

Revista

340

R

Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
Nº 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
LIL, S.A., 2012.
160 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 y catálogo
- 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 Directora Dra. Gilda Pacheco Acuña; y, a la Profesora M.L. Carmen Carazo Coronado.

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Dr. Gary Amador Badilla	Presidente
Lic. Alvaro Sánchez González	Coordinador de Enlace y Prosecretario
Licda. Rosibel Jara Velásquez	Secretaria
M.Sc. Eduardo Calderón Odio	Vocal V

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Daniel Gadea Nieto	Decano
Dr. Alfredo Chirino Sánchez	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor
Dr. Minor E. Salas	Profesor

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dr. Agustín Gordillo	Argentina
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Francois Collart-Dutilleul	Francia
Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dr. Karlos Navarro Medal	Nicaragua
Magister Carlos Gasnell Acuña	Panamá
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Venezuela
Dr. Allan Randolph Brewer Carías	Venezuela

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica por Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 128, 2012, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
San José (Costa Rica) América Central.

Dirección de la revista digitalizada:

www.ijj.derecho.ucr.ac.cr

<http://cijul.ucr.ac.cr>

www.latindex.ucr.ac.cr

© Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial Universitaria).
Colegio de Abogados.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

128

SAN JOSE, COSTA RICA
2012
MAYO - AGOSTO
(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2012

Presidente:

Dr. Gary Amador Badilla

Vicepresidenta:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Secretaria:

Licda. Rosibel Jara Velásquez

Prosecretario:

Lic. Alvaro Sánchez González

Tesorero:

M.Sc. Jorge Eduardo Villegas Rojas

Vocal I:

Lic. Francisco Rodríguez Araya

Voca II:

Licda. Nazira Merayo Arias

Vocal III:

M.Sc. Juan Carlos Brenes Vargas

Vocal IV:

M.Sc. María Cristina Gómez Fonseca

Vocal V:

M.Sc. Eduardo Calderón Odio

Fiscal:

Licda. Rocío Leiva Trejos

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Henning Jensen Pennington

Director Consejo Universitario:

Dr. José Ángel Vargas Vargas

Vicerrector de Docencia:

Dr. Bernal Herrera Montero

Vicerrectora de Investigación:

Dra. Alice Pérez Sánchez

Vicerrector de Acción Social:

Dr. Roberto Salom Echeverría

Vicerrector de Administración:

Dr. Carlos Araya Leandro

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Ruth De la Asunción Romero

Decano(a) Sistema de Estudios de Posgrado

(Pendiente de nombramiento)

Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Daniel Gadea Nieto

PRESENTACION

En este número se publica el discurso del Dr. Henning Jensen Pennington, *Libertad y responsabilidad*, al asumir el cargo de Rector de la Universidad de Costa Rica, el 18 de mayo del 2012.

Asimismo, se publican ensayos en los campos de la Historia del Derecho, Derecho Laboral, Derecho Electoral, Derecho Internacional Público y Derecho Económico.

También, se incluyen las correspondientes reseñas bibliográficas.

El director-editor
Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	9
Documento:	
Discurso al asumir el cargo de Rector de la Universidad de Costa Rica para el período 2012-2016 <i>Dr. Henning Jensen Pennington</i>	13
Ensayos:	
Historia de la Comisión Codificadora de 1882 y el Código Civil de 1888 <i>Prof. Tomás Federico Arias Castro</i>	21
La inmunidad de la jurisdicción internacional dentro del derecho laboral interno <i>M.Sc. Eric Briones Briones</i>	47
Judicialización de la política en la justicia electoral costarricense <i>Abogado Luis Diego Brenes Villalobos</i>	73
El derecho internacional público y el derecho nacional <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	91
La prestación de los servicios en régimen de competencia <i>Dr. Carlos Alberto Mata Coto</i>	117
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	151

DOCUMENTO



Dr. HENNING JENSEN PENNINGTON
DISCURSO AL ASUMIR EL CARGO DE RECTOR (2012-2016)
DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
18 DE MAYO DEL 2012



LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD

DISCURSO DE TOMA DE POSESIÓN COMO RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA 18 DE MAYO DEL 2012

Con gratitud me dirijo a la comunidad universitaria por el honor que me ha conferido al elegirme Rector de esta casa de cultura superior –institución benemérita– en la que el pueblo costarricense deposita nobles valores y elevadas aspiraciones. Asumo este cargo con alegría y entusiasmo, pero también con inquietud. Conozco las difíciles tareas que el cargo implica y los desafíos que representa; soy consciente de mis propias limitaciones, las cuales, ante la magnitud de la empresa que se avecina, bien podrían desanimarme si no encontrara entre ustedes, compañeras y compañeros universitarios, una fuente permanente de sensatez y conocimiento, a la cual podré recurrir en momentos de aprieto y tribulación. Es este –amigos y amigas– el momento de profundizar la armonía y encontrar en los buenos afectos las bases del trabajo conjunto que es requerido para alcanzar ideales comunes.

La comunidad universitaria ha elegido en mí como Rector a un hijo de emigrantes que, desde hace más de sesenta años, encontraron en esta tierra, pese a todas las congojas, asiento fijo en sus errantes existencias y un suelo fértil y generoso, en el cual han crecido hijos e hijas, nietos y nietas.

Mi nombre no permite advertir con facilidad que nací y crecí en las tierras del viento fuerte y el Papa Verde, donde observé por vez primera –con temerosos ojos infantiles– los anhelos de las gentes por democracia, justicia y libertad; anhelos que la Universidad de Costa Rica recoge y cultiva con firmeza y consecuencia, íntimamente comprometida con la integridad de nuestro pueblo, pero también de las naciones latinoamericanas.

Recordemos que la Universidad de Costa Rica nació dentro de un clima de renovación política y en el marco de una creciente consolidación de una consciencia latinoamericana. Esto se debió no solo a la influencia de la misión chilena, sino también a la ascendencia de personas como Alejandro Alvarado Quirós, nuestro primer Rector, quien desde las décadas iniciales del siglo XX propició la reapertura de la universidad con el fin triple de promover el desarrollo cultural, la identidad nacional y latinoamericana y la educación de la mujer.

Alvarado Quirós, escritor y diplomático de grandes luces, entusiasta latinoamericanista, en su informe como Rector ante la Asamblea Universitaria del 26 de marzo de 1942, hizo referencia a la función social de la cultura y a que, en América Latina, tenemos "... la imprescindible labor de buscarnos una responsabilidad en armonía con nuestra índole característica y con lo que pudiera dar realce a la ciencia, literatura y el arte, a la auténtica civilización americana." Y a esto añadió que "las universidades son los centros indicados para la discusión de las ideas que han de moldear con distintivos propios el alma de la patria ...".

Así, la universidad constituye un espacio desde el cual aportamos a la construcción de los rasgos particulares de la identidad nacional, con lo cual no pensamos en una esencia petrificada, sino más bien en una dinámica cambiante de estados y procesos.

Desde el antiguo Imperio Chino, pasando por las madrasas árabes, hasta llegar a la fundación occidental de la universidad, las academias han gozado de libertad frente a los poderes políticos. Hoy conocemos esa libertad en dos vertientes: la autonomía universitaria y la libertad de cátedra. La autonomía implica responsabilidad de cara a la sociedad que la concede –en nuestro caso por vía constitucional–, y debe ser afirmada como un resultado especial de la evolución política y del progreso cultural de una nación. En el caso de su amenaza, la universidad debe señalar lo que a ese Estado o gobierno le es consustancial y un fundamento de su propia dignidad.

En nuestras circunstancias, a la universidad pública le corresponde, frente al Estado y al gobierno, la función de la anamnesis, o sea "recordar para saber". En todos los momentos de la vida nacional, pero sobre todo en momentos de turbulencia política y de precariedad ideológica, a la universidad le es propia la tarea de orientar a la sociedad y por ello debe constituirse en un espacio de discusión de ideas, en el foro por antonomasia de la opinión pública y la ciudadanía. La universidad es el lugar donde la patria encuentra las condiciones indispensables y óptimas de libertad para desarrollar y articular una consciencia lúcida de sí misma.

Una sociedad celosa de sus virtudes y comprometida con su mejor futuro debe cautelar la autonomía de la universidad, la cual es, en Costa Rica, variable fundante de nuestro modelo de vida.

Nuestra nación es como una nave de tres mástiles que sostienen las velas de la democracia, la libertad y la independencia. Sin una de

estas velas, pierde la nave su tempo, su velocidad de navegación, y su dinámica, o sea su evolución al pasar de los años. Lo mismo ocurriría si una sociedad perdiera la autonomía de sus universidades: se estancaría en la historia y dejaría de aprovechar el conocimiento que ellas están llamadas a producir y transmitir para bien de la colectividad y sus oportunidades de futuro.

El complemento a la función de anamnesis de la universidad es la prólepsis: la anticipación de un futuro proyectado. La universidad invoca los principios fundantes del pasado, pero lo hace para proyectarse a sí misma y a la sociedad que la alberga hacia un mejor futuro. La universidad se toma en serio el presente y el porvenir de nuestra nación; no puede congraciarse con la banalización de las tensiones sociales, ni volverse cómplice de la cultura de la desesperanza, ni alimentar la necrofilia política.

Por el contrario, la Universidad de Costa Rica ha de ser siempre ejemplo de compromiso y profundidad, esperanza y vida.

Y esta es otra razón por la cual siento inquietud. El artículo 50 de nuestra Constitución Política le asigna al Estado un mandato particular y una tarea ineludible, a saber “procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.” De diferentes fuentes sabemos que nuestro país muestra crecientes niveles de desigualdad en los ingresos y no ha avanzado significativamente en la reducción de la pobreza. Estas circunstancias tienen consecuencias lamentables, al incidir en las oportunidades de educación, el acceso a bienes culturales y servicios de salud y muchas otras cosas más. Se limitan las oportunidades y el potencial de vivir una existencia más plena y justa.

Recordemos que el texto constitucional no es solo un instrumento normativo, sino que enuncia un modelo de sociedad que un pueblo se da a sí mismo, modelo que tiene una efectividad a lo largo de las generaciones y en el cual ellas son socializadas. Que el Estado no actúe a la altura de las exigencias de ese modelo de vida en sociedad –por las razones que sean, muchas quizá comprensibles– tiene consecuencias prácticas para cada existencia particular e implicaciones morales para la colectividad.

Esta es una de las situaciones que mayor presión ejerce sobre el núcleo de legitimidad de la sociedad de nuestros días; a saber que la

ciudadanía es escéptica sobre la capacidad de la sociedad moderna de cumplir con la promesa de bienestar para todas y todos. No hay duda de que existen sobradas razones para este escepticismo. La misma idea de progreso se ha visto profundamente socavada y transformada en fata morgana, en espejismo. Como es bien sabido, esto provoca una gran ola de indignación en muchos países del mundo, ante la cual no podemos ser indiferentes. Por el contrario, nuestra universidad debe ser fuente de nuevas perspectivas y factor de cambio, no solo en el ámbito de las ideas, sino también en sus contribuciones concretas e inmediatas. Le debemos a nuestro país la recuperación de la esperanza.

Desde hace años, los medios tradicionales de la organización política han perdido mucho de su fuerza gravitacional, de manera que ahora esa fuerza se ha trasladado hacia otros espacios de la sociedad civil, en los cuales las personas manifiestan sus anhelos y luchan por el reconocimiento de sus particularidades.

Estas nuevas formas de vida articulan derechos colectivos que desafían nuestra concepción tradicional de la política, mientras que, por otro lado, presionan a la sociedad entera hacia una mayor apertura hacia lo nuevo y lo diferente, hacia una afirmación en el derecho de las opiniones y visiones divergentes, así como la inclusión, en condiciones de igualdad, en un proyecto de vida social.

En nuestro país coexisten diferentes formas de vida que constituyen el fundamento de nuestra diversidad y pluralidad. La Universidad de Costa Rica profesa un respeto profundo por esta diversidad; ve en este respeto una parte de su propia naturaleza y, además, un motor de cambio. Las culturas, como sabemos, se mantienen en vida solo si, a partir de la autocrítica y la crítica de afuera, obtienen el ímpetu para su autotransformación.

La universidad se encuentra enmarcada en la dialéctica entre la preservación y el cambio. ¡Ay de la universidad que se duerma en sus laureles! ¡Pero ay también de aquella que confunda lo nuevo con lo mejor! Preservaremos los logros de nuestros antecesores, los adaptaremos a nuevas y cambiantes condiciones e innovaremos sobre lo que nos ha sido transmitido.

La Universidad de Costa Rica ha producido un abundante acervo de saberes, un grado amplio de tradiciones y un próspero conjunto de soluciones a problemas materiales que han llegado a todos los ángulos

de nuestro territorio, gracias al arma serena, pero poderosa de la regionalización.

Somos una institución conservadora, pero en el buen sentido de resguardar principios e ideales que constituyen pilares de continuidad y coherencia de nuestra tradición institucional y nacional. Pero también somos una institución innovadora: descubrimos lo nuevo y nos enrumbamos seguros hacia el futuro.

A lo largo de los años, nuestros esfuerzos formativos se han encaminado a desarrollar destrezas y habilidades concretas, pero también a ampliar el horizonte de la experiencia y el conocimiento basado a la vez en la razón y los afectos, en una epistemofilia que se deleita por igual en la trayectoria de los astros como en la metamorfosis de las moléculas y las proteínas, en la danza de los átomos y en las vicisitudes de las metáforas y las metonimias.

La educación pública debe responder a valores superiores que tienen en el goce equitativo, justo y solidario de los derechos de los y las habitantes, un ápice y un marco referencial ineludible. Debe ser una educación solidaria. La educación pública debe responder a la forja de esos valores y tomar nota de que se trata de una tarea cumplida por la universidad en el aula y fuera de ella, en campos, montañas y mares; en la acción social y en la investigación libre e independiente.

Este paradigma histórico de la universidad sigue vigente y está amparado en derechos que es nuestra obligación tutelar y hacerlos accesibles a las poblaciones que no tienen, ni tendrán en el futuro previsible, capacidad económica para adquirirlos como mercancías.

Esto marca una notable diferencia entre lo público y lo privado; en muchos campos, no es posible cerrar las brechas de distribución de la riqueza e inequidad vía mecanismos de oferta y demanda. No está en juego aquí un principio retórico; estos asuntos incumben a la médula de nuestra organización social y política y con ellos se define el destino de la colectividad y el futuro de nuestra juventud, de nuestros y nuestras estudiantes, quienes constituyen nuestra razón de ser.

Se ha vuelto lugar común decir que problemas complejos requieren respuestas complejas. La inter o transdisciplinarietàad se ofrece como recurso para vencer el conocimiento unidimensional, pero por lo general los esfuerzos así orientados terminan en una agregación

de puntos de vista y no en una simultaneidad de los enfoques que informan la mirada intelectual de algo.

Tomemos un ejemplo. Muchas personas conocedoras de este tipo de asuntos consideran que la Misa en Si menor de Juan Sebastián Bach es la composición musical más grande de todos los tiempos... por lo menos de la música europea. Esta opinión es cuestionable, como cualquier generalización. Pero nos ayuda a ilustrar lo que queremos decir. Podemos hacer de ella un análisis musical inmanente, descifrar su estructura, descubrir la relación entre sus elementos, pero también podemos incursionar en sus antecedentes históricos y preguntarnos por qué habrá Bach escrito una misa católica siendo él protestante; nos podemos percatar de sus conflictos religiosos e inclinaciones ideológicas, contemplar en detalle los procedimientos compositivos de este gran artista, quien trabajó en esta obra una parte importante de su vida, casi hasta su final; quizá nos arrastre en júbilo el ánimo exaltado de sus coros y ello nos provoque un atisbo de redención del largo dolor de tantas guerras en suelo europeo.

Así habremos pensado en la Misa en Sí, menor desde el punto de vista de la musicología, la sociología, la historia, la religión, la psicología y la estética. En otras palabras, no habremos simplemente agregado –una tras otra– una forma de ver, sino que habremos visto simultáneamente lo mismo desde diferentes ángulos.

Esta multiplicidad se aplica también a nuestra propia universidad como un todo, la cual se caracteriza por la diversidad de opiniones, pero dentro de un conjunto finito de principios.

Para finalizar, quisiera compartir con ustedes una anécdota.

Hace más de 40 años, siendo apenas estudiante, tuve la osadía de invitar a Viktor Frankl a que visitara nuestro país. Fue así como este eminente psiquiatra vienés, fundador de la logoterapia, dictó conferencias en suelo costarricense. En aquella ocasión, decía Frankl que, en los Estados Unidos, además de tener una Estatua de la Libertad frente a su costa Este, debían erigir una Estatua de la Responsabilidad frente a la costa Oeste.

Evoco esta idea de Frankl por la evidente correspondencia entre libertad y responsabilidad, principio que debemos aplicar tanto a nuestra institución como a toda la vida nacional. Y la evoco también

porque en Costa Rica y el mundo parece darse una crisis de la responsabilidad. Un ejemplo claro es que la actual crisis financiera, que azota al orbe provocando desempleo y hambre, angustia y desesperanza, es atribuida a mecanismos económicos impersonales, cuando en esto, como en todo lo humano, hay responsables de carne y hueso. Ejemplos semejantes podríamos mencionar para nuestro país, muchos de ellos actuales. Todo ello tiene consecuencias concretas para la vida de cada ciudadano y ciudadana. No es aceptable ninguna actitud evasiva frente a ellas.

Hay otro tipo de responsabilidad, a saber aquella que se refiere a la materialización de nuestras potencialidades; es decir, a las decisiones que tomamos a favor de esta o aquella opción. Debemos enfrentar la responsabilidad por cada huella que dejamos –o no dejamos– en las arenas del tiempo.

Traigo a colación el tema de la responsabilidad porque considero que la universidad pública debe jugar también un papel moral; sin pretender el monopolio de la verdad, con toda humildad, debe señalar lo que es precario e insuficiente, invitar a reflexionar sobre lo que es desfavorable, peligroso y destructivo para nuestra vida en sociedad; estimular el análisis de la calidad de nuestra democracia.

Naveguemos juntos esta nave, guiémosla –como decía Carlos Monge Alfaro– con prudencia y sabiduría, para alcanzar un puerto calmo y seguro.

Mi eterna gratitud a todos y todas ustedes. ¡Buenos días!

HISTORIA DE LA COMISIÓN CODIFICADORA DE 1882 Y EL CÓDIGO CIVIL DE 1888

Prof. Tomás Federico Arias Castro^(*)

Abogado costarricense

(Recibido 26/10/10; aceptado 30/11/12)

(*) Licenciado en Derecho, Historiador, egresado de la Maestra Centroamérica en Ciencias Políticas (UCR). Coordinador y Docente de la Cátedra de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la UCR y de Historia Constitucional de la Maestría en Derecho Constitucional de la UNED. Académico de Número de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas.

E-mail: toarca@costarricense.cr.

Teléfono: (506) 2222-2618

RESUMEN

El presente artículo de investigación histórica, expone al lector, un minucioso y detallado estudio, acerca de las distintas etapas y hechos históricos que se conjugaron para la conformación de la afamada Comisión Codificadora de juristas de 1882, considerada como el órgano jurídico más emblemático de nuestra Historia. Asimismo narra los pormenores que propiciaron su principal obra: el Código Civil de 1888, el cual se mantiene vigente hasta el presente.

Palabras clave: Historia del Derecho; Comisión Codificadora, Código Civil; Derecho Civil, Colegio de Abogados.

ABSTRACT

This historical research article exposes the reader a thorough and detailed study about the different stages and historical events that came together for the creation of the famed Codifying Commission of Jurists, 1882, considered the most representative legal body in our history. It also recounts the details that led to his main work: the Civil Code of 1888, which force to the present.

Key words: History of Law; Codifying Commission, Civil Code, Civil Law, the Bar Association.

SUMARIO

Introducción

1. El Código General del Estado (1841)
2. La reforma del Código General del Estado (1858)
3. El proyecto de Código Civil (1870)
4. El Dr. Francisco Chávez Castro
5. La primera Comisión Codificadora (1882)
6. La segunda Comisión Codificadora (1882)
7. Creación de “El Foro” (1882)
8. Elaboración del Código Civil (1882-1885)
9. Emisión y vigencia del Código Civil (1886-1888)
10. Derrotero del Código Civil (1888 presente)

Bibliografía

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

La historia jurídica de Costa Rica se caracterizó durante la centuria decimonónica, por el surgimiento de una serie de leyes y normativas que modelaron nuestro sistema de derecho hacia un conglomerado jurídico basado en la irrestricta libertad de acción y pensamiento de los individuos. Paradigma bajo el cual, las únicas restricciones posibles a imponer en materia jurídica, eran aquellas que se consideraban como básicas para la convivencia social.

Aunque ya desde los albores mismos de la independencia empezaron a atisbarse algunas trazas en este sentido, dicho marco de ideas empezó a gestarse de modo profuso a partir de 1841 y se fue desarrollando de modo pausado y paulatino durante las próximas cuatro décadas, con una serie importante de reformas y creaciones normativas.

