretarse que la Cosa Juzgada mencionada por Satta, y vigente en el art. 138 del Código Civil italiano, hace alusión a una Cosa Juzgada Formal, más que a una Material, por cuanto con ésta última parecieran cerrados todos los caminos para solicitar, posterior a la resolución de homologación del Concordato, una anulación de ésta. Ello no solo estaría en contra del sentido contractual que éste reviste, sino que iría en contra del mismo art. 947 del Código de Comercio que permite la anulación. Así las cosas, el otorgarle a la homologación carácter de Cosa Juzgada Material, es algo que iría en contra de la nulidad alegable del mismo Convenio, más no de la resolución contractual. Ello sería así por cuanto la nulidad afectaría alguno de los elementos esenciales para la formación válida del contrato, más la resolución implicaría un problema en la ejecución del concordato, y no en el momento de su constitución; la cual en la hipótesis de la resolución se presumiría válidamente perfeccionada.

Creemos que para hacer un análisis adecuado de la figura, es menester tener claro que el Concordato, el carácter contractual de la figura en estudio, la cual requiere para su perfeccionamiento de requisitos formales esenciales establecidos por la ley, como la mayoría calificada en la votación y la homologación del órgano jurisdiccional. Una vez reconocido el carácter que reviste la figura, es fácil concluir en el yerro legislativo de otorgarle carácter de cosa juzgada material a un acuerdo que, en razón de su índole contractual, puede ser declarado nulo por vicios en su formación. En síntesis, la homologación, no representa indefectiblemente el único elemento necesario para determinar el cierre del negocio jurídico, sino que no es más que un requisito formal, adicionado por la ley para este determinado negocio jurídico, dentro de otros varios elementos esenciales sustanciales a considerar. Y si bien es dable considerar que se mezclan elementos procesales dentro del Concordato, éstos tienen que ser en la medida de lo posible, acordes con los otros elementos contractuales que se mezclaron, por lo que la figura procesal en consonancia con el convenio dentro de la quiebra, sería la Cosa Juzgada Formal y no la material; por las razones expuestas.

(24) SATTÀ (Salvatore), *op. cit.*, pág. 393.

CONCLUSIÓN

Tal y como lo advirtiéramos desde la Introducción de este ensayo, el carácter *sui generis* del Concordato, implica tener cierta cautela en el estudio de la figura. Si bien es un Convenio que se da dentro de la Quiebra, ello implica de alguna imponer por ley procedimientos formales, a una figura (el Convenio o Contrato en general) que suele ser completamente **libre** en su formación y ejecución por las partes. La tarea debe realizarse con cuidado para no violentar, por lo menos en lo sustancial, esa libertad que tienen las partes para acordar todo aquello que no sea ilícito.

Del estudio hecho, consideramos que la figura es fundamental para la salvaguarda no solo de la empresa (vista desde un ángulo comercial, lucrativo y de estímulo para la producción), sino también desde un punto de vista social en el tanto pretende con la salvaguarda de aquella; también sostener los ingresos de los trabajadores dependientes de la misma. Más aún, con la salvación de la empresa, puede existir también, según el caso, un mayor retorno a los acreedores quirografarios.

La figura, según pudimos constatar, no está regulada de la mejor manera en nuestra legislación, por lo que –según nuestro humilde criterio–; señalamos los defectos de la misma que deben ser corregidos; sobre todo para que el acople de la intervención procesalista, en la libertad de la figura contractual; sea lo más suave posible, tratando de preservar la preeminencia que ésta última debe tener.