Hasta que finalmente y como producto de un meticuloso conjunto de elucubraciones, así como por la conjunción de varias coyunturas históricas, se decidió a principios de los años ochenta del citado siglo XIX, reformar profusamente nuestra legislación civil, con el fin de colocar a Costa Rica al mismo nivel jurídico de las más avanzadas tesis jurídicas del momento.

Por lo que este artículo de investigación historiográfico pretende mostrar los distintos factores, personajes y circunstancias que se concatenaron a partir de 1882, para crear la más afamada Comisión Codificadora de nuestra historia, así como la trascendental normativa que surgió de sus trabajos: el *Código Civil* de 1888.

1. EL CÓDIGO GENERAL DEL ESTADO (1841)

La primera normativa que se aplicó en materia de Derecho Civil en nuestro territorio fue el afamado *Libro de las Leyes*, emitido en el siglo XIII por el monarca medieval español Alfonso X *El Sabio*. Dicha obra, comúnmente conocida con el nombre de las *Siete Partidas*,⁽¹⁾ empezó a tener vigencia en nuestro suelo en particular (y en el reino

(1) SECCO ELAURI, Oscar y BARIDON, Pedro. *Historia Universal (Edad Media)*. 1972, p. 165.

de *Las Indias* en general) a partir del siglo XVI,⁽²⁾ por disposición del monarca Carlos I.

Esta situación se mantuvo incólume después del proceso de emancipación de la corona española en 1821, hasta que se modificó ostensiblemente en 1841 bajo la segunda Jefatura de Estado del Lic. Braulio Evaristo Carrillo Colina (1838-1842).

En efecto, la necesidad de contar con un moderno sistema jurídico que fuese aplicable a las nuevas realidades comerciales y mercantiles de la época, así como la idea de simplificar el enmarañado conjunto normativo vigente, llevó al mandatario Carrillo Colina a elaborar nuestra primera legislación civil, para lo cual tomó como base el Código Civil promulgado en 1836 por el presidente peruano Gral. Andrés de Santa Cruz y Calahumana,⁽³⁾ destinado a regir en la recién creada *Confederación Perú-Boliviana*.

Una vez terminado el proyecto (consistente en un conglomerado entre la obra peruana y una serie de agregados y modificaciones realizadas por Carrillo a dicho código,⁽⁴⁾ con el fin de adaptarlo a nuestra realidad jurídica), fue presentado a la llamada Cámara Consultiva, órgano que según lo dispuesto en la Constitución Política vigente conocida como el *Decreto de Bases y Garantías* (Art. 5º, inciso 3º, acápite 1º),⁽⁵⁾ debía de aprobarlo en conjunción con el Jefe de Estado.

Así las cosas, el proyecto fue aprobado y entró en vigencia el 30 de julio de 1841, bajo el nombre de *Código General del Estado de Costa Rica*,⁽⁶⁾ consistiendo de una sección de Derecho Civil, una de Derecho Penal y otra de Derecho Procesal aplicable a las dos anteriores materias.

(2) SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica*. 2008, p. 149.

(3) OBREGÓN QUESADA, Clotilde. *Carrillo: una época y un hombre (1835-1842)*. 1989, p. 78.

(4) FERNÁNDEZ GUARDIA, Ricardo. "Carrillo y el Código General". *Espigando en el pasado*. 2008, p. 100.

(5) PERALTA QUIRÓS, Hernán. *Las Constituciones de Costa Rica*. 1962, p. 270.

(6) Título original: *Código General del Estado de Costa Rica, emitido el 30 de julio de 1841*. 1841.

En lo tocante a la normativa civil, esta se dividió en un título preliminar y tres libros. El primero de ellos versaba sobre *Las Personas*, el segundo sobre *Los Bienes y las modificaciones a la Propiedad* y el tercero sobre *Los Modos de adquirir la Propiedad*.⁽⁷⁾

A partir de su aplicación no solo se convirtió en la piedra angular sobre la que se estructuró nuestro andamiaje en materia de derecho civil, sino que:

“(...) representó una verdadera revolución jurídica en Costa Rica, ya que incorporó de pleno a nuestro país al moderno movimiento codificador iniciado por Napoleón, y dotó al derecho costarricense, por primera vez en su historia, de un conjunto sistemático de reglas claras, precisas y organizadas de modo racional (...)”⁽⁸⁾

2. LA REFORMA DEL CÓDIGO GENERAL DEL ESTADO (1858)

Durante la tercera administración presidencial de don Juan Rafael Mora Porras (1858-1859) se vio la necesidad de actualizar una serie de acápite del Código General del Estado, que se consideraban obsoletos o desfasados. Con ese fin se comisionó en 1858 al antiguo presidente de la Cámara de Justicia, don Rafael Ramírez Hidalgo,⁽⁹⁾ para que realizase las adiciones y anotaciones correspondientes, al señalarse que:

“(...) el Gobierno deseoso de facilitar el conocimiento de nuestra legislación civil y penal, así como el procedimiento en ambas materias, tiene a bien comisionar para hacer las anotaciones correspondientes de una manera clara y precisa, al Sr. Don Rafael Ramírez, sujeto que, a sus capacidades

(7) JIMÉNEZ BLANCO, Salvador. *Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica (Tomo primero)*. 1874, pp. 12-17.

(8) VILLALOBOS R., José H., CHACÓN, Luz A. y SÁENZ C., Jorge F. *Braulio Carrillo: El Estadista (Tomo III)*. 2000, p. 459.

(9) SEGURA CARMONA, Jorge R. *La clase política y el Poder Judicial en Costa Rica*. 1982, p. 169.

forenses reúne la práctica de las disposiciones del mismo Código desde que fue adoptado en Costa Rica y por consiguiente conoce perfectamente la historia de sus alteraciones y modificaciones (...)"⁽¹⁰⁾

Una vez finalizado el minucioso y arduo trabajo de Ramírez Hidalgo, el Poder Ejecutivo dispuso la publicación de una segunda edición del Código General del Estado con todas las correcciones incorporadas por éste; reimpresión que se efectuó en la ciudad de New York.⁽¹¹⁾ Pero debido a la calidad de dicha labor y al hecho de que casi la totalidad de los juristas empezaron a utilizar únicamente esta segunda versión, las autoridades de gobierno decretaron en abril de 1859, que solo tendría efectos legales lo dispuesto en esta segunda codificación, quedando derogada la redacción original de 1841, por cuanto:

"(...) Desde el 1º. de mayo de 1859 regirá en la República, la segunda edición del Código General revisado, anotado, adicionado y corregido...y en consecuencia las autoridades, Tribunales, Juzgados y empleados a quienes toque, arreglarán sus procedimientos y decisiones á lo que se establece por dicha edición (...)"⁽¹²⁾

3. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL (1870)

El vertiginoso desarrollo jurídico de nuestra patria, así como la emisión de una serie de leyes relacionadas a la materia civil, propiciaron que un mes después de iniciada la breve administración presidencial del Dr. Bruno Carranza Ramírez (abril-agosto, 1870),⁽¹³⁾ se emitiera el 24 de mayo de 1870 el decreto No. XXIV que señalaba:

"(...) Art. 1º.- Créase una comisión que se encargará de la formación de los Códigos Civil, Penal

(10) *Colección de Leyes y Decretos (1858)*. 1871, pp. 213-214.

(11) Título original: *Código General de la República de Costa Rica*. 1858.

(12) *Colección de Leyes y Decretos (1859-1860)*. 1871, p. 19.

(13) ARIAS CASTRO, Tomás Federico. "Dr. Bruno Carranza Ramírez: Médico y periodista de gran trayectoria". *Revista Buena Salud (Colegio de Médicos y Cirujanos de C.R.)*. No. 20, 2011, p. 48.

de Comercio y de Procedimientos judiciales. Art 2°.- Nómbrense miembros de la Comisión que se crea, a los señores Doctores Lorenzo Montúfar, Miguel Macaya y Juan Venero, y a los señores Licenciados Ramón Carranza y Salvador Jiménez. Art. 5°. La redacción de los expresados Códigos estará terminada para que puedan ser estos presentados a la Asamblea Constituyente y sometidos a su consideración (...)"⁽¹⁴⁾

Cabe resaltar que los integrantes de la comisión de cita eran algunos de los más destacados miembros del foro nacional, los cuales habían ocupado y ocuparían en años posteriores, importantes cargos: Montufar⁽¹⁵⁾ (Diputado, Canciller, Embajador, Magistrado, Rector de la Universidad de Santo Tomás), Macaya⁽¹⁶⁾ (Diputado, Ministro, Magistrado, Presidente de la Corte Suprema de Justicia), Carranza⁽¹⁷⁾ (Diputado, Magistrado, primer Decano de la Facultad de Leyes y Rector de la Universidad de Santo Tomás, Presidente de la Corte Suprema de Justicia), Jiménez⁽¹⁸⁾ (Diputado, Magistrado, Canciller, autor de la primera obra de doctrina jurídica costarricense: "Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica") y Venero⁽¹⁹⁾ (Diputado, Viceministro, Vicecanciller y Director de la Gaceta Oficial); nombramiento de este último, el cual obedeció también a su condición de periodista y literato, encargándosele por ende los aspectos relacionados a la correcta redacción y sintaxis de la obra.

(14) *Colección de Leyes y Decretos (1870)*. 1873, pp. 60-62.

(15) FERNÁNDEZ ALFARO, Joaquín. "El Dr. Don Lorenzo de Montufar y Rivera". *Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas*, No. 16-17, 1970, pp. 18-22.

(16) SOLERA RODRÍGUEZ, Guillermo. *Ex-presidentes de la Corte Suprema de Justicia (1825-1966)*. 1966, pp. 41-42.

(17) SÁENZ C, Jorge F. y MASÍS P., Mauricio. *Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*. 2006, pp. 179-180.

(18) ESQUIVEL SALAS, Hernán. "Biografía del Dr. Salvador Jiménez Blanco". *Revista Judicial*, No. 81, 2003, pp. 139-142.

(19) CASCANTE S., Carlos H. y SÁENZ C., Jorge F., *Diccionario biográfico de la diplomacia costarricense*. 2006, p. 70.

De modo lamentable las intenciones esgrimidas en el decreto de marras no pasaron de ahí, pues a pesar de que los trabajos de la citada comisión iniciaron, lo cierto es que nunca se presentó proyecto alguno para ser conocido por los diputados constituyentes.⁽²⁰⁾

4. EL DR. FRANCISCO CHÁVEZ CASTRO

El 10 de agosto de 1882 se inició en Costa Rica una de las administraciones presidenciales de más fuste e importancia para nuestra historia, bajo la égida y guía del Gral. Próspero P. Fernández Oreamuno.

Con la idea de incorporar a su gabinete a algunos de los más distinguidos juristas de su época (lo cual logró al tener entre sus ministros al Dr. José M. Castro Madriz, al Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno, al Lic. Julián Volio Llorente, al Lic. León Fernández Bonilla y al Lic. Bernardo Soto Alfaro)⁽²¹⁾ nombró en el cargo de Secretario de Gracia, Justicia, Culto y Beneficencia⁽²²⁾ al destacado jurisconsulto Dr. Francisco Chávez Castro, cuya principal obra ministerial sería la creación de la egregia Comisión Codificadora de 1882.

El Dr. Chávez Castro había nacido en la villa de Moravia el 4 de agosto de 1850,⁽²³⁾ logrando graduarse como abogado en la otrora Universidad de Santo Tomás en 1877. Desde muy joven había trabajado como Agente Fiscal, Auditor General de Guerra, Juez del Crimen de San José, Director de la Imprenta Nacional y Presidente municipal de San José.

A partir del citado año de 1877, fue nombrado como Subsecretario de Gobernación, Policía, Agricultura e Industrias del gobierno

(20) SÁENZ CARBONELL, *op. cit.*, 2008, pp. 356-357.

(21) OBREGÓN LORIA, Rafael. "Don Próspero Fernández y su administración" (apuntes históricos). *Revista del Archivo Nacional*. No. 1-12, 1991, pp. 108-109.

(22) GRUB LUDWIG, Udo. *Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica*. (1821-1998). Obra inédita, p. 136.

(23) OBREGÓN LORÍA, Rafael. "Dr. Francisco Chávez Castro" (Iniciador de la codificación de leyes en Costa Rica). *Revista de los Archivos Nacionales*. No. 7-8, 1946, p. 375.

presidido por el Gral. Tomás Miguel Guardia Gutiérrez. Cargo en el que se mantuvo (salvo algunos breves periodos de tiempo) hasta julio de 1882, cuando fue ascendido a Secretario de Gracia, Justicia, Culto y Beneficencia⁽²⁴⁾ del efímero mandato presidencial de don Saturnino Lizano Gutiérrez (julio-agosto, 1882).⁽²⁵⁾

Precisamente fue en este último puesto gubernamental en donde el mandatario Fernández Oreamuno le solicitó que continuara desempeñándose, debido a su acrisolada fama de jurisperito y reconocida probidad. Previamente había recibido el 20 de julio el título de Doctor en Leyes de la Universidad de Santo Tomás, convirtiéndose en uno de los seis únicos juristas de nuestra historia en recibir dicho grado académico de esta casa de estudios superiores.⁽²⁶⁾

Ahora bien, a los pocos días de iniciar su desempeño ministerial, Chávez Castro redactó y presentó al Congreso un proyecto para la redacción de un nuevo Código Civil, al considerar que nuestra legislación en estas materias se encontraba desfasada y correspondía a una época anacrónica de nuestra historia jurídica, cuando por el contrario debía de estar, según sus propias palabras, en consonancia a:

“(...) los modernos adelantos, al verdadero desarrollo que debe tener el principio de propiedad, y al movimiento liberal, que se nota de una manera muy marcada, en el último tercio del siglo actual (...)”.⁽²⁷⁾

5. LA PRIMERA COMISIÓN CODIFICADORA (1882)

La pertinencia e idoneidad de la iniciativa presentada por el Dr. Chávez Castro, provocó que de inmediato fuese respaldada por los diputados del órgano legislativo, quienes emitieron el 28 de agosto de 1882 el Decreto No. IX en el que se estipuló:

(24) *Colección de Leyes y Decretos (1882)*.1883, p. 94.

(25) SÁENZ CARBONELL, Jorfe F. *Los días del Presidente Lizano*. 1997, pp. 103-123.

(26) OBREGÓN LORÍA, Rafael. *Los Rectores de la Universidad de Santo Tomás de Costa Rica*. 1955, p. 43.

(27) OBREGÓN LORÍA, *op. cit.*, 1946, p. 380.

“(...) Considerando que es de necesidad y conveniencia elevar (el) Código Civil...a la altura que en las naciones más cultas ha alcanzado la ciencia del Derecho, se decreta: Art 1º.- Autorízase al Poder Ejecutivo para que encomiende la formación (del) Código Civil...a una comisión de Profesores de Derecho, cuyo trabajo remunerará con una suma determinada para la obra en conjunto (...)”.⁽²⁸⁾

Como complemento a lo anterior, ese mismo día el Presidente Fernández Oreamuno y el Dr. Chávez Castro en su condición de Secretario de Justicia, procedieron a rubricar el decreto citado.

Acto seguido y con la idea de que la comisión de cita estuviese conformada por un eximio grupo de reconocidos juristas, se procedió a nombrar a don Francisco Chávez como su presidente y a los abogados Dr. Antonio Cruz Polanco, Lic. Bernardo Soto Alfaro, Lic. José Joaquín Rodríguez Zeledón y Lic. Ascensión Esquivel Ibarra como sus demás integrantes.

De lo anterior basta con señalar que en los años posteriores, los Licenciados Soto, Rodríguez y Esquivel se desempeñarían como Presidentes de la República en los periodos 1885-1889, 1890-1894 y 1902-1906 respectivamente;⁽²⁹⁾ mientras que Cruz estaba considerado como uno de los más respetados y emblemáticos abogados civilistas,⁽³⁰⁾ tanto en Costa Rica, como en su natal Guatemala.

Lamentable y sorpresivamente, a los pocos días de iniciadas las labores de la Comisión Codificadora, el Dr. Chávez Castro presentó su renuncia irrevocable a dicho ente y a su cargo de Secretario de Gobierno, el 16 de octubre de 1882, cuando refirió al mandatario Fernández Oreamuno que ello obedecía al hecho de que:

“(...) doce años he servido a la política de mi país descuidando mis intereses personales... el deseo de corresponder a la confianza y al cariño de vuestra

(28) *Colección de Leyes y Decretos (1882)*. 1883, pp. 199-200.

(29) BONILLA SERRANO, Harold. *Los Presidentes (Tomo D)*. 1979, pp. 157-160, 163-164, 171-172.

(30) BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Historia del Derecho*. 1913, p. 318.

excelencia me hizo desistir del propósito que tuve de salir del país... y si acepté al lado de vuestra excelencia... fue porque tenía la conciencia de llevar al Gobierno, lealtad y buena fe... otros hombres de mejor círculo y de más talentos pueden sustituirme con ventaja, hoy que el Gobierno afianzado marcha seguro al cumplimiento de sus altos destinos (...).⁽³¹⁾

Algunos días más tarde, don Francisco se embarcó rumbo a la ciudad de Santiago en la isla de Cuba, en donde residía su familia desde hacía varios años en razón de la nacionalidad cubana de su esposa e hijos.

Lo cierto es que uno de los principales motivos de su dimisión había orbitado en torno al malogrado estado de su salud, la cual había decaído profusamente y que creyó restablecer con la compañía familiar y el cálido clima de la isla caribeña. Hecho que se comprobó cuando finalmente y a la temprana edad de 39 años, su alicaído estado corporal colapsó, falleciendo el 2 de marzo de 1889⁽³²⁾ en la localidad cubana de Bayamo.

6. LA SEGUNDA COMISIÓN CODIFICADORA (1882)

La renuncia del Dr. Chávez Castro propició un nuevo nombramiento por parte del Poder Ejecutivo de los integrantes de la Comisión Codificadora, la cual pasó a ser presidida por el citado Dr. Cruz Polanco, manteniéndose en su condición de miembros titulares a los señores Soto, Rodríguez y Esquivel.⁽³³⁾

Pero con la idea de incorporar a una brillante serie de jóvenes estudiantes de Derecho que se habían venido destacando de sobremanera en sus estudios cursados en la Universidad de Santo Tomás, la comisión también fue integrada (en calidad de miembros menores) por

(31) OBREGÓN LORÍA, *op. cit.*, 1946, p. 381.

(32) GRUB LUDWIG, *op. cit.*, obra inédita, p. 130.

(33) ARIAS CASTRO, Tomás Federico. "Ius, Universitas, Collegium". *Revista El Foro (Colegio de Abogados)*, No. 7, 2006, p. 10.

los alumnos Ricardo Jiménez Oreamuno, Cleto González Víquez, José Astúa Aguilar y Ricardo Pacheco Marchena,⁽³⁴⁾ todos los cuales trabajaban como asistentes jurídicos en el bufete del Dr. Cruz Polanco.

De ellos, tal y como es ampliamente conocido, Jiménez y Víquez desempeñarían posteriormente la Presidencia de la República; en el caso del primero entre 1910-1914, 1924-1928 y 1932-1936,⁽³⁵⁾ mientras que el segundo lo haría entre 1906-1910 y 1928-1932.⁽³⁶⁾

Respecto de Astúa Aguilar⁽³⁷⁾ basta con citar que junto a su desempeño como Diputado, Ministro y Presidente del Congreso, está el hecho de ser considerado como el penalista más sobresaliente de nuestra historia jurídica, así como ser al autor del *Código Penal* de 1919 y del *Código Penal* de 1924. En cuanto a Pacheco Marchena⁽³⁸⁾ su derrotero profesional lo llevó a desempeñarse como Viceministro, Ministro, Canciller, Diplomático y primer abogado de la empresa *United Fruit Company* en Costa Rica.

Por último y con el fin de incorporar a un alumno sobresaliente de Derecho, que de modo paralelo a su brillante desempeño académico, también se había venido destacando por su excelso manejo de la morfología y la gramática (pues años atrás se había graduado como filólogo y profesor de idioma castellano y gramática latina), se nombró como Secretario y corrector de estilo de la citada Comisión, al joven Alberto Brenes Córdoba.⁽³⁹⁾ Personaje que en los años venideros se convertiría en el más afamado jurista doctrinario de nuestra patria.

(34) GUIER, Jorge E. *Historia del Derecho (segunda parte)*. 1968, p. 1205.

(35) VARGAS COTO, Joaquín. *Biografía del Lic. Ricardo Jiménez Oreamuno*. 1959, p. 11.

(36) GONZÁLEZ FLORES, Luis F. *Biografía del Lic. Cleto González Víquez*. 1958, p. 7.

(37) Sección: *Columnas del foro nacional*. "Lic. don José Astúa Aguilar". *Revista de la Academia Costarricense de la Historia*, No. 29, 1959, p. 35.

(38) SÁENZ C., Jorge, WOODBRIDGE G., Ronald y SÁENZ B., Melvin. *Los Cancilleres de Costa Rica*, 1986, pp. 140-141.