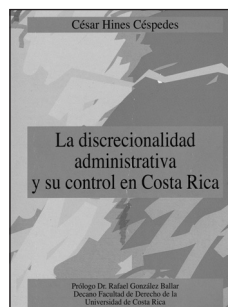
BIBLIOGRAFÍA

- BONFANTI (Mario A.), GARRONE (José A.), *Concursos y Quiebras*, 5ta. Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 692 págs.
- RAMÍREZ (José A.), *La Quiebra*, Tomo III, BOSCH, Casa Editorial, Urgel, 51 bis, Barcelona, 1959, 839 págs.
- RIPERT (Georges), *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1954, 563 págs.
- SATTA (Salvatore), *Instituciones del Derecho de Quiebra*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, 682 págs.
- GUYENOT (Jean), *Curso de Derecho Comercial*, Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1975, 529 págs.
- GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de Quiebras*, Madrid, 1856.
- BONELLI (Gustavo), *Del fallimento*, Milán, 1923.
- PROVINCIALI (Renzo), *Manuale de diritto fallimentare*, 2ª. Edición, Milán, 1951.
- AZZOLINA (Umberto), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Turín, 1953.
- NAVARRINI (Humberto), *Tratado de di diritto fallimentare*, Bolonia, 1934-1936.
- CUZZERI (Manuel) y CICU (Antonio), *De la quiebra*, traducción de Jorge Rodríguez Aime y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954.
- VICENTE y GELLA (Agustín), *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 3ª. Edición, Zaragoza, 1933.

Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez

César Hines Céspedes. **La discrecionalidad administrativa y su control en Costa Rica** (San José: Mundo Gráfico, 474 páginas, 2006).

En el *Prólogo* a esta valiosa obra el Dr. Rafael González Ballar, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica afirma que el Dr. César Hines enfoca el problema de la discrecionalidad administrativa desde la categoría dogmática general para deshilarlo en procesos aplicativos singulares, desnudando la inoperancia material en la ejecución de los controles que la constitución y las leyes han puesto en manos de quienes están facultados para fiscalizar las actuaciones administrativas.



El contenido de este libro, referido a nuestro país, abarca los siguientes temas, entre otros:

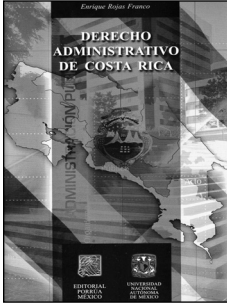
- El origen del control de la Administración
- La discrecionalidad administrativa
- Diferentes sistemas de control de la discrecionalidad
- Límites no reglados a la discrecionalidad
- Sistemas de control de la discrecionalidad
- Sustitución de la Administración por el juez

El Dr. Hines bien resume en sus *conclusiones* que la discrecionalidad administrativa en nuestro ordenamiento jurídico está limitada a los actos y actuaciones administrativas (p. 442).

– o –

Enrique Rojas Franco. ***Derecho administrativo de Costa Rica*** (México: UNAM-Porrúa, 852 páginas, 2006).

Esta valiosa obra está dividida en las siguientes partes:



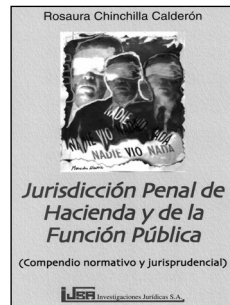
- Primera: Generalidades
- Segunda: Organización administrativa de Costa Rica
- Tercera: Actividad administrativa. Teoría general de los actos administrativos
- Cuarta: Medios personales y materiales de la acción administrativa
- Quinta: Responsabilidad y control
- Sexta: Concepto y evolución de la justicia administrativa

Este libro es una buena presentación del Derecho administrativo de nuestro país, publicado en México para toda la América Latina.

— o —

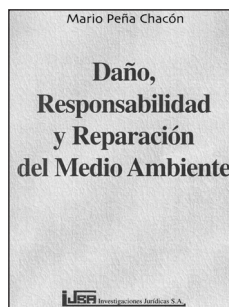
Rosaura Chinchilla Calderón. ***Jurisdicción penal de hacienda y de la función pública. Compendio normativo y jurisprudencial*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 647 páginas, 2006).

La autora en la *Presentación* nos dice que con el propósito de contribuir a la divulgación de las normas atinentes a la recién creada jurisdicción penal de hacienda y de la función pública, se presenta una recopilación de los principales instrumentos internacionales, leyes, proyectos y sus discusiones, reglamentos, circulares y jurisprudencia constitucional y de casación alusivos al tema.



Mario Peña Chacón. ***Daño, responsabilidad y reparación del medio ambiente*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 225 páginas, 2006).

En la *Introducción* su autor nos expresa que esta obra tiene por objetivo desarrollar y caracterizar el daño ambiental, proponer un sistema de responsabilidad ambiental en base a las legislaciones más modernas, y por último, exponer y analizar las diferentes formas de restauración de los daños producidos por actividades humanas que afectan al medio ambiente.