(39) ARIAS CASTRO, Tomás Federico. "Lic. Alberto Brenes Córdoba" (Vida y obra del jurisconsulto por antonomasia en Costa Rica). *Revista El Foro (Colegio de Abogados)*, edición especial, 2008, pp. 4-13.

7. CREACIÓN DE “EL FORO” (1882)

Un mes antes de que renunciara a la Comisión Codificadora, el Dr. Chávez Castro había ideado la conformación de un escrito informativo que sirviese a todos los integrantes del gremio forense, para que participasen de las labores de la Comisión, ya fuese proponiendo sus valoraciones e ideas, así como sus opiniones técnicas en los distintos segmentos del futuro *Código Civil*. Esto se materializó el 2 de septiembre de 1882, cuando el Ministro Chávez y el Presidente Fernández Oreamuno, suscribieron el Acuerdo No. CXIX, en el que se dispuso:

“(...) Fúndese un periódico titulado “El Foro”, que se pone a la disposición de la Junta Codificadora para la inserción sucesiva de sus importantes trabajos, y del ilustre Colegio de Abogados de esta República, para que así en esta como en las demás materias de Legislación y Jurisprudencia, haga las observaciones que consideren oportunas (...)”.⁽⁴⁰⁾

En virtud de lo anterior, se fundó efectivamente el órgano de cita, bajo el nombre completo de *El Foro: Boletín de Jurisprudencia (Órgano del Colegio de Abogados y de la Comisión Codificadora)*.⁽⁴¹⁾ Su primer ejemplar se editó el 31 de octubre de 1882, por parte de la Imprenta Nacional y con un tiraje de carácter semanal, siendo su primer Director el Lic. Ángel Anselmo Castro Méndez,⁽⁴²⁾ quien se había desempeñado en 1881 como Secretario de la primera Junta Directiva del Colegio de Abogados y que desde otrora se había destacado en el ejercicio del periodismo como redactor y director editorial y que posteriormente sería uno de los cofundadores del afamado periódico *El Diario de Costa Rica*.⁽⁴³⁾

(40) *Colección de Leyes y Decretos (1882)*. 1883, pp. 209-210.

(41) *El Foro*, No. 1, 31 de octubre, 1882, p.1.

(42) ARIAS CASTRO. Tomás Federico. Historia de la primera Junta Directiva del Colegio de Abogados. *Revista El Foro (Colegio de Abogados)*, No. 10, 2009, p. 9.

(43) NÚÑEZ MONGE, Francisco M. *Periódicos y Periodistas*. 1980, p. 59.

8. ELABORACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL (1882-1885)

Casi de inmediato se iniciaron las labores de la Comisión Codificadora, las cuales se verificaron en sesiones nocturnas (por el desempeño profesional diurno de sus integrantes) en el salón de actos de la antigua Corte Suprema de Justicia⁽⁴⁴⁾ (ubicada en la esquina noreste de la cuadra que actualmente ocupa el Banco Central, en San José) y que sirvió paralelamente como primera sede del Colegio de Abogados.

Las principales fuentes normativas que los codificadores utilizaron fue el *Código Civil* francés de 1804 (modificado su nombre en 1807 por el de *Código Napoleón*), el proyecto de *Código Civil* español de 1851 y el *Código Civil* chileno de 1857.⁽⁴⁵⁾ En cuanto a la temática doctrinaria, la principal obra utilizada fue el *Cours de Droit Civil Français* de Charles Marie Aubry y Charles Frederic Rau,⁽⁴⁶⁾ ya que era:

“(...) muy apreciada del Dr. Cruz, y con razón, por ser de mérito indisputable...se utilizó bastante y así se echa de ver que algunos pasajes que allí figuran como simple teoría, se incorporaron al Código como preceptos legales (...)”.⁽⁴⁷⁾

En mayo de 1883 y con la idea de que la Comisión contase con un período de tiempo más amplio para sus labores, debido a lo extenso de la materia por abarcar y la minuciosidad temática que se quería implementar, el Congreso emitió el Decreto No. VII, en el que señaló:

“(...) Autorícese al Poder Ejecutivo para que prorogue el término señalado a la Comisión encargada de formar (el) proyecto de Código Civil... por el tiempo que fuese necesario para la conclusión y perfección de sus trabajos (...)”.⁽⁴⁸⁾

(44) JIMÉNEZ ROJAS, Alfonso. *Del Colegio de Abogados*. En: RAMOS, Lilia. *Júbilo y pena del recuerdo*. 1965, p. 76.

(45) FOURNIER ACUÑA, Fernando. *Historia del Derecho*. 1978, p. 227.

(46) RAMOS NÚÑEZ, Carlos. “Influencia francesa y codificación en Costa Rica”. *Revista Judicial*, No. 70, 1998, p. 20.

(47) BRENES CÓRDOBA, *op. cit.*, 1913, p. 319.

(48) *Colección de Leyes y Decretos (1883)*. 1884, p. 157.

Dos años después, y habiendo contado con la asesoría de una serie de integrantes del Colegio de Abogados,⁽⁴⁹⁾ la Comisión Codificadora feneció su labor y procedió a presentar los resultados de la misma al Presidente de la República, Lic. Bernardo Soto Alfaro, el cual, dispuso la emisión del Decreto No. XXX, del 19 de abril de 1885, en el que se indicó:

*“(...) Que es de conveniencia pública facilitar la emisión del (Código Civil), a fin de que en breve se comiencen a disfrutar los beneficios y ventajas que ha de producir. Decreta: Art. único.- El Poder Ejecutivo, previo dictamen del ilustre Colegio de Abogados, emitirá, **cuando lo juzgue oportuno**, con el carácter de ley de la República, el Código Civil (...)”.*⁽⁵⁰⁾ **(El resaltado es nuestro)**

Decisión fundamentada en el hecho de que si bien es cierto Soto Alfaro (como jurista y ex-integrante de la Comisión) consideraba que el nuevo *Código Civil* era una obra de absoluta calidad técnica y de imperiosa necesidad para nuestro desfasado ordenamiento en esta materia, también sabía que gran parte de las innovaciones normativas que incluía, colisionaban directamente con algunos sectores religiosos y sociales de la realidad decimonónica costarricense, los cuales se encontraban todavía muy permeados por preceptos y valoraciones anacrónicas y vetustas.

Como prueba de ello, entre las disposiciones o artículos que propiciaron las principales reacciones adversas y resquemores, se pueden citar:

- 1) La introducción del *Matrimonio Civil*,⁽⁵¹⁾ al cual se le dio una caracterización jurídico-contractual, opuesta al sentido espiritual-religioso que había tenido desde antaño. Producto de lo cual se establecieron una serie de obligaciones sinalagmáticas entre los cónyuges. Aunado a ello, el matrimonio oficiado por una

(49) FUMERO VARGAS, Patricia. *Colegio de Abogados de Costa Rica: ciento veinte años de Historia (1881-2001)*. 2001, p. 52.

(50) *Colección de Leyes y Decretos (1885)*. 1886, pp. 114-115.

(51) BLANCO SEGURA, Ricardo. *1884: El Estado, la Iglesia y las reformas liberales*. 1984, p. 168.

autoridad religiosa católica seguiría siendo válido, pero se implementó la obligación de inscribirlo en una dependencia del Estado que llevaría el nombre de *Registro Civil*.

- 2) La implementación del *Divorcio*,⁽⁵²⁾ con lo que se permitió la ruptura civil del vínculo matrimonial de los cónyuges, oponiéndose con ello al concepto de unión eterna e indisoluble, defendido por la doctrina religiosa. Como consecuencia de lo anterior, cualquier individuo divorciado podía volver a contraer nupcias civiles, debiéndose previamente inscribir dicha ruptura jurídica en el citado *Registro Civil*.
- 3) La posibilidad para la mujer⁽⁵³⁾ de celebrar contratos, disponer libremente de sus bienes patrimoniales, ejercer la patria potestad respecto de sus hijos y en general actuar en cualquier proceso, sin injerencia de ninguna especie por parte de su marido o autoridad judicial.
- 4) La eliminación de la restricción que en materia sucesoria obligaba a un sujeto a testar sus bienes en casos taxativos, aun y cuando ello significase oponerse a la voluntad de dicho testador. Por lo que se incorporó el principio de la libre disposición testamentaria patrimonial,⁽⁵⁴⁾ la cual ya había sido implementada en nuestro ordenamiento desde la emisión de la *Ley de Sucesiones* de 1881.⁽⁵⁵⁾
- 5) La determinación de que en materia sucesoria, se prohibiese legar o testar a cualquier institución de carácter religioso más de un 10% del valor total de los bienes patrimoniales de un fallecido.⁽⁵⁶⁾

(52) CAMPOS SALAS, Dagoberto. *Relaciones Iglesia-Estado en Costa Rica*. 2000, p. 68.

(53) BADILLA GÓMEZ, Patricia. "Ideología y Derecho: El espíritu mesiánico de la Reforma Jurídica Costarricense (1882-1888). *Revista de Historia (UCR-UNA)*, No. 18, 1988, pp. 195-199.

(54) SÁENZ CARBONELL, Jorge. *Elementos de Historia del Derecho*. 2007, p. 423.

(55) ARROYO ALVAREZ, Wilberth. "La Ley de Sucesiones de 1881". *Revista Judicial*, No. 79, 2001, p. 60.

(56) SALAZAR MORA, Orlando. *El apogeo de la República Liberal en Costa Rica (1870-1914)*. 1990, p. 102.

9. EMISIÓN Y VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL (1886-1888)

Un año más tarde y en cumplimiento de lo establecido en el Decreto No. XXX de 1885, el mandatario Soto Alfaro y el Secretario de Justicia y Gracia, Lic. Ascensión Esquivel Ibarra,⁽⁵⁷⁾ rubricaron el 26 de octubre de abril de 1886, un decreto por medio del cual se emitió el *Código Civil* ⁽⁵⁸⁾ (consistente de un título preliminar, cuatro Libros y un total de 1410 artículos). Pero en ese mismo acto se supeditó su entrada en vigencia a la emisión de una ley que posteriormente determinase el día exacto en que ello debía de verificarse.

Al año siguiente y después de haberse finiquitado una serie de circunstancias necesarias para la efectiva aplicación del *Código Civil* (cuya más importante fue la apertura de las oficinas del *Registro Civil*),⁽⁵⁹⁾ el Congreso de la República emitió el 28 de septiembre de 1887, el Decreto No. LXIII, en el cual ordenó que:

“(...) Art 1º.- El Código Civil... que el Poder Ejecutivo ha emitido en virtud de las leyes de 19 de abril de 1885... empezará a regir el 1º. de enero de 1888. Desde ese día cesará la observancia del Código Civil... emitido el 30 de julio de 1841 y de las demás leyes y reglamentos que traten de las mismas materias (...)”.⁽⁶⁰⁾

Como puede colegirse, este acto legislativo corrigió el ostensible error procedimental cometido en 1886 cuando el Código fue emitido por las autoridades del Poder Ejecutivo, ya que dicha prerrogativa le correspondía exclusivamente a los integrantes del órgano parlamentario.

Asimismo, unos meses antes, el periódico *El Foro*, cuyo fin esencial había orbitado alrededor de la Comisión Codificadora y la elaboración del *Código Civil*, feneció su tiraje el 14 de junio de 1887,

(57) GRUB LUDWIG, *op. cit.*, obra inédita, p. 139.

(58) SÁENZ CARBONELL, *op. cit.*, 2008, p. 358.

(59) VEGA VILLALTA, Marco A. *El Registro Civil: cien años de servicio público*. 1988, pp. 57-58.

(60) *Colección de Leyes y Decretos (1887)*. 1888, p. 344.

después de publicar 96 ejemplares.⁽⁶¹⁾ Algunos lustros después, sería retomada su impresión, dando con ello origen a la actual *Revista El Foro del Colegio de Abogados*.

Por último, y con el fin de comercializar a nivel nacional la novel obra normativa, el Ministro de Hacienda y Comercio, Lic. Mauro Fernández Acuña emitió el 15 de diciembre de 1887, el Acuerdo No. CCXXVI, en virtud del cual se determinó:

“(...) Estando concluida la edición del Código Civil, que ha de empezar a regir el 1º. de enero de 1888... se acuerda: Fijar en un peso el precio de cada ejemplar de dicho Código, y que la venta se haga por la Jefatura de Sección de la Secretaría de Hacienda (...)”.⁽⁶²⁾

10. DERROTERO DEL CÓDIGO CIVIL (1888-PRESENTE)

Algunos lustros después de su entrada en vigencia, el *Código Civil* empezó a experimentar una serie de modificaciones y reformas, como producto de la emisión de algunas leyes especiales, así como por la transformación del panorama jurídico de nuestra patria.

En ese sentido entre las más importantes supresiones y adiciones que se le han practicado se pueden citar:

- 1) La reforma al *Título Preliminar*⁽⁶³⁾ (Capítulos I, II, III y IV), por medio de la Ley No. 7020 del 6 de enero de 1986, la cual redefinió los principios generales que sustentan a esta normativa.
- 2) La derogatoria de los artículos 62 a 231,⁽⁶⁴⁾ correspondientes al Libro I, Títulos IV, V, VI, VII VIII y IX (Derecho de Familia), en virtud de la Ley No. 5476 del 21 de diciembre de 1973 (Código de Familia).

(61) DE LA CRUZ LEMOS, Vladimir. *El Colegio de Abogados de Costa Rica (orígenes y particularidades de su desarrollo)*, 1995, obra inédita sin numerar.

(62) *Colección de Leyes y Decretos (1887)*. 1888, pp. 534-535.

(63) *Código Civil (1888)*. 1999, p. 15.

(64) *Ibíd.*, p. 35 y *Código de Familia (1974)*. 2002, p .9.

- 3) La derogatoria de los artículos 232 a 252,⁽⁶⁵⁾ correspondientes al Libro I, Título X: *Registro del Estado Civil*, en virtud de la Ley No. 1535 del 10 de noviembre de 1952 (Ley Orgánica del Registro Electoral).
- 4) La derogatoria de los artículos 719 a 763,⁽⁶⁶⁾ correspondientes al Libro III, Título III: *De la Prueba*, en virtud de la Ley No. 7130.
- 5) La derogatoria de los artículos 1001 a 1006,⁽⁶⁷⁾ correspondientes al Libro III, Título IX: *Del apremio corporal en materia civil*, en virtud de la Ley No. 7654 de 19 de diciembre de 1996 (Ley de Pensiones Alimentarias).
- 6) La derogatoria de los artículos 1169 a 1174,⁽⁶⁸⁾ correspondientes al Libro IV, Título VI (Capítulo I): *Del alquiler de servicios domésticos, agrícolas, comerciales o industriales*, en virtud de la Ley No. 2 de 26 de agosto de 1943 (Código de Trabajo).
- 7) Asimismo, al promulgarse en agosto de 1941, el llamado *Código Penal y de Policía* (Libro I, Título IV, Capítulo III: *Reparación Civil*, artículos 122-138), se dispuso en su artículo 138:

“(...) Las obligaciones concernientes a la reparación civil, tratadas en este capítulo, se extinguen por los medios y en la forma que determina el Código Civil, para las obligaciones civiles (...)”.⁽⁶⁹⁾

Disposiciones que se mantienen incólumes hasta el presente, desde que se emitió el actual *Código Penal*, en mayo de 1970, según lo dispuesto en la Ley No. 4891 de noviembre de 1971: *Reglas vigentes sobre responsabilidad civil*.⁽⁷⁰⁾

(65) *Ibíd.*, p. 35.

(66) *Ibíd.*, p. 153.

(67) *Ibíd.*, p. 214 y *Ley de Pensiones Alimentarias (1996)*. 2002, p. 123.

(68) *Ibíd.*, p. 255 y *Código de Trabajo (1943)*. 2000, p. 9.

(69) *Código Penal y Código de Policía (1941)*. 1941, p. 21.

(70) *Código Penal (1971)*. 2003, pp. 217-222.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- BLANCO SEGURA, Ricardo. *1884: El Estado, la Iglesia y las reformas liberales*. San José, Editorial Costa Rica, 1984.
- BONILLA SERRANO, Harold. *Los Presidentes (Tomo I)*. San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1979.
- BRENES CÓRDOBA, Alberto. *Historia del Derecho*. San José, Tipografía Lehmann, 1913.
- CASCANTE SEGURA, Carlos H. y SÁENZ CARBONELL, Jorge F. *Diccionario biográfico de la Diplomacia Costarricense*. San José. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. 2006.
- CAMPOS SALAS, Dagoberto. *Relaciones Iglesia-Estado en Costa Rica*. San José, Editorial Guayacán, 2000.
- FERNÁNDEZ GUARDIA, Ricardo. *Carrillo y el Código General*. En: *Espigando en el pasado*. San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 2008.
- FOURNIER ACUÑA, Fernando. *Historia del Derecho*. San José, Ediciones Juricentro S.A., 1978.
- FUMERO VARGAS, Patricia. *Colegio de Abogados de Costa Rica: 120 años de historia (1881-2001)*. San José, Instituto Costarricense de Ciencias Jurídicas, 2001.
- GUIER, Jorge E. *Historia del Derecho*. San José, Editorial Costa Rica, 1968.
- JIMÉNEZ BLANCO, Salvador. *Elementos de Derecho Civil y Penal de Costa Rica*. San José, Imprenta de Guillermo Molina, 1874.
- JIMÉNEZ ROJAS, Alfonso. *Del Colegio de Abogados*. En: RAMOS, Lilia. *Júbilo y pena del recuerdo*. San José, Editorial Costa Rica, 1965.
- NÚÑEZ MONGE, Francisco M. *Periódicos y Periodistas*. San José, Editorial Costa Rica, 1980.
- OBREGÓN LORÍA, Rafael. *Los Rectores de la Universidad de Santo Tomás de Costa Rica*. San José, Editorial Universitaria, 1955.
- OBREGÓN QUESADA, Clotilde. *Carrillo: una época y un hombre (1835-1842)*. San José, Editorial Costa Rica, 1989.

PERALTA QUIRÓS, Hernán. *Las Constituciones de Costa Rica*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.

SÁENZ CARBONELL, Jorge F. *Los días del Presidente Lizano*. San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1997.

_____- *Elementos de Historia del Derecho*. Heredia, Ediciones Chico, 2007.

_____- *Los sistemas normativos en la historia de Costa Rica*. Heredia, Ediciones Chico, 2008.

_____- Jorge F., WOODBRIDGE GONZÁLEZ, Ronald y SÁENZ BIOLLEY, Melvin. *Los Cancilleres de Costa Rica*. San José, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 1986.

SÁENZ CARBONELL, Jorge y MASÍS PINTO, Mauricio. *Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*. San José. Editorama S. A. 2006.

SALAZAR MORA, Orlando. *El apogeo de la República Liberal en Costa Rica (1870-1914)*. San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1990.

SECCO ELAURI, Oscar y BARIDON, Pedro. *Historia Universal (Edad Media)*. Buenos Aires, Editorial Kapelusz, 1972.

SEGURA CARMONA, Jorge R. *La clase política y el Poder Judicial en Costa Rica*. San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1982.

SOLERA RODRIGUEZ, Guillermo. *Ex-presidentes de la Corte Suprema de Justicia (1825-1966)*. San José, sin casa editorial, 1966.

VEGA VILLALTA, Marco A. *El Registro Civil: cien años de servicio público*. San José, Imprenta Nacional, 1988.

VILLALOBOS, R., José H., CHACÓN, Luz A. y SÁENZ C. Jorge F. *Braulio Carrillo: El estadista (Tomo III)*. San José, Universidad Braulio Carrillo, 2000.

FOLLETOS Y EDICIONES ESPECIALES

EL FORO: Boletín de Jurisprudencia (Órgano del Colegio de Abogados y de la Comisión Codificadora). San José, Imprenta nacional, No. 1, 1882.

GONZÁLEZ FLORES, Luis F. *Biografía Del Lic. Cleto González Víquez*. San José, Librería e Imprenta Lehmann, 1958, p. 7.

VARGAS COTO, Joaquín. *Biografía del Lic. Ricardo Jiménez Oreamuno*. San José, Imprenta Vargas, 1959, p. 11.

ARTÍCULOS DE REVISTAS Y DE PRENSA

- ARIAS CASTRO, Tomás Federico. "Ius, Universitas, Collegium". *Revista El Foro (Colegio de Abogados de Costa Rica)*, No. 7, 2006.
- _____- "Lic. Alberto Brenes Córdoba: Vida y obra del Jurisconsulto por antonomasia en Costa Rica". *Revista El Foro (Colegio de Abogados de Costa Rica)*, 2008.
- _____- "Historia de la primera Junta Directiva del Colegio de Abogados". *Revista El Foro (Colegio de Abogados de Costa Rica)*, 2009.
- _____- "Dr. Bruno Carranza Ramírez: Médico y periodista de gran trayectoria". *Revista Buena Salud (Colegio de Médicos y Cirujanos de C.R.)*. No. 20, 2011.
- ARROYO ALVAREZ, Wilberth. "La Ley de Sucesiones de 1881". *Revista Judicial*, No. 79, 2001.
- BADILLA GÓMEZ, Patricia. "Ideología y Derecho: El espíritu mesiánico de la reforma jurídica costarricense (1882-1888)". *Revista de Historia (UCR-UNA)*, No. 18, 1988.
- Columnas del foro nacional*. "Lic. don José Astúa Aguilar". *Revista de la Academia Costarricense de la Historia*, No. 29, 1959.
- ESQUIVEL SALAS, Hernán. "Biografía del Dr. Salvador Jiménez Blanco". *Revista Judicial*, No. 81, 2003.
- FERNÁNDEZ ALFARO, Joaquín. "El Dr. Don Lorenzo de Montufar y Rivera". *Revista de la Academia Costarricense de Ciencias Genealógicas*, No.16-17, 1970.
- OBREGÓN LORÍA, Rafael. "El Dr. Francisco Chávez Castro (Iniciador de la codificación de leyes en Costa Rica)". *Revista de los Archivos Nacionales*, No. 7-8, 1946.
- _____- "Don Próspero Fernández y su administración" (apuntes históricos). *Revista del Archivo Nacional*. No.1-12, 1991.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. "Influencia francesa y codificación en Costa Rica". *Revista Judicial*, No. 70, 1998.

OBRAS INÉDITAS

DE LA CRUZ L., Vladimir. *El Colegio de Abogados de Costa Rica (Orígenes y particularidades históricas de su desarrollo)*. Obra sin numeración, 1995.

GRUB LUDWIG, Udo. *Diccionario Cronológico y Genealógico del Poder Ejecutivo de Costa Rica (1821-1998)*. Tomo segundo.

LEYES

Colección de Leyes, Decretos y Órdenes expedidas por los Supremos Poderes Legislativo y Ejecutivo de Costa Rica en el año 1858. San José, Imprenta de la Paz, 1871.

Colección de Leyes, Decretos y Órdenes expedidas por los Supremos Poderes Legislativo y Ejecutivo de Costa Rica en los años de 1859 y 1860. San José, Imprenta de la Paz, 1871.

Colección de Leyes, Decretos y Órdenes expedidas por los Supremos Poderes Legislativo y Ejecutivo de Costa Rica en el año 1870. San José, Imprenta de la Paz, 1873.

Colección de las Leyes y Disposiciones Legislativas y Administrativas emitidas en el año 1882. San José, Imprenta Nacional, 1883.

Colección de las Leyes y Disposiciones Legislativas y Administrativas emitidas en el año 1883. San José, Imprenta Nacional, 1884.

Colección de las Leyes y Disposiciones Legislativas y Administrativas emitidas en el año 1885. San José, Imprenta Nacional, 1886.

Colección de las Disposiciones Legislativas y Administrativas emitidas en 1887 (Tomo I). San José, Imprenta Nacional, 1888.

Colección de las Disposiciones Legislativas y Administrativas emitidas en 1887 (Tomo II). San José, Imprenta Nacional, 1888.

Código General del Estado de Costa Rica, emitido en 30 de julio de 1841. San José, Imprenta del Estado, 1841.

Código General de la República de Costa Rica. New York, Imprenta Wynkoop, Hallenbeck and Thomas, 1858.

Código Civil (1888). San José, Imprenta Nacional, 1887.

Código Civil (1888). San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 1999.

Código de Familia (1974). San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 2002.

Ley de Pensiones Alimentarias (1996). San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 2002.

Código de Trabajo (1943). San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 2000.

Código Penal y Código de Policía (1941). San José, Imprenta Las Américas, 1941.

Código Penal (1971). San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2003.

**LA INMUNIDAD DE LA JURISDICCIÓN
INTERNACIONAL DENTRO DEL DERECHO
LABORAL INTERNO**

M.Sc. Eric Briones Briones^(*)

Abogado costarricense

(Recibido 13/10/10; aceptado 30/11/12)

(*) Erickbriones18@gmail.com; Erickbriones18@yahoo.es

Teléfono: (506) 8383-5546.

RESUMEN

Hoy en día pareciera que la inmunidad de jurisdicción internacional (Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, junto con la relacionada al sistema consular y las atinentes a las inmunidades y prerrogativas tanto para las Naciones Unidas como para otros organismos internacionales especializados) a nivel del derecho laboral costarricense, pide un cambio bajo los nuevos paradigmas que la globalización ha provocado y los principios generales del derecho del trabajo, específicamente el de la norma más favorable. La antigua concepción irrestricta y absoluta sobre la temática, a nivel mundial viene produciendo cambios tanto jurisprudenciales (casos: Manauta y Vila), como legislativos (Ley Argentina No. 24.448.), en pro de la igualdad de los Derechos Humanos. En la actualidad ante tal concepción que promulga el país no queda otra alternativa que explicarles a los ciudadanos lo referente a la normativa internacional y por ende la imposibilidad legal de acudir mediante el procedimiento ordinario laboral, sea en sede judicial o administrativa en demanda de sus derechos.

Palabras clave: Inmunidad de la Jurisdicción Internacional; Circular Administrativa No. 00096-08 UAL.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, Inmunidades y prerrogativas de las Naciones Unidas, Inmunidades y prerrogativas de organismos internacionales especializados.

ABSTRACT

Today it seems that the immunity of international jurisdiction (the Vienna Convention on Diplomatic Relations, along with the related system and those relating to consular immunities and privileges for both the UN and other specialized international organizations) at the Costa Rican labor law, calls for a change under the new paradigms that globalization has caused and the general principles of labor law, specifically that of the standard more favorable. The old conception of absolute and unrestricted use on the subject, the world has produced changes in both case law (cases: Manaut and Vila) and legislative (Law No. 24,448 Argentina). In favor of equal human rights. Today such a concept before promulgating the country there is no alternative to explain to citizens with regard to international standards and therefore

the legal impossibility of going through the normal procedure of work, either in judicial or administrative demand for their rights.

Key words: Immunity of International Jurisdiction, Administrative Circular No. UAL 00096-08.

Vienna Convention on Diplomatic Relations Vienna Convention on Consular Relations, Immunities and privileges of UN privileges and immunities of international organizations specializing.

SUMARIO

Introducción

1. Aparte histórico
2. Normativa sobre competencias
 - 2.1. Competencia internacional
 - 2.2. Competencia nacional
3. Circular administrativa
4. Nivel judicial
 - 4.1. Costa Rica
 - 4.2. Otras latitudes

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Con el titulado se pretende considerar la delimitación entre ambas y las consecuencias jurídicas que conllevan cuando se interrelacionan entre sí, como la inviolabilidad, la inmunidad todo diplomática como de los organismos internacionales debidamente reconocidos mediante acuerdos entre Estados. Esto no solo bajó la justificación de la normativa nacional, sino también la internacional de derecho público; la cual tiene plena vigencia no solo de conformidad con la Carta Magna, sino por lo reiterado por la Sala de lo constitucional (voto 1319), que desde el año 1997, ha referido que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes, poseen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino, que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la constitución, lo cual viene a reflejar el sentido democrático y progresista del sistema no solo jurídico, sino también social de Costa Rica.

Es necesario, recordar que bajo la teoría monista que rige en el sistema patrio, la normativa internacional se entronca con la nacional, automáticamente al no existir una separación entre el orden jurídico internacional y el nacional, de modo que los instrumentos internacionales una vez ratificados quedan incorporados. A contrario, de lo que sucede con el sistema dualista,⁽¹⁾ en donde el derecho internacional y el interno constituyen dos órdenes separados, debiendo los instrumentos internacionales ratificados, ser objeto de un acto formal por parte de la legislación interna, a los fines de la incorporación al derecho positivo del país. Al respecto, refiere Von Potobsky y Bartolomei:

Se trata de la adopción de otras normas, distintas de la ratificación, que pueden acompañar a ésta (inclusive en la misma ley) o dictarse con posterioridad. Estas normas tienen por objeto convertir las cláusulas del convenio en legislación nacional, ya sea sancionando un texto nuevo en armonía con tales disposiciones, modificando leyes existentes o derogando artículos o regímenes contrarios al instrumento ratificado (2002: p. 40).

(1) Entre los países que siguen la teoría dualista están: Australia, Canadá y Reino Unido, entre otros; por el contrario el régimen monista lo siguen la mayoría de los países americanos, junto con Francia, Italia y Países Bajos.

Pareciera así, que es más sencillo el propugnado por el sistema costarricense, por cuanto solo se requiere el aval legislativo previsto en el artículo 121 de la Constitución Política, para que la normativa pase a formar parte del orden jurídico, sin más preámbulo legislativo.

Ahora bien, esa inviolabilidad personal e inmunidad diplomática de las jurisdicciones penal, civil y administrativa (entendida dentro de ésta la laboral), continúan siendo uno de los asuntos más problemáticos en el derecho interno moderno de cada país. Estos privilegios especiales, por mucho tiempo han protegido a los representantes diplomáticos y a otro personal extranjero. Así la pregunta que se formula en este aparte, es si los Estados receptores deben tolerar la inviolabilidad personal y la inmunidad diplomática en casos de crímenes graves como el homicidio, crímenes contra la humanidad y en casos donde se han lesionado derechos de tipo laboral, como la trata de personas, la discriminación y otros.

Esto y otros tópicos que se relacionan, es el interés de la presente disertación. Advirtiéndose que para evitarse la sobrecarga gráfica que supondría utilizar o/a, en muchos de los textos, se ha optado por emplear el masculino genérico clásico, sin que signifique discriminación o desconocimiento de las políticas de género existentes.

1. APARTE HISTÓRICO

Hacia 1929, en Alemania, la crisis económica acababa con el período de relativa estabilidad política que había disfrutado desde 1925 la República de Weimar. Empieza a subir al poder el partido Nacionalsocialista y hacerse de éste, con el fin de gobernar dictatorialmente. Dentro de este periodo resulta de suma importancia la polémica que se generó entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, sobre qué poder republicano, era realmente el guardián de la Constitución Política. Refiriendo el primero que el Estado posee el monopolio de la decisión. Para Schmitt, en el caso excepcional, la existencia del Estado conserva la superioridad sobre la validez de la norma jurídica, es allí donde la decisión se libera de toda obligación normativa y la norma se reduce a nada. Kelsen, por el contrario, define el sistema parlamentario como la construcción de la voluntad normativa del Estado a través de un órgano colegiado elegido por el pueblo en base al derecho de sufragio universal e igual, por tanto democráticamente, según el principio de la mayoría y es éste precisamente el que debe poseer el monopolio en un Estado democrático.

Dentro de esta concepción kelseniana –a contrapelo de la de Schmitt–, la democracia no podía limitarse a la idea de libertad como autonomía política, sino que esta debía amalgamarse, para su realización, con elementos que en principio le son extraños, como el principio de mayoría, la formación indirecta de la voluntad y la división social del trabajo.

La posición Kelseniana apegada a la norma y su derivación en grados de jerarquía como de seguido se analizará, provocó que tuviera que trasladarse o desterrarse a los Estados Unidos de Norteamérica, por cuanto atentaba contra la autonomía política, omnipresente y autoritaria de Adolf Hitler.

Dentro de la jerarquización normativa Kelseniana, están por su orden:

- a) La Constitución, con grado superior a cualquier norma del derecho positivo, cuya función primordial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento a seguir;
- b) Derecho internacional, tiene por función primordial, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal;
- c) La legislación, siendo la norma general emanada del procedimiento legislativo, determinando el contenido de la normas tanto sustantivas como procesales;
- ch) La Jurisdicción y Administración, vienen a ser las que concreticen en la práctica todo el marco normativo, sea mediante las sentencias o actos administrativos;
- d) Los actos privados de las partes, los que producen efectos jurídicos entre sí (Kelsen, 2009: pp. 122-123).

Poco antes de la Segunda Guerra Mundial, el concepto de privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales no fue prevaleciente. Estos eran por lo general, determinados por acuerdos bilaterales entre los Estados del orbe. Para evitar la posible fragmentación con las que las nuevas organizaciones pudieran verse tentadas a

desarrollar por sí mismas, la Asamblea General de las Naciones Unidas evaluó la situación de establecer un sistema global comprensivo de privilegios e inmunidades, dando como resultado los dos primeros tratados internacionales (La Convención sobre los Privilegios e Inmunidades de las Naciones Unidas, que dispuso de privilegios e inmunidades necesarias para sus miembros y la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las agencias especializadas). Así la década de 1950, experimentó un despertar en la necesidad de agencias especializadas para establecer una presencia local definitiva, para proveer consejería más cercana en los lugares donde se necesitaba, particularmente aplicable a los países recientemente creados. (Calderón y otros, 2011: pp. 15-16).

Así la figura jurídica de la inmunidad fue creada por el Congreso de Viena con la finalidad de brindar protección extraterritorial a quienes representen a su país en el extranjero. Dicha protección doctrinariamente es explicada bajo 3 teorías que se resumen así:

- a) *De la Representatividad:* La cual data del tiempo cuando las relaciones diplomáticas, involucraban el envío de representantes personales del soberano. La inmunidad que se le otorgaba a estos representantes, era percibida como una extensión de la inmunidad soberana. Esta fue superada mediante el sistema social liberal acaecido en el siglo XVIII, con la caída de la Monarquía en la mayoría de los países europeos;
- b) *Funcionalidad:* Considera bajo el afán de hacer dable la función diplomática, que su personal necesita desplazarse libremente y con agilidad sin ser obstaculizados en su tarea esencial de reportar a sus gobiernos. Necesitan reportarse con certeza y confianza, para negociar efectivamente sin temor o estorbos. La inmunidad diplomática no existe para el beneficio individual, sino para asegurar una eficiente labor de sus funciones diplomáticas en la representación de un país;
- c) *Extra-territorialidad:* Su fundamento lo encuentra en la consideración de que las oficinas y hogares del diplomático, debían de ser tratados como si fuesen territorio del Estado invitado, que como se vislumbra viene a ser una especie de ficción jurídica (Calderón y otros, 2011: pp. 12-15).

2. **NORMATIVA SOBRE COMPETENCIAS**

A nivel de país, ya la constitución desde 1949, vino a establecer el mercado por el cual se iba a regir entre los distintos grados legales tanto nacional como internacional.

2.1. **Competencia internacional**

En cuanto a la competencia normativa y bajo la clásica teoría Kelseniana, se tiene en un primer momento que los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes nacionales e incluso como se refirió, la Sala de lo constitucional, en referencia a éstos, vino a darles primacía por encima de la misma constitución:

QUINTO: DE LOS PRINCIPIOS DERIVADOS DE LOS INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS. En tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, la jurisprudencia constitucional ha señalado que no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 siguiente contiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional, al punto que, ha reconocido también la jurisprudencia, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino, que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (Voto 1319-97).

Por su parte dentro del ámbito laboral nacional y bajo el principio de la **norma más favorable** –sea e incluso la no aplicabilidad de la norma superior en orden jerárquico, sino la más favorable al trabajador–,⁽²⁾ existe una estipulación desde el año de 1943, en la que viene a regular dentro del artículo 15 del Código de Trabajo, que los

(2) Al respecto indica el profesor Américo Plá Rodríguez (QdDg): *es precisamente la aplicación del propio principio de la norma más favorable la que convierte en cuestionable el supuesto y la que otorga carácter peculiar; en este punto, al derecho del trabajo... Como dice*

casos no previstos por la legislación laboral en general, se resolverán bajo los principios generales del derecho del trabajo, la equidad, la costumbre o los usos locales y en defecto de éstos, se aplicará la normativa internacional de trabajo, con lo que se refleja la preeminencia de los principios laborales por encima de los instrumentos internacionales.

El país a la fecha ha ratificado 50 Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de los cuales 2 han sido denunciados automáticamente (107 y 112), en virtud de que se ratificaron los convenios 169 y 138, los cuales superan lo preceptuado anteriormente vigente.⁽³⁾

Asimismo debe tomarse en cuenta que existe normativa referida a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, la cual fue ratificada el 18 de abril del año 1961, mediante Ley No. 3394 y que en forma general trata sobre la dotación de privilegios e inmunidades para los Diplomáticos.⁽⁴⁾ Junto con la relacionada al sistema consular (ratificada mediante Ley No. 3767) y las atinentes a las inmunidades y prerrogativas tanto para las Naciones Unidas como para otros organismos internacionales especializados.

No obstante las anteriores, tesis, hoy se consideran que adolecen de algunos elementos que no explican en la práctica, lo concerniente a la inmunidad y la falta de competencia jurisdiccional y administrativa, al extremo que muchos abogan por su eliminación. La que más se utiliza para la explicación de estas figuras es la de la funcionalidad.

Cessari, la aplicación de este principio provoca una especie de fractura lógica en el problema de la jerarquía de las fuentes que altera el orden resultante del modelo, en el cual las fuentes se armonizan en razón de la importancia del órgano del que provienen (1978: p. 53-54).

- (3) En Conferencia Internacional de Trabajo del año 2011, se emitió para consideración de los Gobiernos el Tratado concerniente a Trabajo Doméstico, en donde se pretende que el mismo sea desarrollado en un ambiente de trabajo decente, que incluya los componentes propios del concepto.
- (4) Se entiende de conformidad con el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, por privilegio la prerrogativa que se concede a unos pocos, con liberación de carga o con dación de derechos especiales y por inmunidades, inviolabilidad de la persona o personas oficial diplomático, exención de jurisdicción civil y penal con ocasión del cargo (1984: p. 385 y 610).

2.2. Competencia nacional

Dentro del ordenamiento costarricense, es necesario hacer mención en cuanto a la competencia laboral, que se dispone de un Código de Trabajo que resulta ser de orden público, por lo que todas las empresas, explotaciones o establecimiento de cualquier naturaleza que sean, públicas o privadas existentes o que en el futuro se establezcan, deben estar sujetas a la disposiciones internas del país. En igual sentido tanto el artículo 420 como el 427 de dicho cuerpo legal, refieren que los procedimientos laborales, en cuanto a jurisdicción por razón de la materia es improrrogable y que en caso de duda por existir acciones nacidas de contratos verificados con trabajadores costarricenses para la prestación de servicios o ejecución de obras en el exterior, la jurisdicción competente será la **del lugar del territorio nacional** donde se celebraron dichos contratos, salvo que en éstos se hubiere estipulado alguna otra cláusula más favorable para los trabajadores o para sus familiares directamente interesados.

De la normativa anterior, se extrae la primacía territorial de donde se originó el contrato, salvo una norma más favorable; con lo cual se prohíja por el respeto al territorio, con independencia de la nacionalidad de los trabajadores, patronos o donde se lleve a cabo la materialización contractual. Sin embargo, dicha normativa originaria de los años cuarenta, no dejó resuelto específicamente la situación peculiar de los consulados, embajadas y otras dependencias que se rigen por la normativa internacional.

3. CIRCULAR ADMINISTRATIVA

Bajo la anterior premisa, se ha visto dentro de la sede administrativa laboral y específicamente en la Inspección del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la limitación de actuación por parte de sus funcionarios, a pesar que los cobija a nivel internacional los Convenios Internacionales 81 y 129 de la OIT, los que le otorgan la posibilidad de actuación en cualquier dependencia en donde haya trabajo:

Convenio 81. Artículo 12.1. Los inspectores del trabajo que acrediten debidamente su identidad estarán autorizados: a) para entrar libremente y sin previa notificación, a cualquier hora del día o de la noche, en todo establecimiento sujeto a inspección; b) para

entrar de día en cualquier lugar, cuando tengan un motivo razonable para suponer que está sujeto a inspección; y Convenio 129. Artículo 16. 1. Los inspectores del trabajo en la agricultura provistos de las credenciales pertinentes estarán autorizados: a) para entrar libremente y sin previa notificación, a cualquier hora del día o de la noche, en todo sitio de trabajo sujeto a inspección; b) para entrar de día en cualquier lugar respecto del cual tengan motivo razonable para suponer que está sujeto a inspección.