Su contenido está dividido en estos capítulos:

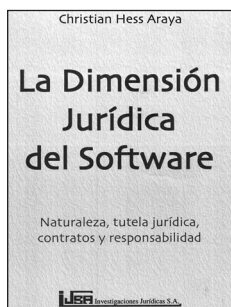
- I. Daño ambiental
- II. Responsabilidad civil ambiental
- III. Reparación de los daños causados al medio ambiente

– o –

Christian Hess Araya. ***La dimensión jurídica del software. Naturaleza, tutela jurídica, contratos y responsabilidad*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 224 páginas, 2004).

El Dr. Alfredo Chirino Sánchez, en la *Presentación* de la primera edición de esta obra afirmó que:

El Máster Hess analiza, con justa razón, el estado actual del debate sobre la protección del software, una dilución que lejos de amainar se ha vuelto a recrudecer frente a las necesidades internacionales por lograr una efectiva protección de la obra intelectual puesta en la concepción, diseño y producción de un determinado programa de cómputo (p. 15).

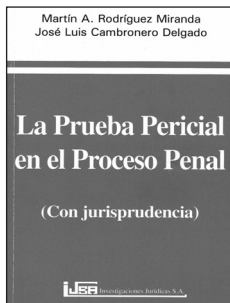


Los capítulos que componen este libro son:

- I. Naturaleza jurídica del software
- II. La tutela jurídica del software
- III. Contratos relativos al software
- IV. Responsabilidad civil originada en el diseño y uso del software

Martín Rodríguez Miranda; José Luis Cambronero Delgado. **La prueba pericial en el proceso penal**. Con *Jurisprudencia* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 148 páginas, 2006).

Sus autores, en la *Presentación*, nos dicen que en la búsqueda de la verdad procesal, la pericia aparece como el medio probatorio idóneo en todos aquellos casos en donde el conocimiento común u ordinario no nos permite comprender o verificar –con facilidad– la hipótesis acusatoria.



El contenido de esta obra es:

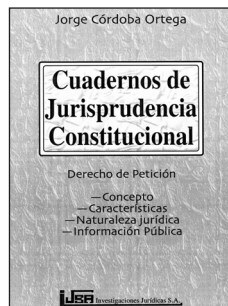
- I. La prueba pericial
- II. El perito
- III. El trámite pericial
- IV. Valoración de la prueba pericial
- V. Distintos tipos de pericia y particularidades de su valoración: breves referencias

– o –

Jorge Córdoba Ortega. **Cuadernos de Jurisprudencia Constitucional**. *Derecho de petición*: concepto, características, naturaleza jurídica e información pública (2005); derecho de respuesta al ciudadano, peticiones dirigidas a sujetos de derecho privado (2006). (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 124 y 136 páginas, dos tomos, 2005 y 2006).

En el *Prólogo*, el Dr. Manrique Jiménez Meza, nos indica que el Dr. Jorge Córdoba Ortega nos brinda en este nuevo libro sobre el derecho de petición y acceso a la información pública, una recopilación sistematizada, escogida y ordenada de sentencias dictadas por la Sala Constitucional (p. 15).

El autor nos informa que este *primer cuaderno* responde a un estudio y seguimiento que se le ha brindado a este derecho fundamental a través de distintas sentencias dictadas por la Sala Constitucional desde el año 1990 al 2005 (p. 21).

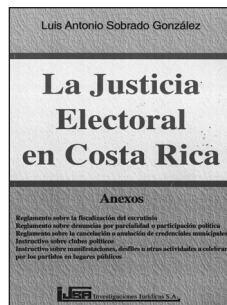


En el *segundo cuaderno*, el autor nos expresa que la jurisprudencia que presento ha sido debidamente clasificada por temas, introduciendo descriptores en cada una de las sentencias (p. 21).

– o –

Luis Antonio Sobrado González. **La justicia electoral en Costa Rica.**

Anexos: reglamento sobre la fiscalización del escrutinio, reglamento sobre denuncias por parcialidad o participación política, reglamento sobre la cancelación o anulación de credenciales municipales; instructivo sobre clubes políticos, instructivo sobre manifestaciones, desfiles u otras actividades a celebrar por los partidos políticos en lugares públicos (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 137 páginas, 2005).