No obstante lo anterior, en la práctica se ha encontrado dicha facultad con la limitación de actuación tratándose de personas físicas como jurídicas que ostentan la inmunidad diplomática e internacional; en este sentido es que se ha emitido la circular No. 0009-08 UAL de fecha 22 de abril del año 2008, por parte del Departamento Legal de la Inspección de Trabajo, en donde después de un análisis de la normativa de Viena (tanto sobre las Relaciones Diplomáticas como Consulares), atinente a la temática sobre: *Que las personas de los agentes diplomáticos no puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. Debiendo el Estado receptor tratarlos con el debido respeto, adoptando todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra sus personas, libertad o dignidad. Gozando además de inmunidad de la jurisdicción civil y administrativa, con algunas excepciones. En igual sentido, señala el artículo 30 con respecto a la residencia particular del agente diplomático que la misma goza de la inviolabilidad. No obstante el Estado acreditante puede renunciar a la inmunidad de jurisdicción de sus agentes diplomáticos y de las personas que gocen de inmunidad conforme al Artículo 37, sea los miembros de la familia de un agente diplomático que formen parte de su casa, así el personal administrativo y técnico de la misión; los miembros del personal de servicio de la misión que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente; los criados particulares de los miembros de la misión, que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente. Ahora bien, señala la Convención sobre Relaciones Consulares, la inviolabilidad de los locales consulares en que la autoridades del Estado receptor no pueden penetrar, salvo con el consentimiento del jefe de la oficina consular, o de una persona que él designe, o del jefe de la misión diplomática del Estado que envía. Sin embargo, el consentimiento del jefe de oficina consular se presumirá en caso de incendio, o de otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de protección. De igual forma hay exención en*

cuanto a permisos de trabajo y al régimen de seguridad social,⁽⁵⁾ disponiendo en este sentido los artículos 47 y 48 de la convención en referencia: Artículo 47. EXENCION DEL PERMISO DE TRABAJO: 1. Los miembros de la oficina consular estarán exentos, respecto de los servicios que presten al Estado que envía, de cualquiera de las obligaciones relativas a permisos de trabajo que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor referentes al empleo de trabajadores extranjeros. 2. Los miembros del personal privado de los funcionarios y empleados consulares estarán exentos de las obligaciones a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo, siempre que no ejerzan en el Estado receptor ninguna otra ocupación lucrativa. Artículo 48. EXENCION DEL REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL: 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 de este artículo, los miembros de la oficina consular y los miembros de su familia que vivan en su casa estarán exentos, en cuanto a los servicios que presten al Estado que envía, de las disposiciones sobre seguridad social que estén en vigor en el Estado receptor. 2. La exención prevista en el párrafo 1 de este artículo se aplicará también a los miembros del personal privado que estén al servicio exclusivo de los miembros de la oficina consular, siempre que: a) no sean nacionales o residentes permanentes del Estado receptor; y b) estén protegidos por las normas sobre seguridad social, en vigor en el Estado que envía o en un tercer Estado. 3. Los miembros de la oficina consular que empleen a personas a quienes no se aplique la exención prevista en el párrafo 2 de este artículo habrán de cumplir las obligaciones que las disposiciones de seguridad social del Estado receptor impongan a los empleadores. Así, la única exención para aplicarles la normativa laboral de seguridad social a los trabajadores, es cuando sea residente o nacional y no esté cubierto por la normativa del Estado recibido o incluso de un tercero. En este sentido, cuando se presenta esta situación, el párrafo tercero del artículo 33 impone la consecuencia de que el agente diplomático deba cumplir con las obligaciones que las disposiciones que al respecto establezcan a los empleadores; es por lo que dicha circular, dispuso el deber de los inspectores de trabajo, de explicarles a los usuarios denunciantes lo referente a la normativa internacional y por ende la imposibilidad legal de acudir mediante el procedimiento ordinario inspectivo, a visitar el centro de trabajo diplomático o internacional, o pedir la documentación

(5) Al respecto el convenio OIT 102, establece la norma mínima para el nivel de las prestaciones de la seguridad social y las condiciones para poder acceder a las mismas. Comprendiendo 9 ramas principales: la asistencia médica preventiva, enfermedad, desempleo, vejez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, familia, maternidad, invalidez, y prestaciones de sobrevivientes.

atinente al conflicto. No obstante, se previó la posibilidad que tiene el trabajador afectado de acudir ante el Ministerio de Relaciones a poner la queja, para que por la vía diplomática y si a bien lo tiene el Ministro de Relaciones Exteriores, ponga en conocimiento de la situación a la Embajada, Consulado u organismo requerido.

4. NIVEL JUDICIAL

Los Tribunales del país, han seguido en todas sus instancias y en apego a la normativa citada, el criterio de la incompetencia para ver casos en donde medie una inmunidad diplomática o la acordada por el país para un organismo internacional. Esta inmunidad está relacionada con el reconocimiento a la soberanía de los Estados, en razón de la cual, ninguno de ellos, puede ser sometido a la jurisdicción de los tribunales administrativos o judiciales del país receptor.

4.1. Costa Rica

En este sentido la Nación respetuosa de la Constitución Política y de los rangos de la normativa internacional, ha optado por considerar la incompetencia para conocer de casos en que esté de por medio la normativa internacional comentada.⁽⁶⁾

Así el Tribunal Superior de Trabajo, Sección Tercera del Segundo Circuito Judicial de San José, mediante sentencia no. 159 del año 2008, refirió dentro de su considerando 2, lo siguiente:

2.- De conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas del 18 de abril de 1961, ratificada por

(6) Incluso la misma Sala de lo Constitucional, ha evitado revisar los reclamos en su sede al considerar: *Si el Gobierno de Costa Rica en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 140 inciso 10.) y 121 inciso 4.) de la Constitución Política, decidió firmar, aprobar y ratificar una serie de convenios en los cuales se excluyó a varios órganos de naturaleza internacional, de la tutela jurisdiccional que se ejerce en el territorio nacional, no puede esta Sala mediante ninguno de sus instrumentos, impedir que esa inmunidad se haga efectiva. De manera que por esta razón, debe entenderse que el recurso interpuesto ante este Tribunal reviste el carácter de improcedente, por no contar la Sala con la posibilidad de inobservar las normas que con el rango que establece el artículo 7 de la Constitución, haya aprobado la Administración y según los artículos 9 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 59 y 60 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Voto no. 6011-93).*

nuestro país mediante la Ley N° 3394 del 24 de septiembre de 1964, en su artículo 31, le concede a los Agentes Diplomáticos, inmunidad respecto de la jurisdicción penal, civil y administrativa, siendo que esta última comprende el área laboral y la seguridad social, según la doctrina del artículo 33 ibidem. Debemos aclarar que este tipo de normativa está por debajo de la Constitución Política pero por encima de las leyes costarricenses, como el Código de Trabajo y por supuesto de los contratos que firman los patronos y los trabajadores, razón por la cual, la argumentación sobre la validez de los artículos siete y diez del contrato que rola del folio 36 al 38 y que fue firmado por., Embajador de... en Costa Rica, carece de sustento jurídico. A lo anterior, debemos agregar que el precepto décimo, transcrito en el memorial de alzada, se refiere a los conflictos que se puedan originar en la interpretación del siguiente contrato y en este proceso eso no está en discusión sino que se trata de una demanda laboral por un despido. Consecuencia de lo expuesto, en virtud de la jerarquía de las normas y el reconocimiento a la soberanía de los Estados, por gozar la Embajada de ...de inmunidad diplomática, no puede ser sometida a la jurisdicción de los Tribunales costarricenses. De ahí, que lo procedente sea impartirle la confirmación a la resolución que se conoce en grado.⁽⁷⁾

Ahora bien, como se ha referido no se debe olvidar que no solo se regula lo concerniente a Embajadas y Consulados, sino que el país ha firmado otros instrumentos internacionales⁽⁸⁾ para la protección de ciertos organismos de derecho internacional como son los de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), la Orga-

-
- (7) De manera igual se ha pronunciado la Sala Segunda, avalando lo resuelto por los tribunales de instancia, en este sentido se pueden consultar los votos 592 y 210 del año 2000 y 2003, respectivamente.
- (8) Así mediante Ley No. 3345 de 1964 se aprobó el acuerdo pactado entre Costa Rica y diversos organismos internacionales, mediante el cual se estipuló que el país, aplicará a las Organizaciones, a sus bienes, fondos y haberes, y a sus funcionarios, incluso los expertos de asistencia técnica,

nización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), la Organización Meteorológica Mundial (OMM), el Organismo Internacional de Energía Atómica y la Unión Postal Universal (UPU), entre otros. Lo anterior, con el fin de favorecer el progreso económico y social, y el desarrollo de los pueblos, bajo un entendimiento recíproco entre partes y la teoría de la funcionalidad analizada.

En el anterior sentido, la Sala Segunda se pronunció diciendo:

*En el caso **sub examine**, lo que se discute es la posibilidad de que los Tribunales de Costa Rica puedan conocer de una controversia laboral, en que es parte un ente especializado de las Naciones Unidas, como lo es la demandada, y no un agente diplomático. Por lo consiguiente, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, ratificada por Costa Rica mediante la Ley N° 3394 del 24 de setiembre de 1964, no puede ser la normativa aplicable al presente asunto, toda vez que esa Convención regula lo atinente a las relaciones diplomáticas entre los Estados y, en materia de inmunidades y de privilegios, determina aquellos a que tienen derecho los miembros de la Misión Diplomática;...).* No tienen importancia, para la debida resolución del

lo siguiente: a) En lo que atañe a las Naciones Unidas, la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas; b) En lo que atañe a los Organismos Especializados, la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los Organismos Especializados; c) En lo que atañe al Organismo Internacional de Energía Atómica, el Acuerdo sobre privilegios e inmunidades del Organismo Internacional de Energía Atómica. Asimismo, se firmó el Acuerdo entre el Gobierno de Costa Rica y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación con el fin de designar un Representante de la FAO en Costa Rica y para el establecimiento de una Oficina de esa Organización en este país, el cual fue ratificado por la Ley N° 6546, del 16 de marzo de 1981; el que, en el artículo 5, dispuso que Costa Rica: convenía en la aplicación a la Organización, a sus funcionarios, bienes, fondos y haberes de la misma, las disposiciones de la Convención sobre las Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados y, de igual forma la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas.

problema que nos ocupa, los artículos 8 y 9 del Reglamento de las Inmunidades y Privilegios Diplomáticos, Consulares y de los Organismos Internacionales, pues éstos contemplan situaciones muy distintas a las que aquí se ventilan; ya que se refieren a las inmunidades y privilegios de los funcionarios diplomáticos y consulares, y no a las que ostentan los organismos internacionales, como lo es la entidad demandada. El Reglamento indicado sí contempla un capítulo sobre las inmunidades y los privilegios de las misiones diplomáticas, consulares y de organismos internacionales; el que no se opone en modo alguno a la normativa internacional citada, por el contrario, hace una clara remisión al derecho internacional (artículo 39). Por último es necesario expresar que si bien es cierto el Tribunal Superior no resolvió la cuestión que se le planteaba a la luz de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados, como correspondía al ser la normativa específica a la cual remite el Acuerdo suscrito ente la demandada y Costa Rica, a mayor abundamiento, también es de recibo su interpretación en el sentido de que al indicarse en el Convenio que la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación gozará de prerrogativas e inmunidades no menos favorables que las concedidas a cualquier otra organización internacional, se le debe dar igual tratamiento que a la Organización de los Estados Americanos, la que tiene inmunidad contra todo procedimiento judicial (Voto No. 342-94).

Incluso la misma Sala Constitucional, al analizar el tema de las Organizaciones internacionales, con respecto a las inmunidades que ostentan, refirió:

Obvio es decir que la Organización de Naciones Unidas es la institución por excelencia de Derecho Internacional. En la misma clasificación encuadrarán los “organismos especializados” vinculados a la primera, que son organizaciones producto de

acuerdos intergubernamentales, que poseen según sus estatutos, atribuciones internacionales extensas en el terreno económico, social, de la cultura, la ciencia, la educación, la salud pública y otras cuestiones conexas; que si bien, están ligadas a la Organización de Naciones Unidas, son distintas a ella (ver el artículo 57 de la Carta constitutiva de esta última). Es por esta razón que al tratarse de personas de derecho internacional, se justifican los privilegios e inmunidades concedidos a esas instituciones, sus funcionarios y expertos (“siempre y cuando no sean costarricenses o extranjeros con residencia permanente en el país...”), mediante el acuerdo revisado entre Naciones Unidas y el Gobierno de Costa Rica, aprobado por Ley N° 3345 de 5 de agosto de 1964. Del mismo modo, esos privilegios no son ilícitos, ni quebrantan los principios que contemplan las normas constitucionales 19, 33 y 68, porque si bien se excluye a los funcionarios nacionales y los extranjeros con residencia permanente en el país del goce de los mismos, esa restricción obedece a las reglas universalmente reconocidas del Derecho Internacional, que persiguen específicamente brindar todas las facilidades a los funcionarios internacionales que se desplazan de un país a otro, con el objeto de que puedan cumplir a cabalidad sus funciones. Además, esa normativa internacional también responde a principios lógicos y prácticos en el sentido de que los beneficios no pueden ser para los nacionales, porque éstos no se han desplazado de ningún otro país ni tienen las mismas dificultades que los extranjeros sin residencia permanente, que sí lo han hecho. Y si las razones anteriores no bastan, también debe tenerse presente que de acuerdo con el orden jurídico internacional vigente en nuestro país, tales inmunidades y privilegios se conceden, no en beneficio o provecho de las propias personas o individuos, sino con el propósito de garantizar el desempeño eficaz de las funciones y el interés de la organización internacional (ver: artículo V, sección 20, de la Convención Sobre Prerrogativas e inmu-

nidades de las Naciones Unidas, ratificado por Decreto-Ley de 11 de octubre de 1949; y en el mismo sentido, el Preámbulo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, aprobado por Ley N° 3394 del 24 de setiembre de 1964. (Voto No. 256-92).

Mediante esta tesis, se llegan a justificar los privilegios e inmunidades de los organismos internacionales especializados y asimismo la inexistencia de un posible roce con la Constitución del país, por cuanto la potestad, responde a una necesidad real de convivencia internacional y por cuanto la misma se encuentra elevada por la constitución por encima de la normativa nacional. Esto no fue más que una ratificación de lo ya emitido desde el año 1991, al hacerse la consulta del Proyecto de la Ley del Defensor de los Habitantes, indicando que *las inmunidades por implicar excepciones a la aplicación igualitaria del ordenamiento jurídico común, sólo pueden ser las establecidas por la propia Constitución y por el Derecho internacional aplicable en la República, pero nunca por ley a favor de funcionarios del orden interno* (Voto Constitucional No. 502-91).

4.2. Otras latitudes

Dentro del aparte del derecho comparado, valga mencionar el fallo del Tribunal Constitucional Alemán de 1963, el cual se produjo en ocasión de un caso iniciado contra Irán, en el cual aplicó una reseña de jurisprudencia muy vasta sobre la inmunidad limitada y restringida de los tribunales de Italia, Bélgica, Suiza, Austria, Francia, Grecia, Egipto y Jordania. Ello le permitió concluir al Tribunal Alemán que la postura de la inmunidad absoluta ya no podía considerarse como una práctica de la mayoría de las naciones. En el mismo sentido países como Estados Unidos y Gran Bretaña, han venido variando su posición con respecto a la inmunidad absoluta, a como se entiende en Costa Rica.⁽⁹⁾ Así los Estados Unidos de Norteamérica sancionaron en 1976 a la Foreign

(9) V. gr, de ello es el caso Vila, cuando la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, falló que la Corporación Interamericana de Inversiones (IIC – Inter American Investment Corporation), no podía invocar inmunidad diplomática ante una demanda por enriquecimiento sin causa –incoada por parte del consultor Vila, el cual había laborado, sin reconocimiento de pago posterior al no existir documento escrito– pues bajo el Acta de Inmunidades de Organismos Internacionales, a no ser

Sovereign Immunities Act y el Reino Unido hizo lo mismo con la State Immunity Act dos años después. En dichas sentencias se abandonó el sistema de inmunidad absoluta y se detallaron minuciosamente los supuestos en que los Estados extranjeros podían ser llevados ante los tribunales nacionales (Calderón y otros, 2011: p. 94).

Caso ejemplificante en América, se suscitó en Argentina, mediante el caso conocido como “Manauta”,⁽¹⁰⁾ el cual data del año 1994, cuando un grupo de ex trabajadores argentinos demandaron a la Embajada de la Federación Rusa, por daños y perjuicios irrogados ante el incumplimiento de las obligaciones en materia de aportes previsionales, sindicales y asignaciones familiares, cuando se desempeñaron para la revista novedades de la ex Unión Soviética. Después de haberse declarado incompetentes, tanto el Juzgado Civil y Comercial Federal, como a Sala 11 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial, por razón de la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros; la Corte Suprema de Justicia de Argentina, modificó dicho criterio, con base en los siguientes argumentos:

- a) La inmunidad absoluta de jurisdicción no constituye una norma de derecho internacional general, porque no se practica de modo uniforme, ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad;

sometida a la Jurisdicción Estadounidense. No obstante, bajo **el criterio de que los organismos internacionales deben de renunciar a su inmunidad, cuando la renuncia permita a la organización perseguir sus metas más efectivamente**, es por lo que en este caso, se decidió que si el IIC podía rehusar a pagarle a sus consultores y contratistas, a pesar del contrato verbal existente, la organización se vería afectada por su incapacidad de contratar expertos de renombre, al existir un antecedente que manchaba su reputación, de allí que decidió que los tribunales de dicho país procedieran a revisar el caso, se decidió que sí. Con lo cual logró enviar una señal positiva a potenciales contratistas que sus convenios con la IIC estarían protegidos por la ley. Permitiendo así un continuo fluir de servicios expertos en la organización, al continuar persiguiendo sus metas más efectivamente (Calderón y otros, 2011: p. 99-100).

- (10) Para una mayor información se pueden acceder las páginas:
<http://www.cacheiofrias.com.ar/manauta.htm>;
<http://fallos.diprargentina.com/2008/02/manauta-c-embajada-de-la-federacion.html>;
http://www.legalmania.com.ar/derecho/inmunidad_estados_extranjeros.htm.

- b) No existe inmunidad de jurisdicción del Estado respecto de controversias que se basan en relaciones de buena fe y seguridad jurídica respecto del foro y del derecho local, como las de trabajo;
- c) El reconocimiento de inmunidad de jurisdicción ante un reclamo por incumplimiento de obligaciones laborales y previsionales por parte de una embajada llevaría al injusto resultado de obligar al trabajador a una casi quimérica ocurrencia ante la jurisdicción del Estado extranjero, poniendo en grave peligro su derecho humano a la jurisdicción, peligro que el derecho internacional actual tiende a prevenir;
- ch) La actual práctica jurídica internacional excluye de la inmunidad de jurisdicción a una demanda fundada en los derechos laborales y previsionales.

Es por lo que con tales fundamentos, la Corte Argentina, habilitó la competencia de la Justicia Federal y ordenó así tramitar la causa.

Como consecuencia de lo resuelto en este caso, se emitió en 1995, por parte del Congreso Argentino, la Ley No. 24.448, la que vino a señalar expresamente la no invocación de la inmunidad de jurisdicción en los siguientes casos:

- a) Cuando consientan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos;
- b) Cuando fuere objeto de una reconvencción directamente ligada a la demanda principal que el Estado extranjero hubiere iniciado;
- c) Cuando la demanda versare sobre una actividad comercial o industrial llevada a cabo por el Estado extranjero y la jurisdicción de los tribunales argentinos surgiere del contrato invocado;
- ch) Cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional;

- d) Cuando fueren demandados por daños y perjuicios derivados de delitos o cuasidelitos cometidos en el territorio;
- e) Cuando se tratare de acciones sobre bienes inmuebles que se encuentren en territorio nacional;
- f) Cuando se tratare de acciones basadas en la calidad del Estado extranjero como heredero o legatario de bienes que se encuentren en el territorio nacional;
- g) Cuando, habiendo acordado por escrito someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, pretendiere invocar la inmunidad de jurisdicción de los tribunales argentinos en un procedimiento relativo a la validez o la interpretación del convenio arbitral, del procedimiento arbitral o referida a la anulación del laudo, a menos que el convenio arbitral disponga lo contrario.

Como se determina se dio dentro de la nación argentina un giro copernicano, entorno a la temática, prevaleciendo asimismo la materia laboral dentro del ámbito interno, siempre que las demandas se traten de nacionales argentinos o residentes de dicho país, derivadas de contratos celebrados en el país o en el exterior y que causen efectos dentro de la Argentina.

CONCLUSIÓN

Pareciera y comparando el derecho que dentro de otras latitudes se viene produciendo una profunda modificación (ejemplo de ello: el fallo Alemán de 1963 y los casos Manauta y Vila) que no permite seguir sosteniendo el principio de la inmunidad absoluta como regla, sino como excepción como a *contrario sensu* lo han sostenido los tribunales nacionales, en los últimos tiempos. Más bien la inmunidad diplomática, cesó de ser una saludable manifestación de las sociedades. De hecho, es una especie de anomalía, la cual –como se dijo– proviene de la postguerra, promoviendo en muchos casos la irresponsabilidad y hasta la impunidad dentro del orden mundial, con lo cual se generan resentimientos y hasta represalias. Esta promueve y se presta para las triquiñuelas, el engaño y la deshonestidad, bajo la careta de la inmunidad, hoy por hoy, es un resabio propio de las teorías del absolutismo y la conveniencia política internacional, pero no acorde con la progresividad de los derechos de la humanidad. En donde es muy común,

merced a la mundialización o globalización, las relaciones transfronterizas en cuanto a la migración de mano de obra extranjera y las innovaciones tecnológicas que cada vez más achican y desnaturalizan las barreras naturales de territorialidad, por lo que es necesario repensar el tema, con el fin de que sea actualizado y acorde con las nuevas realidades mundiales.

En Costa Rica, no existe actualmente la posibilidad de que una demanda laboral establecida en contra de una embajada, consulado u otro organismo internacional protegido por la inmunidad, prospere. Es por ello, que a como se trata la inmunidad y su consecuente incompetencia tanto judicial como administrativa, no queda otra vía que aconsejar en el caso específico de la materia laboral, que los requirentes acudan –cuando hay de por medio una queja– ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, para que éste intervenga por la vía diplomática, a fin de llegar a un arreglo, sin que ello, pueda influir en la decisión de los organismos internacionales a llegar al mismo, en vista de que tienen el fuero de inmunidad internacional diplomática.

Bajo los principios protectores del derecho laboral y específicamente el de la norma más beneficiosa, que rompe el esquema Kelseniano, en cuanto a la jerarquía normativa, en donde debe prevalecer a nivel interno específicamente la competencia de los tribunales para ver cualquier situación que se desarrolle dentro de la nación, como parte de las potestades del orden público, es que se debe también replantear a nivel nacional el tema. Pudiéndose utilizar por otro lado y como nuevo paradigma el de la consecución de cumplimiento de los fines,⁽¹¹⁾ el cual sería conteste incluso con la teoría de la funcionalidad, como explicativa de esos privilegios o fueros internacionales.

Finalmente no debe olvidarse que incluso por encima de lo preceptuado por la misma Constitución Política del país –prevalece de acuerdo con votos constitucionales–,⁽¹²⁾ la normativa internacional que

(11) Para mayor abundamiento del tema ver caso Vila vs. IIC - Inter American Investment Corporation, en <http://translate.google.co.cr/translate?hl=es&langpair=en%7Ces&u=http://www.whistleblower.org/blog/31/667> y <http://translate.google.co.cr/translate?hl=es&langpair=en%7Ces&u=http://www.morelaw.com/verdicts/case.asp%3Fd%3D40442%26n%3D08-7042%26s%3DDC>.

(12) Nos. 3435-92, 3805-92, 5759-93, 2313-95, 1319-97, **¡Error! Marcador no definido.** 07498-00, 9685-00 Y 6446-06.

tratándose de derechos humanos, concedan mayores beneficios; y es que precisamente la Declaración Universal sobre Derechos Humanos de 1948 reconocida por el ordenamiento jurídico patrio, eleva por encima de cualquier situación, el derecho de los trabajadores a contar con una jurisdicción nacional donde le resuelvan sus casos, como bien lo reconoció también la ley argentina No. 24.448.

Sirva el presente estudio, además de llamar la atención sobre el tema, un avance en la disciplina laboral dentro de la inmunidad diplomática y de los organismos internacionales especializados.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. (Buenos Aires: Buenos Aires, Eudeba. 4a. ed, 8a. reimpresión, 2009).

Ossorio, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas y Sociales*. (Buenos Aires: Editorial Claridad, 1984).

Plá Rodríguez, A. *Los principios del Derecho del Trabajo*.(Buenos Aires: Editorial Depalma, 1978).

Von Potobsky, G. y Bartolomei De la Cruz, H. *La Organización Internacional del Trabajo*. (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1a. reimpresión, 2002).

CIRCULARES

Circular No. 0009 de 22 de abril del año 2008.

DIRECCION DE INTERNET

www.mtss.go.cr

www.pgr.go.cr

LEYES

Código de Trabajo de Costa Rica (versión electrónica)

Recuperado el día 5 de julio de 2011,

desde <http://admsjoarc19.ccss.sa.cr:82/rhumanos/normativa/C%C3%93DIGO%20DE%20TRABAJO.pdf>.

Constitución Política de Costa Rica, 1949 (versión electrónica). Recuperado el día 5 de julio de 2011, desde <http://www.tramites.go.cr/manual/espanol/legislacion/ConstitucionPolitica.pdf>.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 1963 (versión electrónica). Recuperado el día 6 de julio de 2011, desde <http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convienaconsulares.htm>.

Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 1964 (versión electrónica). Recuperado el día 6 de julio de 2011, desde http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:2FFm_FcNG9IJ:www.oas.org/Juridico/mla/sp/traites/sp_traites-mla-ro376.doc+convenci%C3%B3n+de+viena+sobre+relaciones+diplom%C3%A1ticas&hl=es&gl=cr&pid=bl&srcid=ADGEESHK1N1cSfVovAKcl9f4uE0NnFM0z9jipoX2u9han_gWko3oHe98hkQhC7q2cQFwmcgpY5HIspBoY68XZhaQyqQvv7oOKsd7M0KE-L-0zzfjkuvVe9kQ7LIwR-z2ceE0EflEndT&sig=AHIEtbRSzOOLf5CLsZICKiEY54H27hLUBQ&pli=1.

Convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados (versión electrónica). Recuperado el día 6 de julio de 2011, desde http://www.wmo.int/pages/governance/policy/documents/Convenciun_prerrogativas-S.pdf.

Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, 1946 (versión electrónica). Recuperado el día 6 de julio de 2011, desde http://untreaty.un.org/unts/144078_158780/7/6/14419.pdf.

Convenio 81 sobre la inspección del trabajo, 1947 (versión digital). Recuperado el día 5 de julio de 2011, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit81.htm>.

Convenio 102 sobre la seguridad social (normas mínimas), 1952 (versión digital). Recuperado el día 6 de julio de 2011, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit102.htm>.

Convenio 129 sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (versión digital). Recuperado el día 5 de julio de 2011, desde <http://www.cesdepu.com/instint/oit129.htm>.

RESOLUCIONES NACIONALES

Sala Constitucional. Voto 502 de las 12:00 hrs del 7 de marzo del año 1991.

Sala Constitucional. Voto 256 de las 16:00 hrs del 4 de febrero del año 1992.

Sala Constitucional. Voto 6011 de las 15:36 hrs del 17 de noviembre del año 1993.

Sala Constitucional. Voto 1319 de las 14:51 hrs del 4 de marzo del año 1997.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Voto 342 de las 9:00 hrs del 2 de noviembre del año 1994.

Tribunal de Trabajo. Sección Tercera, Segundo Circuito Judicial. Voto 159 de las 18:15 hrs del 14 de marzo del año 2008.

TRABAJOS CONSULTADOS

Calderón Conrado, W; Chaves Solera, W; y Espinoza Briones, M. (2011). Trabajo para la Cátedra de Derecho Laboral 11, "La Inmunidad Diplomática en el Derecho Laboral Costarricense". Universidad Escuela Libre de Derecho, pp. 140.

JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN LA JUSTICIA ELECTORAL COSTARRICENSE^(*)

*Luis Diego Brenes Villalobos^(**)*

Abogado costarricense

(Recibido 27/01/11; aceptado 30/11/12)

(*) El presente artículo forma parte de la investigación desarrollada bajo la tesis doctoral titulada “El rol político del juez electoral. El Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica, un análisis comparado” inscrita en el programa de Doctorado en Procesos Políticos Contemporáneos del Área de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad de Salamanca, España.

(**) e-mail: dbrenes@usal.es. Teléfono (506) 2287-5614

Candidato a Doctor y Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Procesos Políticos Contemporáneos de la Universidad de Salamanca, España. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia (UNED), Costa Rica. Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR). Letrado del Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica. Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UCR, y Derecho Electoral, Sistema de Estudios de Posgrado, UNED.

RESUMEN

El presente ensayo se centra en el fenómeno de la judicialización de la política para el caso particular de la justicia electoral costarricense. Para ello se analiza el concepto de justicia electoral, su tradicional enfoque de investigación desde la Ciencia Jurídica y la sugerencia de una nueva postura de estudio también desde la Ciencia Política.

Palabras clave: Juez Electoral / Rol Político / Justicia Electoral / Política en lo Judicial / Judicialización de la Política.

ABSTRACT

This paper refers to the judicialization of politics in the particular case of Costa Rican electoral justice. For this purpose the article analyzes the concept of electoral justice, its traditional investigation approach from Legal Studies and the suggestion of a new stance of study also from Political Science.

Key words: Electoral Judge / Political Role / Electoral Justice / Judicial Politics / Judicialization of Politics.

SUMARIO

1. Justicia electoral en la Ciencia política
2. Justicia electoral en Costa Rica
3. Judicialización de la política y juez electoral

Bibliografía

1. JUSTICIA ELECTORAL EN LA CIENCIA POLÍTICA

A efectos de lograr uniformidad conceptual, si bien el género “organismos electorales” usualmente refiere a las autoridades electorales que constituyen la máxima jerarquía en cada país en lo referente a la administración electoral (Picado, 2006: 2); es lo cierto que este concepto también engloba lo propiamente referido a la jurisdicción electoral, sea el campo competencial relativo a la resolución del contencioso electoral, también conocido como justicia electoral.⁽¹⁾

En otras palabras, en organismos electorales, o bien en la función electoral misma, se entienden incluidas tanto las labores administrativas (gestor) como las jurisdiccionales (juez). Así, el presente estudio privilegia aquellas definiciones genéricas sobre organismos electorales que le entienden como “la autoridad suprema del Estado, especializada y en diversos grados autónoma, encargada de la llamada función electoral” (Hernández Becerra, 2000), o que también bajo la denominación “órganos electorales supremos” refiere a las “instituciones estatales encargadas de la organización, dirección y vigilancia de los procesos electorales” (Jaramillo, 2007: 373).

Esta primera aclaración tiene relevancia porque al efectuar un repaso a la doctrina existente sobre organismos electorales, los estudios desde la Ciencia Política se han limitado a las elecciones en su administración y reforma, mientras que la función jurisdiccional han quedado relegada a la Ciencia Jurídica, en concreto al Derecho Constitucional y al Derecho Electoral.

Los estudios hasta ahora elaborados sobre la justicia electoral se centran en análisis descriptivos sobre las competencias jurisdiccionales, sus procesos, garantías institucionales, características básicas de los medios de impugnación, jurisprudencia relevante, desglose de derechos políticos, ubicación orgánica de los organismos en el engranaje constitucional, su grado de autonomía e independencia, pero todo en clave de su jerarquía jurídica, sustantividad normativa y formas procesales (Ojesto, 2008; Nohlen et al, 2007; Orozco Henríquez, 2007; Sobrado, 2006; Reyes, 2006; García, 2000 y Galván, 1997).

(1) En la jerga forense el concepto “jurisdiccional” refiere a la competencia, mientras que “contencioso” se entiende el medio o recurso procesal propiamente dicho. A pesar de esas precisiones técnico-jurídicas, el presente estudio entiende los conceptos jurisdiccional electoral y contencioso-electoral como sinónimos de justicia electoral.

Es lo cierto que el Derecho Constitucional, y el Derecho Electoral como rama de éste, constituyen áreas frontera del Derecho y la Política; sin embargo, la bibliografía analizada inclina el fiel de la balanza por lo normativo, sin trascender en su relevancia política, sin cuestionar si existen efectos políticos de importancia que obedezcan a ese diseño, sin considerar la justicia electoral en su dimensión política y el rol del magistrado electoral como actor político en ésta, si sus decisiones como juez le lleva a una mayor presencia e impacto en la actividad social, política y económica de un país.

Desde la Ciencia Política, siempre en referencia a la justicia electoral, únicamente parecieran excepcionarse recientes estudios sobre la alta litigiosidad post-electoral a propósito de resultados estrechos (Molina et al, 2008; Sonnleitner, 2007; y, Aziz, 2007). Estos estudios, aunque descriptivos sobre coyunturas políticas, han puesto de manifiesto la importancia del juez electoral como actor político, máxime si median cuestionamientos a la autoridad electoral en contextos sumamente polarizados como lo fueron los casos de Honduras (elecciones generales de noviembre del 2005), El Salvador (elecciones municipales de marzo del 2006), México (elecciones presidenciales de julio del 2006) y Costa Rica (elecciones presidenciales de febrero del 2006 y referéndum sobre el TLC en octubre del 2007).

Precisamente, si el propósito es estudiar esa parte jurisdiccional de los organismos electorales, sea la justicia electoral desde su impronta política, importa una nueva aclaración respecto del tipo de organismo electoral que en su aparte jurisdiccional interesa.

Esta segunda aclaración obedece a que cada país escoge su propio diseño institucional de organismo electoral; de esta manera, respecto de sus funciones administrativa y jurisdiccional, existen modelos que separan tales tareas en organismos independientes entre sí, mientras que otros unifican y concentran ambas competencias. Es decir, en lo que interesa sobre la justicia electoral propiamente dicha, existen diseños que le ubican como una rama especializada a lo interno del Poder Judicial (Argentina, Brasil, México, Paraguay y Venezuela), o bien incluida en la jurisdicción contenciosa-administrativa (Colombia y Nicaragua); mientras que otros le asignan tal tarea jurisdiccional al mismo órgano encargado de la gestión-administración electoral (Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y Uruguay). Estos últimos son los llamados tribunales o cortes electorales predominantes en América Latina y que configuran lo que

Orozco Henríquez denomina “jurisdicción especializada en materia electoral autónoma” (2007: 1172-1174 y 1176).

Estas diferencias de modelo resultan de importancia ya que al no coincidir las competencias de un mismo órgano, se da paso a diferencias institucionales y estructurales que deben ser consideradas si se pretende un análisis de naturaleza comparada. De hecho, a propósito de trabajos comparativos entre sistemas de justicia electoral, son pocos los estudios en Latinoamérica que lo realizan (Orozco Henríquez, 2007 y 2001; y Sobrado, 2008), con las limitaciones de que éstos lo son descriptivos, de naturaleza estrictamente jurídica, con énfasis en la delimitación de procesos y jurisprudencia relevante, respectivamente.

En consecuencia con el objeto de estudio, el trabajo se inclina por una acepción de justicia electoral restringida, la cual abarca “los medios procesales de control de la regularidad de los actos y procedimientos electorales, esto es, se refiere al conjunto de controles o impugnaciones estrictamente jurisdiccionales frente a los actos y procedimientos electorales (excluyendo, en consecuencia, a los controles jurídicos provenientes de órganos de naturaleza propiamente administrativa o política)” (Orozco Henríquez, 2007: 1154). Dicha definición se prefiere toda vez que permite limitar el universo de estudio a aquellos organismos electorales autónomos que concentran sus labores administrativas y jurisdiccionales en un mismo organismo electoral y que a su vez es independiente del Poder Judicial.

2. JUSTICIA ELECTORAL EN COSTA RICA

La generalidad del énfasis de estudio propiciado sobre la justicia electoral en América Latina, no difiere en el caso particular costarricense. En este sentido, a pesar de la particularidad orgánica, innovación y amplitud de competencias del órgano electoral costarricense, desde la Ciencia Política el estudio también se ha ocupado principalmente de sus labores como administrador electoral, sea en sus quehaceres como gestor de elecciones (Picado, 2006).

Si bien el modelo de justicia electoral en Costa Rica se ubica dentro de la llamada jurisdicción especializada en materia electoral autónoma, la cual también incluye a Bolivia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y Uruguay, estas jurisdicciones guardan entre sí diferencias importantes que limitan en un primer momento su análisis

comparativo. Por ejemplo, de este grupo de nueve países, solamente Costa Rica, Ecuador y Uruguay poseen tribunales electorales autónomos cuyas resoluciones no pueden ser objeto de una ulterior impugnación, es decir, constituyen en sus ámbitos la última instancia resolutoria.

Asimismo, únicamente Costa Rica y El Salvador posee dentro de sus potestades normativas la posibilidad de opinión legislativa, aunque solo el caso costarricense dispone como competencia constitucional para el tribunal electoral la interpretación en forma exclusiva y obligatoria de las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral, aspecto medular en la investigación que se propone y que refuerza la elección del caso costarricense como objeto de estudio.

Si bien no se profundizará en las características y naturaleza del Tribunal Electoral costarricense, valga destacar que sus magistrados electorales, presentan un rol en tres sentidos, toda vez que a un mismo tiempo son administradores, jueces y “cuasilegisladores”, siguiendo en el último de los conceptos la denominación asignada por el propio magistrado electoral Sobrado González (2005: 16).

A pesar de esas amplias potestades, no existen estudios sobre un eventual exceso de competencias o poder en éstos, o bien cuestionamientos sobre una eventual doble posición en carácter de “jueces y parte” en la resolución de conflictos, toda vez que como gestor electoral el TSE adopta decisiones que posteriormente pueden ser objeto de revisión por sí mismo en su condición de juez.

Precisamente, en una revisión sobre la bibliografía existente respecto de la materia jurisdiccional electoral costarricense, no es de extrañar que el marco teórico lo sea esencialmente jurídico-procesal (Sobrado, 2005, 2006 y 2008; Brenes, 2002; Brenes y Rivera, 2006), constituyendo estos estudios manuales respecto de las diferentes formas de recursos y litigio (contencioso-electoral) que pueden presentarse ante el TSE, mientras que otros pocos se han enfocado en la revisión temática de su jurisprudencia relevante (Sobrado, 2006; y, Bou, 2008), particularmente respecto de describir jurídicamente la resolución de determinados conflictos. Al igual que lo sucedido en el contexto latinoamericano, la coyuntura de resultados electorales estrechos y escenarios altamente polarizados han propiciado nuevos enfoques sociopolíticos sobre el fenómeno electoral, principalmente respecto de las mencionadas elecciones presidenciales de febrero del 2006 (Alfaro, 2007).

La delimitación y conflictos de competencias entre el TSE y la Sala Constitucional en Costa Rica respecto de a quién corresponde la resolución e interpretación de la materia electoral ha sido también objeto importante de investigación (González y Jiménez, 1993; Brenes, 2003a y 2003b; Brenes y Rivera, 2006; y, Orozco Solano y Patiño, 2008); sin embargo, dicho análisis se ha limitado nuevamente a la revisión y demarcación jurídica y puntual de las competencias de cada órgano, advirtiéndose qué corresponde a cada uno y dejando de lado una importante arena de discusión política sobre la delgada línea que separa lo constitucional-electoral de uno u otro órgano. Como aspectos relevantes, debe advertirse que de este enfoque de estudio se decantan para la Ciencia Política dos vertientes de interés, una sobre el conflicto de poder entre la Sala Constitucional y el TSE, y en segundo término, la comprensión de que el juez electoral es –en su materia especializada– un juez constitucional.

Finalmente, importa también el rol político de los tribunales electorales cuando también ejercen como administradores de procesos de referéndum. En este sentido, la literatura sobre la experiencia, normativa y alcances del primer referéndum celebrado en Costa Rica en el 2007 marcan un importante primer paso a seguir (Alfaro, 2008; Esquivel, 2008 y Sobrado, 2007), aunque siempre prevaleciendo en éstos una lectura particularmente jurídica.

3. JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y JUEZ ELECTORAL

El estudio desde la Ciencia Política sobre el organismo electoral costarricense, y en general de la mayoría de estas instituciones en todo Latinoamérica, se ha centrado en su condición de administrador o gestor electoral, dejándose de lado y a la Ciencia Jurídica su aparte jurisdiccional.

Se pretende ahora una investigación que se ocupe del estudio del juez electoral⁽²⁾ pero alejado de tesis tradicionales que les perciben como tribunales contencioso-administrativos o en una posición secundaria respecto de los tribunales constitucionales. Por el contrario, se defiende y sostiene –al menos para el caso costarricense– la existencia de una jurisdicción constitucional electoral que conlleva entender al TSE como un Tribunal Constitucional especializado en la materia electoral (Brenes, 2002).

(2) En la investigación en referencia interesa la figura del juez electoral en su acepción institucional y no personalizada, es decir, como tribunal. En

Esta nueva lectura permite profundizar en el análisis de sus competencias como juez electoral y en el rol político que goza en razón de su naturaleza, propósito que se facilita desde el área de estudio de *Judicial Politics* y judicialización de la política.⁽³⁾

Precisamente, estudios recientes –a modo de estado de la cuestión– sobre las investigaciones académicas realizadas en *Judicial Politics* en América Latina destacan la gran diversidad de éstas (Kapiszewski y Taylor, 2008), advirtiéndose la necesidad crucial de trasladar esos análisis sobre altas cortes “high courts” hacia otros cuerpos judiciales. En ese sentido:

“(...) we believe it is crucial that our analyses move beyond high courts to examine other judicial bodies. We would highlight lower courts and electoral courts as two particularly interesting candidates for additional study. (...) electoral courts by their very nature play at the sensitive core of the democratic process. While these courts have triggered recent interest, incorporating them further into the judicial politics fold might provide useful intellectual synergies and lead to new insight into judicial politics” (Kapiszewski y Taylor, 2008: 39-40).⁽⁴⁾

La literatura en *Judicial Politics* generalmente analiza el papel de cortes constitucionales, no cortes electorales, y su relación con la política (Martínez Barahona, 2009; Sieder, Schojolden y Angell, 2005; Ojesto, Orozco y Vázquez, 2005; Carbonell, Fix-Hierro y Vázquez, 2004; y, Domingo, 2004, entre otros estudios de importancia reciente para América Latina). Paralelamente, existen diversidad de investigaciones y

este sentido, la unidad de análisis lo es el tribunal electoral, y aunque se privilegie la mención al juez electoral, ésta debe entenderse bajo esa lectura institucional, cual sinónimos.