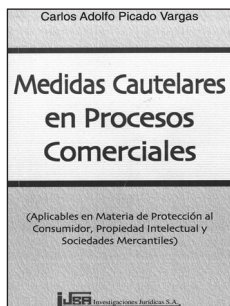
En la *Introducción*, el Dr. Sobrado, Magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones, y Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, nos dice que este Tribunal desempeña su rol constitucional como órgano máximo de la administración electoral y, simultáneamente, ejerce la jurisdicción electoral mediante el conocimiento del “contencioso electoral”, y se le atribuyen adicionalmente competencias “cuasilegislativas”; atribuciones que, en general, ejerce de modo centralizado (p. 16).

El contenido de este libro se divide en los siguientes capítulos:

- I. La justicia electoral en Costa Rica: visión de conjunto e instituciones competentes
- II. El contencioso electoral en Costa Rica: sistema de medios de impugnación y procedimientos
- III. La jurisprudencia electoral en Costa Rica
- IV. Evaluación del funcionamiento del sistema de justicia electoral

– o –

Carlos Adolfo Picado Vargas. **Medidas cautelares en procesos comerciales.** *Aplicables en materia de protección al consumidor, propiedad intelectual y sociedades mercantiles* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A. 275 páginas, 2005).



El Dr. Picado, en la *Introducción* nos indica que en los albores del nuevo siglo, la tutela cautelar se ha redimensionado a la luz del nuevo concepto del debido proceso y el desarrollo de los derechos humanos de tercera generación (p. 25).

En el contenido del libro se pueden observar estos temas:

- Teoría general de la tutela cautelar
- Aspectos procesales
- Medidas cautelares en materia de protección al consumidor
- Medidas cautelares en propiedad intelectual
- Medidas cautelares en materia societaria

– o –

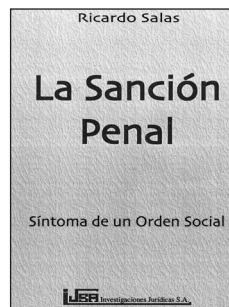
Ricardo Salas Porras. **La sanción penal.** *Síntoma de un orden social* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 288 páginas, 2006).

Su autor nos expresa que el presente trabajo se plantea el estudio de la sanción penal como una forma de ejercicio del poder, a través de funciones y objetivos no declarados, que resultan concordantes con los modelos de control social, en particular los desplegados a través de la historia costarricense (p. 9).

El contenido de esta obra se desarrolla en los siguientes capítulos:

- I. Derecho, ideología y poder simbólico
- II. Ideología, poder simbólico y pena
- III. Hacia una sanción penal justa

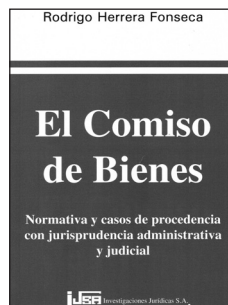
– o –



Rodrigo Herrera Fonseca. **El comiso de bienes**. *Normativa y casos de procedencia con jurisprudencia administrativa y judicial* (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 453 páginas, 2006).

Su autor nos informa que el *comiso* es una figura penal que implica la pena de la pérdida de propiedad y posesión sobre los bienes relacionados con el hecho ilícito. No es por ello una pena sobre la persona, sino sobre objetos que podría eventualmente perjudicar a un sujeto (p. 17)

La Procuraduría General de la República (respuesta a consulta C-080 del 24 de abril del 2000), afirmó que el comiso, conforme al artículo 110 del Código Penal, es una sanción penal accesoria que recae una vez que la sentencia de condena adquiere firmeza, que consiste en la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió el delito y de sus derivados, productos, cosas o valores provenientes de su realización (p. 22).

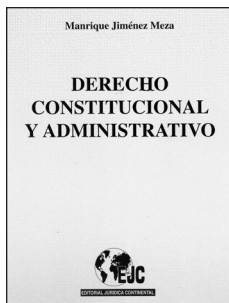


El contenido de este libro está dividido en estos capítulos:

- I. Generalidades del comiso de bienes
- II. Particularidades del comiso
- III. Casos en que procede. Jurisprudencia
- IV. Legislación sobre el comiso y jurisprudencia administrativa relacionada de la Procuraduría General de la República

– o –

Manrique Jiménez Meza. **Derecho Constitucional y Administrativo** (San José: Prólogo Dr. Luciano Parejo Alfonso, Editorial Jurídica Continental, 295 páginas, 3ª. edición ampliada y actualizada, 2005).