- (3) Deviene interesante que el Diccionario de la Real Academia Española (en adelante RAE) recoja el término judicialización, entendiendo por éste la “acción y efecto de judicializar”; y precisamente para judicializar señala: “Llevar por vía judicial un asunto que podría conducirse por otra vía, generalmente política” (RAE, 2001).
- (4) En referencia al reciente interés provocado por las Cortes Electorales desde la Ciencia Política, Kapiszewski y Taylor (2008) refieren a Eisenstadt, Todd y sus obras “Courting Democracy in Mexico: Party

teorías que sugieren una importante variedad de factores causales del comportamiento político de esas cortes (Brenes, 2010; Martínez Barahona, 2009; Helme y Sanders, 2006; Scribner, 2004; y, Epstein, Knight y Shvestsova, 2000), estudios que precisamente la presente investigación traslada a los tribunales electorales, cual nuevo enfoque desde la Ciencia Política para la justicia electoral costarricense.

Con especial particularidad se apuesta por el modelo desarrollado por Martínez Barahona (2009) en su libro *“Seeking the political role of the third government branch. A comparative approach to high courts in Central America”*, toda vez que éste formula un diseño mucho más parsimonioso y que se estima de mejor aplicación y ajuste a la naturaleza y competencias del Tribunal Electoral costarricense.

Ahora bien, importa adelantar y aclarar que no se trata de un simple traslape de lo estudiado para otros tribunales constitucionales al caso del TSE, empero aplicar dicho modelo –con variaciones de importancia que se proponen– a la realidad y diferencias propias de ese organismo electoral, bajo el entendido que aquello que resulta aplicable es analizar a dicho Tribunal Electoral su involucramiento con la política.

De momento, continuando con delimitaciones conceptuales, valga advertir que la presente investigación entiende por judicialización de la política “el proceso por el cual los jueces adquieren mayor presencia política y social en la medida en que sus fallos tiene mayor impacto en la actividad política, social y económica” (Domingo, 2007); definición que puede precisar aún más al sostenerse que la judicialización refiere al hecho de que los jueces intervienen en procesos de deliberación pública en una forma autónoma y activa (Martínez Barahona, 2009).⁽⁵⁾

Strategies and Electoral Institutions”, New York: Cambridge University Press, 2004; y, “Catching the State Off Guard: Electoral Courts, Campaign Finance, and Mexico’s Separation of State and Ruling Party”, *Party Politics* 10: 723-45; asimismo, la obra de Mozaffar, Shaheen y Schedler Andreas: “The Comparative Study of Electoral Governance”, *International Political Science Review*, 2002, 23: 5-27. Dicha literatura, aunque de interés en el diseño institucional de las cortes electorales, no profundiza en los alcances políticos propios de la jurisdicción electoral.

- (5) En sentido similar, Sieder, Schjolden y Angell (2005: 3) entienden a la judicialización de la política como *“increased presence of judicial processes and court rulings in political and social life, and the increasing resolution of political, social, or state-society conflicts in the courts”*.

Por lo general existe acuerdo en la comunidad académica sobre la importancia del estudio de los tribunales desde la lógica que ahora se plantea. Así, Martínez Barahona (2009: 5), recapitulando a Shapiro y Stone (2002), insiste en la línea teórica de que tanto los jueces como las cortes, al ser parte del gobierno, deben estudiarse de la misma manera que se investiga a las otras partes del gobierno. Mismo criterio que se sostiene en Epstein, Knight y Shvetsova (2000: 4-5), al enfatizarse que la ciencia política debe integrar a las Cortes en el estudio de todo el proceso gubernamental, al punto que su ausencia conlleva una explicación incompleta de la política.

Asimismo, al tomar algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales, entendidos en un primer momento como los propios del Poder Judicial, pero aquí incluyendo a los electorales, se coincide con Courtis en la importancia del estudio de éstos desde la Ciencia Política:

“En su carácter de instituciones públicas, los tribunales de justicia cumplen un innegable papel político en la configuración de las sociedades en las que vivimos. Aunque parte de la teoría jurídico-política dominante en las facultades de derecho se haya empeñado en negar este papel, y pese a que la propia retórica judicial presente su actividad como técnica o apolítica, la labor de los tribunales determina –directa o indirectamente, consciente o inconsciente, explícita o silenciosamente, por acción o por inacción– importantes aspectos de la vida económica, política y social de un país” (Courtis, 2004: 389).

La justicia electoral, por esencia misma de los conflictos que atiende es política, o en traducción de las palabras antes citadas de Kapiszewski y Taylor: “(...) las cortes electorales por su propia naturaleza juegan en el corazón del proceso democrático” (2008: 40). Asumir esta premisa permite profundizar respecto del grado de autonomía de la función electoral y de sus organismos en el esquema constitucional, su ubicación y comprensión como Poder de la República (ruptura de la clásica tríada en la división del Poder de Montesquieu), o si debería revisarse su dependencia a alguno de los tradicionales poderes del Estado; repasar la necesidad de una concentración de funciones (administrativas y jurisdiccionales) o su separación; la figura del ma-

gistrado electoral como juez, su independencia, lo político en su nombramiento, mandato, reelección; su relación con los otros poderes del Estado y con las distintas fuerzas políticas, tanto partidarias como de la Sociedad Civil, todo entendido como el campo de acción que permite concretar cuál es el rol político del juez electoral y cómo se refleja éste. Consecuentemente, el poder judicial (en el caso de estudio el Poder Electoral) está moldeado por el entorno político, pero también moldea a este último (Ramos: 2).

En igual sentido, ante la comprensión general de que la justicia electoral del TSE actúa como un tribunal de justicia en la materia, “La idea no es retomar análisis formales de tipo constitucional, sino adoptar un punto de vista dinámico que permita la interacción entre tribunales de justicia, gobiernos y legislativos, como proceso que estructura opciones y resultados políticos” (Ramos: 2).

Es lo cierto que el activismo judicial⁽⁶⁾ propicia la disminución del campo competencial de instituciones político-representativas por antonomasia (Guarnieri y Pederzoli, 1999: 9); no obstante, debe diferenciarse cuando existe una injerencia voluntaria en la esfera competencial de un órgano por otro, de aquella propiciada por la omisión de quien era llamado a tomar una decisión. El segundo de los casos, la inopia en el poder, o bien la delegación de competencias, puede ser entonces la que activa la judicialización de la política, en cuyo caso el juez rellena esos vacíos de poder, asumiendo el abandono que hiciese el órgano competente.

De acuerdo con el planteamiento que sobre el tema formulan Guarnieri y Pederzoli:

“Mientras antes el juez era llamado sobre todo a decidir con la mirada vuelta hacia el pasado –de modo, como se suele decir, “restrospectivo”– hoy se le pide con frecuencia que escoja, respecto a las posibles alternativas que explícitamente se le han

(6) Activismo judicial se presenta como la antítesis de la auto-restricción judicial, siendo ambas diferentes vías de acceso hacia una judicialización de la política. De hecho el activismo judicial puede ser ejercido tanto en esferas políticas como en otros terrenos no necesariamente políticos, de allí la observación para no entender éste como sinónimo de judicialización de la política.

dejado abiertas, la que se presta mejor para satisfacer los objetivos fijados de antemano. De este modo se trasfiere al juez la responsabilidad de considerar las posibles soluciones alternativas, de imaginar sus consecuencias respectivas, de evaluar y, por último, de tomar una decisión con la mirada puesta constantemente en el futuro. Así pues, una lógica “prospectiva”, idéntica a la que se considera propia de los otros actores políticos” (1999: 19-20).

En esta nueva comprensión del papel de un juez en democracia, interesa innovar entonces en el rol político de ese juez, consideración que en el caso del juez electoral se percibe podría estar potenciado por competencias excepcionales como la interpretativa de la ley electoral, enfrentamientos con el Poder Legislativo, o a propósito de la resolución de elecciones bajo resultados estrechos y en contextos de alta polarización.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO REDONDO, Ronald. “De elecciones y cuestionamientos a los resultados: el caso de los comicios costarricenses del 2006”. Ponencia en: *Décimo Tercer Informe sobre el Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible*. Consejo Nacional de Rectores y Defensoría de los Habitantes. San José: 2007.
- , Ronald. “Inconsistencias en el material electoral del referéndum 2007”. Ponencia en: *Décimo Cuarto Informe sobre el Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible*. Consejo Nacional de Rectores y Defensoría de los Habitantes. San José, 2008.
- AZIZ NASSIF, Alberto. “Élections et polarisation au Mexique”. En Dabène, Olivier (Editor). *Amérique latine, les élections contre la démocratie?* Paris: Editorial Presses de Sciences Po, pp. 237-260, 2007.
- BOU VALVERDE, Zetty María. Resultados electorales ajustados. El caso de Costa Rica, Elecciones Presidenciales 2006. *Revista de Derecho Electoral*, 2008, N.º 5: en línea.
- BRENES BARAHONA, Amelia. *Jueces con curul: la reelección presidencial decidida en la vía jurisdiccional. Los casos de Costa Rica y Nicaragua*. Tesis para la obtención del título de Máster en Estudios Latinoamericanos, Instituto de Iberoamérica, Universidad de Salamanca. 2010.

- BRENES VILLALOBOS, Luis Diego. *Jurisdicción constitucional electoral*. San José: Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2002.
- , Luis Diego. “Control de constitucionalidad en materia electoral”. *Revista Parlamentaria*, San José, vol. 11, 2003a.
- , Luis Diego. “Protección de los derechos fundamentales en materia electoral por parte del Tribunal Supremo de Elecciones”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, pp. 139-163, 2003b.
- , Luis Diego y RIVERA SÁNCHEZ, Juan Luis. “Recurso de Amparo Electoral”. *Revista de Derecho Electoral*. San José: Tribunal Supremo de Elecciones, 2006, N.º 1.
- CARBONELL, Miguel, FIX-FIERRO, Héctor y VÁZQUEZ, Rodolfo (compiladores). *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*. México: Editorial Porrúa, 2004.
- COURTIS, Christian. “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”. En CARBONELL, Miguel; FIX-FIERRO, Héctor y VÁZQUEZ, Rodolfo (compiladores). *Jueces y Derecho. Problemas Contemporáneos*. México: Editorial Porrúa, 2004.
- DOMINGO, Pilar. “Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America”. *Democratization*, 2004, Vol. 11, No. 1: 104-126.
- , Pilar. “Relaciones de poder, justicia y nuevos actores”. En Pásara, Luis (editor). *Los actores de la justicia latinoamericana*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.
- ESQUIVEL FAERRON, Max Alberto. “Referéndum en Costa Rica: la primera experiencia”. *Revista de Derecho Electoral*, San José: Tribunal Supremo de Elecciones, 2008, N.º 6.
- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack y SHVESTSOVA, Olga. *The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government*. Paper presentado en la reunión anual de American Political Science Association. Washington D.C.: 2000.
- GALVÁN RIVERA, Flavio. *Derecho Procesal Electoral Mexicano*, 1ª edición, México: Editorial McGraw-Hill Interamericana Editores, S. A., 586 p., 1997.
- GARCÍA SORIANO, María Vicente. *Jueces y Magistrados en el proceso electoral*, 1.ª edición, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 377 p., 2000.

- GONZÁLEZ ZAMORA, Óscar E. y JIMÉNEZ BOGANTES, José E. *La materia electoral: deslinde de competencias entre el Tribunal Supremo de Elecciones y la Sala Constitucional a la luz de un caso concreto: la anulación de las asambleas distritales del partido Liberación Nacional en 1992*. Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1993.
- GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Madrid: Taurus, 1999.
- HELMKE, Gretchen y SANDERS, Mitchell S. "Modeling Motivations: A Method for Inferring Judicial Goals from Behavior". *The Journal of Politics*, 2006, Vol. 68, No. 4: 867-878.
- HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto. Organismos electorales. *Diccionario Electoral*. San José: IIDH, 2000.
- JARAMILLO, Juan. "Los órganos electorales supremos". En Nohlen, Dieter et al (compiladores), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Universidad de Heidelberg de Alemania, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral y Fondo de Cultura Económica, México: Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, pp. 371-436, 2007.
- KAPISZEWSKI, Diana y TAYLOR, Matthew M. "Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America". *Perspectiva on Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, Vol. 6, No. 4: 741-767.
- MARTÍNEZ BARAHONA, Elena. *Seeking the political role of the third government branch. A comparative approach to high courts in Central America*. Saarbrücken: VDM Verlag, 2009.
- MOLINA, José Enrique et al. "Resultados Electorales Ajustados. Experiencias y lecciones aprendidas". *Cuaderno de CAPEL*, N.º 52. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y Centro de Asesoría y Promoción Electoral para América Latina (CAPEL), 2008.
- NOHLEN, Dieter et al (compiladores), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Universidad de Heidelberg de Alemania, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral y Fondo de Cultura Económica, México: Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, 1364 p., 2007.
- OJESTO, Fernando, OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús y VÁSQUEZ, Rodolfo (Coordinadores). *Jueces y Política*. México: Editorial Porrúa. 2005.

- OJESTO MARTÍNEZ PORCADO, José Fernando. “Jurisprudencia Electoral, aporte para el fortalecimiento de la Democracia”. *Revista de Derecho Electoral*, San José: Tribunal Supremo de Elecciones, 2008, N.º 5: en línea.
- OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. *Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado. Sistemas de justicia electoral: evaluación y perspectivas*, IFE, PNUD, UNAM, IFES, IDEA Internacional, TEPJF, 2001.
- , Jesús. “El Contencioso Electoral y La Calificación Electoral”. En Nohlen, Dieter et al (compiladores), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Universidad de Heidelberg de Alemania, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Federal Electoral y Fondo de Cultura Económica, México: Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, pp. 1152-1288, 2007.
- OROZCO SOLANO, Víctor y PATIÑO CRUZ, Silvia. “La desaplicación de normas estatutarias por parte del Tribunal Supremo de Elecciones”. *Revista de Derecho Electoral*, San José: Tribunal Supremo de Elecciones, 2008, N.º 5: en línea.
- PICADO LEÓN, Hugo. “Calidad de las elecciones en América Latina: La independencia formal de los tribunales en México, Centroamérica y Panamá”. Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: Viejas y nuevas alianzas entre América Latina y España, 2006. Disponible en <http://balsbs.archives-ouvertes.fr/balsbs-00104361/en/> [Consulta: 8 diciembre 2007].
- RAMOS, Marisa. “El Poder Judicial: La Justicia”. En *Materiales Docentes*, Doctorado en Procesos Políticos Contemporáneos, Área de Ciencia Política y de la Administración, Universidad de Salamanca, Salamanca, España, sin fecha. Disponible en <http://campus.usal.es/~dpublico//areacp/materiales/4.3.poderjudicial.pdf> [Consulta: 6 noviembre 2007].
- REYES ZAPATA, Mauro Miguel. *Jurisdicción Electoral y Democracia. Justicia Electoral*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial, N.º 21, pp. 61-71, 2006.
- SCRIBNER, Druscilla L. “Limiting Presidential Power: Strategic Decision-making on the Supreme Court in Chile and Argentina”. Paper presentado en Southern Political Science Association, 2004.
- SHAPIRO, Martin y Stone Sweet, Alec. *On law, politics & judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BRENES VILLALOBOS: Judicialización de la política en la justicia electoral...

SIEDER, Racher; SCHJOLDEN, Line y ANGELL, Alan (eds.). *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

SOBRADO GONZÁLEZ, Luis Antonio. *La justicia electoral en Costa Rica*. San José: Investigaciones Jurídicas, 2005.

———, Luis Antonio. “Tendencias de la justicia electoral latinoamericana y sus desafíos democráticos”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, N.º 109, 2006.

———, Luis Antonio. “Primera experiencia de referéndum en Costa Rica: regulación y alcances”. *Revista de Derecho Electoral*, San José: Tribunal Supremo de Elecciones, 2007, N.º 4: en línea.

———, Luis Antonio. “Coyuntura electoral 2005-2006: lecciones aprendidas desde la perspectiva de la organización de los procesos electorales y la resolución de sus conflictos en Centroamérica y Panamá”. *Revista de Derecho Electoral*, 2008, N.º 5: en línea.

SONNLEITNER, Willibald. “Élections serrées dans des contextes polarisés”. En DABÈNE, Olivier (Editor). *Amérique latine, les élections contre la démocratie?* Paris: Editorial Presses de Sciences Po, pp. 131-159, 2007.

EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y EL DERECHO NACIONAL^(*)

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez^()*

Catedrático de Derecho Económico Internacional
Universidad de Costa Rica

(Recibido 05/01/11; aceptado 30/11/12)

(*) Material didáctico para el curso a mi cargo, de la Especialidad de Derecho Comercial “Derecho Económico Internacional”, Sistema de Estudios de Posgrado. Universidad de Costa Rica.

Telfaxs (506) 2250-1160; (506) 2259-4844.

e-mail: jorgerp10@gmail.com; jorgerp9@yahoo.com

RESUMEN

La Convención de Viena de los Tratados, de 1969, codifica el Derecho Consuetudinario en esta materia, estableciendo la supremacía del derecho internacional sobre el derecho nacional, incluyendo las Constituciones Políticas.

Palabras clave: Constitución, Tratado, Derecho Internacional, Derecho Nacional, Derecho Consuetudinario.

ABSTRACT

The Convention of Vienna of the Treaties, of 1969, codes the Common Law in this matter, establishing the supremacy of the International Law on the National Law, including the Political Constitutions.

Key words: Constitution, Treaty, International Law, Local Law, Common Law.

SUMARIO

Introducción

1. Relación entre el derecho interno y el derecho externo
 - A. Monismo
 - B. Dualismo
2. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969
3. Costa Rica es parte de esta Convención a partir de 1996
4. Constitución Política de Costa Rica, 1949
5. Constitución Política y los tratados
6. *Civil Law* y *Common Law*
7. Pruebas, entre otras, que los tratados, convenios, acuerdos internacionales tienen un rango superior al derecho interno (incluyendo la Constitución Política)
 - A. Pruebas a título de ejemplo
 - B. Esta prueba la subrayo y destaco por su relevancia en nuestro país y por su contenido
 - C. Tesis de Maestría de Giovanni Peraza Rodríguez
8. Posición de Estados Unidos de América
 - A. Sistema jurídico de los Estados Unidos
 - B. Cláusula del abuelo o Grandfather Clause
 - C. *Implementation Act* y los *Agreements*
9. El acuerdo comercial preferencial de Estados Unidos con Centroamérica y República Dominicana. *Agreement (Common Law)* y tratados (*Civil Law*)

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Uno de los efectos de la crisis de la deuda externa, ubicada principalmente en la década de los setentas del siglo XX, ajustes estructurales, neoliberalismo, privatización o apertura de las empresas estatales, etc., fue la multiplicación de los acuerdos comerciales preferenciales por parte de los Estados Unidos, primero en versión ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas, que fracasa), luego el NAFTA y EL CAFTA, fabricados como *Congressional Executive Agreements* (Acuerdos ejecutivos congresionales).

Esta proliferación de acuerdos comerciales, ha puesto sobre el tapete de la discusión la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de cada país.

La Convención de Viena de los Tratados, de 1969, codifica el Derecho Consuetudinario en esta materia, estableciendo la supremacía del derecho internacional sobre el derecho nacional, incluyendo las Constituciones Políticas.

1.- RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNO Y EL DERECHO EXTERNO

A. Monismo

En esta perspectiva se dice que ambos derechos (local e internacional) no son sistemas jurídicos autónomos e independientes. Se da un único sistema jurídico.

En esta óptica se dan dos corrientes, al menos:

- i) Monismo con primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, nacional o local.
- ii) Monismo con primacía del derecho nacional, local o interno sobre el derecho externo o internacional.

Existe un criterio mayoritario que avala la perspectiva i).

B. Dualismo

El derecho local y el derecho internacional son dos sistemas jurídicos autónomos, separados e independientes (Alvarez, p. 84, 2004; Herdegen, pp. 166-167, 2005; Teixeira, pp. 13 a 16, 2009).

2.- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS, 1969

Este instrumento jurídico internacional codifica el derecho internacional público de los tratados.

El numeral 2.1. a) define el tratado como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

El numeral 2.2. afirma que las disposiciones del párrafo I sobre los términos empleados en la presente Convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado.

El numeral 27.1 manda que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.1.

Por el derecho consuetudinario, se tiene por aceptado a nivel internacional, que los convenios específicos prevalecen sobre los tratados generales o genéricos; y, que los convenios posteriores prevalecen sobre los tratados anteriores.

Debe tenerse en cuenta estos principios originados en el antiguo Derecho Romano:

Lex posterior derogat anteriori: ley posterior deroga la anterior

Lex posterior derogat priori: ley posterior anula la anterior

Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali:

Ley posterior general no deroga la ley especial anterior

Conforme lo señalaremos en el punto de la cláusula de la anterioridad o del abuelo (*Grandfather Clause*), los Estados Unidos pueden invocar una norma o principio jurídico anterior de su sistema legal frente a un compromiso internacional, aplicando a la inversa el principio del Derecho consuetudinario e Internacional supracitado en los latinazos.