Su autor el Dr. Jiménez Meza nos dice en la *Introducción* que el presente libro recoge un conjunto de reflexiones expuestas en estudios monográficos, los cuales han sido reelaborados y actualizados para favorecer la efectiva protección de los derechos fundamentales ciudadanos (p. 15).

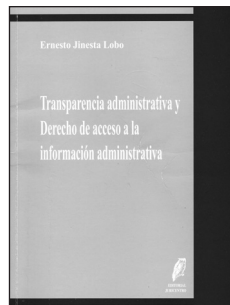
El contenido de este libro contiene estos aspectos:

- Los conflictos administrativos de competencia
- El derecho subjetivo público de la acción procesal y su relación con la acción popular y la *class action*
- Los nuevos lineamientos para la potestad sancionatoria administrativa
- La interpretación extensiva del silencio positivo y la dimensión jurídica de las concesiones, autorizaciones y aprobaciones administrativas
- El Estado democrático participativo y el ejercicio de la potestad reglamentaria
- Las convenciones colectivas en el sector público y su incidencia en el ámbito bancario

- o -

Ernesto Jinesta Lobo. ***Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa.*** (San José: Juricentro, 246 páginas, 2006).

En la *Introducción*, el Dr. Ernesto Jinesta Lobo, Magistrado de la Sala Constitucional, afirma que esta obra aborda la obligación impuesta a todas las administraciones públicas, en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, de ser transparentes; y, el derecho correlativo de los administrados de acceder la información en poder de las mismas (p. 15).



El contenido de este libro es el siguiente dividido en capítulos:

- I. Obligación administrativa a la transparencia
- II. Derecho de acceso a la información administrativa

La doctrina pertinente y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, contribuyen a darle a esa obra la consistencia y la relevancia respectiva.

REVISTA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Definición de la revista

- La *Revista de Ciencias Jurídicas* es una publicación científica en el campo del Derecho.
- *Cobertura temática*: los artículos que publica pertenecen a las diversas ramas jurídicas.
- Se *publica* bajo los auspicios del convenio interinstitucional de la Universidad de Costa Rica y el Colegio de Abogados de Costa Rica. Esta revista tiene *nivel científico*.
- Su *objetivo* es divulgar y difundir ensayos en las diferentes disciplinas del saber científico-jurídico, para la asesoría y apoyo logístico de estudiantes y operadores, en general, del Derecho.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Los artículos deben ser originales e inéditos.
2. El artículo no sobrepasará las 25 cuartillas tamaño carta y a doble espacio; y, se presentará con el tipo de letra *Times New Roman* en 14 puntos, las notas al pie de página en 12 puntos.
3. De cada artículo se presenta un original en papel y una versión electrónica (disquete o CD).
4. El título responde de manera concreta y específica al contenido del artículo. No extenderlo a más de ocho palabras.
5. El artículo se acompaña con:
 - a) Un resumen de seis líneas en español y en otro idioma.
 - b) Cinco palabras clave en español y en otro idioma.El autor es responsable de este punto 5.
6. Las páginas del artículo deben numerarse.
7. Cada trabajo presentado debe incluir la bibliografía utilizada. Esta se consignará al final y por orden alfabético del autor.
8. La bibliografía incluye los siguientes datos:
 - a) De libro: autor, año de la primera edición si está consignado, título del libro (subrayado), edición utilizada, ciudad, editorial, año, páginas.
 - b) De publicaciones periódicas: autor, título del artículo (entre comillas). Nombre de la publicación (subrayado), año, volumen, número, páginas.
 - c) De textos electrónicos: "Responsable principal. Título [tipo de soporte]. Responsable(s) secundario(s). Edición. Lugar de publicación: editor, fecha de publicación, fecha de actualización/visión. Descripción física. (Colección). Notas. Disponibilidad y acceso [Fecha de consulta]. Número actualizado".

Ejemplo: "Library of Congress. *History and development of the Library of Congress machine-assisted realization of the virtual electronic library* [en lineal]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmrvel.loc.gov:70/00/about/history> [Consulta: 5 mayo 1997]". (Fragmentos: *Norma ISO690*).
9. El autor del artículo debe indicar brevemente sus datos personales, profesionales, académicos, adscripción laboral, e-mail, teléfono y fax.

Sistema de arbitraje: el Consejo Asesor o Comisión Editorial tiene, además, la función evaluadora.

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
Apartado 75-1100
San José, Costa Rica
380734