Para este país una norma o principio anterior puede derogar una norma internacional posterior, en base a la cláusula de la anterioridad o del abuelo.

Se recuerda que los Estados Unidos no son parte de la Convención de Viena de los Tratados de 1969.

En el Derecho Internacional existe el principio de reciprocidad. Esto quiere decir en la situación concreta del NAFTA y el CAFTA, si Estados Unidos aprueba un compromiso internacional (NAFTA Y CAFTA con la jerarquía y el rango de un *agreement (Common Law)*; y, México el NAFTA y Costa Rica, el CAFTA como tratados superiores a las leyes (*Civil Law*), En virtud de ese principio de Derecho Internacional, esos acuerdos comerciales deben ser equiparados, en su jerarquía, fuerza, potencia y rango.

Por ejemplo, la *Constitución Francesa*, en su artículo 55 manda:

Los tratados o acuerdos ratificados o aprobados en forma regular, tienen desde su publicación, una autoridad superior al de las leyes, bajo reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.

Constitución Política de Colombia:

Artículo 150: corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

16. *Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.*

Artículo 226. *El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.*

Artículo 227. *El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive*

para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

Este *principio de reciprocidad* está incorporado en esta Carta Magna. Efectivamente, las relaciones internacionales entre los Estados deben estar sentadas sobre las bases de la equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (Tangarife, pp. 234 a 238, 2004).

Lo que explica la desigualdad y la ausencia de reciprocidad entre los acuerdos comerciales que aprueban los Estados Unidos (*Common Law*) y los tratados que ratificamos los países del *Civil Law*, es el hecho de que la nación americana es una superpotencia mundial y pone las reales y efectivas reglas del juego del ajedrez del orbe.

En el caso concreto del CAFTA, existe una desigualdad enorme entre la superpotencia de Estados Unidos y los países subdesarrollados y pequeños de América Central y República Dominicana. No existe igualdad real entre estas naciones. Las relaciones evidentes y aplastantes, son entre un gigantesco país y un conjunto de pequeñas naciones pobres. El tratamiento de estas relaciones como iguales, beneficia palpablemente al país claramente fuerte y grande. La dominación, en todo sentido, de los pequeños países a cargo de la superpotencia mundial es absolutamente comprobada.

Recordemos, otro principio fundamental del derecho consuetudinario internacional ratificado en la Convención de los Tratados de Viena de 1969, es el *pacta sunt servanda*, numeral 26:

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe.

3.- COSTA RICA ES PARTE DE ESTA CONVENCIÓN A PARTIR DE 1996

Nuestro país es parte de esta convención mediante ley No. 7615 del 24 de julio de 1996.

El Gobierno de Rodrigo Carazo Odio (1978-1982) vetó el 20 de mayo de 1980, el proyecto de ley que aprobó esa convención, el 16 de abril de 1980, por considerar que contenía disposiciones que violaban nuestra Constitución Política:

- El consentimiento del país se hace mediante ratificación del Poder Legislativo y no por mera firma del Poder ejecutivo,
- No deben aceptarse la aplicación provisional de los convenios,
- No se aceptaron las reservas que el Poder Ejecutivo hizo respecto de este convenio.

4.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA, 1949

Artículo 7

Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.

La Sala Constitucional afirmó que es irrelevante el *nomen juris* que las partes le den al tratado o acuerdo, pues será lo relevante el contenido que se derive de su naturaleza (voto 4445-95).

5.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LOS TRATADOS

De acuerdo con el artículo 7 de la Carta Magna, los tratados claramente tienen un rango superior (“autoridad superior”) a las leyes emanadas del Poder Legislativo.

La Sala Constitucional, en su *voto 9469-07* afirmó:

El artículo 50 de la Constitución Política tiene un rango superior a cualquier disposición del tratado de libre comercio (con los Estados Unidos) (Considerando XV).

La Constitución Política tiene un rango normativo superior al acuerdo comercial (con los Estado Unidos) (Considerando XX).

6.- **CIVIL LAW Y COMMON LAW**

En la tradición jurídica del derecho romano-germánico-francés (Derecho continental europeo), se habla del *Civil Law*. Este es un derecho codificado y escrito, que sujeta al Estado al *principio de legalidad*, entre otros aspectos. Este principio implica dos facetas:

- El Estado puede actuar si existe una ley (emanada del Poder Legislativo) que lo permita,
- El Estado NO puede actuar si no hay una ley (emanada del Poder Legislativo) que lo permita.

Para el caso concreto, los países: México, de Centroamérica y República Dominicana están bajo la órbita del *Civil Law*; Estados Unidos (excepto el Estado de Louisiana; bajo la influencia del Código Napoleón –Hill & Thompson, p. 94, 1995–) está regido por el *Common Law*.

El *Common Law* es un sistema jurídico no escrito, fundado en los *cases*, jurisprudencia de los tribunales, en la costumbre y la tradición. Es un derecho originado en Inglaterra (Picard, p. 88, 1996; Oran, p. 100, 2000; Clapp, p. 91, 2000).

7.- **PRUEBAS, ENTRE OTRAS, QUE LOS TRATADOS, CONVENIOS, ACUERDOS INTERNACIONALES TIENEN UN RANGO SUPERIOR AL DERECHO INTERNO (INCLUYENDO LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA)**

A. **Pruebas a título de ejemplo**

a. Cláusulas del acuerdo comercial con los Estados Unidos (en adelante “acuerdo”):

10.22. *El tribunal de arbitraje decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este tratado y con las normas aplicables del derecho internacional, siendo la interpretación que haga la comisión de libre comercio, de cumplimiento obligatorio para el panel arbitral.*

1.2.2. *Las partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 –objetivos– y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional.*

b. Sentencia del tribunal arbitral en el asunto Alabama, entre Estados Unidos y Gran Bretaña. 1872.

c. Sentencia del tribunal arbitral en el asunto Montijo, entre Colombia y Estados Unidos, en el cual se afirmó que el tratado internacional prevalecía sobre la Constitución Política de Colombia. 1875.

d. Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el intercambio de poblaciones griegas y turcas. 1925.

e. Asunto Georges Pinson, entre Francia y México. 1928.

f. Declaración de los derechos y deberes de los estados, de la Organización de Naciones Unidas, artículos 13 y 14:

La soberanía del Estado está subordinada a la supremacía del derecho Internacional. 1949.

g. Convención de Viena sobre los tratados de 1969, artículos 27 y 46.1: *Ratifican la costumbre internacional de que los Estados no pueden alegar las disposiciones de su derecho interno para justificar su incumplimiento en la ejecución de un tratado.*

B. Esta prueba la subrayo y destaco por su relevancia en nuestro país y por su contenido:

Laudo arbitral firmado en Roma el 26 de junio de 1998, en el cual Costa Rica pierde ante Italia. Caso del dique seco en el puerto de Caldera.

Los árbitros de este panel fueron:

Pierre Lalive, Presidente. Profesor honorario de la Universidad de Ginebra. Suizo.

Luigi Ferrari Bravo. Profesor y Presidente del Instituto Internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT). Italiano.

Rubén Hernández Valle, Profesor. Embajador de Costa Rica en Roma. Costarricense.

Algunos de los aspectos de este laudo arbitral afirma:

- La República de Costa Rica funda una parte sustancial de su argumentación sobre su derecho constitucional (apartado III, en derecho, punto 43).
- Bastará con recordar el principio fundamental en Derecho Internacional de la preeminencia de este derecho sobre el derecho interno (opinión consultativa de la Corte Internacional de Justicia del 26 de abril de 1988) (apartado III, en derecho, punto 44; apartado IV, argumentos y conclusiones de las partes, punto 45).
- Esta preeminencia ha sido consagrada por la jurisprudencia, desde la sentencia arbitral rendida en Ginebra el 14 de setiembre de 1872, en el caso de Alabama entre Estados Unidos y la Gran Bretaña (apartado III, en derecho, punto 44).
- Caso de las “Comunidades” greco-búlgaras, en donde la Corte Permanente afirmó que:

Es un principio generalmente reconocido del derecho de gentes que las disposiciones de una ley interna no podrían prevalecer sobre aquellas de un tratado (apartado III, en derecho, punto 44).
- En el caso Georges Pinson (entre Francia y México) se afirmó que el tratado es superior a la Constitución Política (apartado III, en derecho, punto 45).
- La Convención de Viena sobre los tratados es expresión del Derecho Internacional Consuetudinario, por el cual una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificante para la no ejecución de un tratado (apartado III, en derecho, punto 46; apartado IV, argumentos y conclusiones de las partes, puntos 27 y 34).
- En el conflicto del tratado Cañas-Jerez de 1858, Nicaragua argumentó en base a su Constitución Política y Costa Rica priorizando el tratado sobre la Carta Magna de Nicaragua. El Laudo Cleveland de 1888 le dio la razón, por cuanto el derecho internacional está por encima del derecho interno (apartado III, en derecho, punto 47).

- Igual criterio se aplicó en el caso de Guinea Bissau y Senegal, al tenor del intercambio de notas del 26 de abril de 1960 (apartado III, en derecho, punto 48).

Este panel arbitral, por unanimidad, resolvió, entre otros aspectos:

- (I. e.) que el crédito de la República italiana y/o del Mediocredito Centrale (convención financiera suscrita el 1 de agosto de 1985, con la cual el Mediocredito Centrale, en su calidad de mandatario del Gobierno Italiano, concede al INCOP, su calidad de mandatario del Gobierno de Costa Rica, un crédito de ayuda de USD 12.900.000, con respecto a la República de Costa Rica asciende a una suma de USD 15 millones, comprendiendo el capital e interés apreciados globalmente y que esta suma debe ser reembolsada según modalidades de pago a convenir directamente por las partes dentro del contexto general y con el espíritu de sus relaciones en conjunto y sus acuerdos de cooperación para el desarrollo, tomando en cuenta los lazos tradicionales de amistad que los unen y que han sido recordados, especialmente, en el Compromiso Arbitral del 11 de septiembre de 1997;
- II. Se fallan las costas del presente arbitraje en la suma de USD 120.000 (...) las costas serán sufragadas por partes iguales entre las Partes.

Hecho en Roma, asiento del Arbitraje, el 26 de junio de 1998.

C. Tesis de Maestría de Giovanni Peraza Rodríguez

En la tesis de graduación de la Maestría Profesional en Diplomacia, Universidad de Costa Rica, el *M. Sc. Giovanni Peraza Rodríguez*, hace un análisis en profundidad de este asunto con el título de *Medios de solución pacífica de las controversias y conflictos internacionales aplicados por Costa Rica. Caso de estudio: el arbitraje de la convención financiera suscrita por Costa Rica e Italia en 1985*, presentada ante el jurado respectivo, del cual fui el Presidente, el 6 de octubre del 2010.

De esta Tesis de Maestría, selecciono esta información:

- Costa Rica no ha cumplido con lo que el laudo la condenó a cumplir, desde 1998.

Por esta razón, Italia ha suspendido la cooperación con el país.

Este convenio financiero para construir una obra (dique seco en el puerto de Caldera), nuestro país no lo pagó ni la obra se hizo.

- El autor de esta Tesis, afirma que Costa Rica debe honrar el pago a Italia, el cual no ha hecho. Agregando que falta voluntad política del Poder Ejecutivo, dado que no hay actitud de honrar lo adeudado (p. 76). Señalando que de persistir las condiciones hasta hoy, es probable que no se solucione la diferencia jurídica y financiera en cuanto a la deuda (p. 77).
- Con fecha 22 de junio del 2010, el Ministro de Relaciones Exteriores de Costa Rica, firma una carta, que le remitió al embajador de Italia en Costa Rica, diciéndole que en cuanto a la deuda que tiene Costa Rica con Italia, se le propone hacer un canje de deuda por naturaleza, para la reducción de emisiones de CO₂.

En **La Nación** del miércoles 30 de mayo del 2012, página 14-A, aparece una información que dice: *La Presidenta de la República de Costa Rica, Laura Chinchilla, descubre en Roma que el país pagó deuda con Italia. Desde diciembre del 2010 se hizo el pago a Italia, confirmó la embajada tica en Roma.* (Periodista Carlos A. Villalobos).

- Costa Rica e Italia acordaron una Convención de arbitraje obligatorio el 8 de enero de 1910.
- Costa Rica aprobó por ley 7025 del 17 de marzo de 1986 un convenio marco de cooperación con Italia.
- El 11 de setiembre de 1997, Italia y Costa Rica acordaron un compromiso arbitral.

En su artículo 2 acordaron que el tribunal arbitral estaría compuesto por: Prof. Luigi Ferrari-Bravo, nombrado por el Gobierno de Italia; Prof. Rubén Hernández, nombrado por el Gobierno de Costa Rica y el Prof. Pierre Lalive, con funciones de presidente, designado de común acuerdo entre los dos árbitros citados.

8.- POSICIÓN DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Por lo que respecta a los acuerdos comerciales que ha aprobado este país, se califican de acuerdos (*agreements*) ejecutivos congresionales. Requieren de una ley para que se incorporen al sistema

jurídico de USA, conocida como *Implementation Act*. Esto implica que las normas internacionales requieren de una ley para ser incorporadas a este sistema (Peña, pp. 104 y 105, 2010).

A. Sistema jurídico de los Estados Unidos

El artículo VI de la Constitución de este país manda que:

Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que de ellas dimanen, y todos los tratados que se celebren o que vayan a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, constituirán la Ley Suprema de la Nación (...).

Los acuerdos ejecutivos congresionales (*Congressional Executive Agreements*), requieren de una ley de ejecución, la llamada *Implementation Act*, para su incorporación al sistema legal de este país. Estos acuerdos no son tratados (*treaties*), en este sentido no tienen el respaldo constitucional de modo expreso.

Estos acuerdos provienen del Poder Ejecutivo, el cual los envía al Poder Legislativo, para su aprobación por mayoría simple. Los tratados para ser aprobados por el Poder Legislativo requieren de mayoría calificada (dos terceras de los miembros) (artículo II, sección 2).

Esta situación, del requisito de la mayoría calificada respecto de los tratados, ha hecho que el Poder Ejecutivo prefiera los acuerdos congresionales a los tratados.

Así, por ejemplo el NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) y el CAFTA (*Central American Free Trade Agreement*). Los cuales requieren obligadamente la *Implementation Act* (Ley de implementación) para ser incorporados al sistema jurídico de los Estados Unidos.

B. Cláusula del abuelo o *Grandfather Clause*

También se le conoce como *cláusula de anterioridad*.

Mediante esta cláusula o principio del derecho estadounidense, se privilegia la aplicación del derecho de los Estados Unidos, anterior a los compromisos internacionales (acuerdos ejecutivos).

En otras palabras, si el CAFTA O el NAFTA, contradice o se opone al derecho consuetudinario o a leyes de los Estados Unidos, prevalece el sistema jurídico de USA.

Esta cláusula forma parte de la *Implementation Act* o *Implementation Bill*.

Esta cláusula o excepción jurídica se introduce en cualquier ley, con el objetivo de garantizar el cumplimiento de leyes anteriores, pues se establece que, en caso de conflicto, la ley anterior prevalece sobre la ley posterior. Esta cláusula se extiende también a los principios orientadores del *American Law*. Este principio del *Common Law* se opone al del derecho consuetudinario que sostiene que la norma posterior deroga la norma anterior (*lex posteriori derogat anteriori*). (Peña, pp. 126 a 132, 2010).

Para Costa Rica, este acuerdo comercial es un tratado, así lo aprobó por referéndum el pueblo costarricense el 7 de octubre del 2007. Para los Estados Unidos se trata de un *agreement* (acuerdo) que tiene un rango inferior en el *American Law*.

C. *Implementation Act* y los *Agreements*

El acuerdo comercial (*Congressional Executive Agreement*) en los Estados Unidos fue aprobado así:

En Cámara de Representantes: a favor 217
en contra 215 (28 de julio del 2005)

En el Senado: a favor 54
en contra 45 (28 de junio del 2005)

El Poder Ejecutivo lo firma como Ley el 2 de agosto del 2005.

En el propio Poder Legislativo de USA hubo resistencia marcada a votar a favor del CAFTA.

Indicamos lo que dice la:

Sección 102 de la *Implementation Act* o *Implementation Bill* (texto en español, traducción libre).

Relación del acuerdo la Legislación de USA y con la legislación estatal.

(a) *Relación del acuerdo con la Legislación de USA.*

(1) *La legislación de USA prevalece en caso de conflicto. Ninguna disposición del Acuerdo, ni la aplicación de la misma a cualquier persona o circunstancia, que sea inconsistente con cualquier ley de USA, tendrá efecto.*

(2) *Interpretación.-Nada en esta Ley será interpretado: (A) para enmendar o modificar cualquier ley de USA o (B) para limitar cualquier autoridad conferida bajo cualquier ley de USA, a menos que sea previsto en esta Ley.*

(a) *Relación del acuerdo con la Legislación Estatal.*

(1) *Disputa Legal.-Ninguna legislación estatal, o su aplicación, puede ser declarada inválida para cualquier persona o circunstancia, sobre la base de que la disposición o su aplicación, sea inconsistente con el Acuerdo, excepto en un acto interpuesto por USA con el propósito de declarar inválida tal legislación o su aplicación.*

(2) *Definición de legislación estatal.*

Para los propósitos de esta Sub-sección, el término legislación estatal incluye:

A) *Cualquier ley de una subdivisión política de un Estado; y*

B) *Cualquier ley estatal que regule o grave con impuestos el negocio de los seguros (Mora, pp. 22-23, 2006).*

(La versión en inglés se puede consultar como: Text of H R 3045: *Dominican Republic Central America – United States Free trade Agreement Implementation Act* en: <http://www.govtrack.us/congress/bill/text.xpd>).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el acuerdo tiene un rango inferior al íntegro derecho de los Estados Unidos (*American Law*).

En cambio para Costa Rica, este acuerdo comercial preferencial, es un tratado, superior a todas las leyes del país. La desigualdad jurídica es un hecho probado.

Por medio de esa *Implementation Act* o *Implementation Bill*, USA afirma que las normas internacionales no tienen validez dentro de su

sistema jurídico, necesitando un ley interna que la confiera (Peña, pp. 104, 105 y 117, 2010).

9.- EL ACUERDO COMERCIAL PREFERENCIAL DE ESTADOS UNIDOS CON CENTROAMÉRICA Y REPÚBLICA DOMINICANA. *AGREEMENT (COMMON LAW) Y TRATADOS (CIVIL LAW)*

De acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, FMI, estos compromisos que adquiere Estados Unidos en materia comercial, se llaman acuerdos comerciales preferenciales.

Efectivamente, los economistas que asistieron a la Conferencia del Fondo Monetario Internacional, FMI, sobre Comercio Exterior, 2004, los denominaron acuerdos comerciales preferenciales.

Por ello, en lugar de acuerdos de libre comercio sería más acertado denominarlos acuerdos comerciales preferenciales, pues únicamente reducen las barreras comerciales entre los país suscriptores.

Además estos economistas del FMI, señalan que una conclusión fundamental sobre las políticas de comercio preferencial –ya sean acuerdos comerciales o reducciones arancelarias para exportaciones de los países en desarrollo– no equivalen a una liberalización del comercio (Stephen Tokaric, Robert Lawrence en el Boletín del Fondo Monetario Internacional del 15 de noviembre y 20 de diciembre del 2004, Conferencia del FMI del 19 de octubre del 2004, sobre Comercio Exterior organizada por su Departamento de Estudios).

Tokarick, economista principal del Departamento de Estudios del FMI afirmó que, en esa Conferencia del FMI, se concluyó que las políticas de comercio preferencial no siempre son beneficiosas. De hecho, podrían ser perjudiciales a los países que las adoptan. Recordando que los países en desarrollo no subvencionan al sector agrícola, sino que lo gravan (idem).

Estos convenios o acuerdos no son –ni pretenden ser– modelos de desarrollo económico, sino mecanismos para integrar mercados y mejorar las condiciones de acceso a entre ellos; y para crear plataformas comerciales con reglas más claras, conocidas y transparentes que reduzcan los costos de transacción. Por si solos, estos acuerdos, no están diseñados para combatir la pobreza y eso tiene que estar muy claro.

El énfasis reside en los flujos de inversión extranjera y el acceso a los mercados internacionales dentro de procesos de liberalización comercial (Angel Gurría, en: Eduardo Lizano y Grettel López, pp. 66 y 179, 2004).

Los acuerdos de comercio no garantizan el libre comercio. Esto se debe a que los Estados Unidos utilizan muchas medidas proteccionistas para bloquear las mercancías extranjeras.

Estos acuerdos comerciales frecuentemente son asimétricos: el Norte, que conserva barreras comerciales y subsidia a sus propios agricultores, insiste en que el Sur abra sus mercados y elimine los subsidios (Joseph Stiglitz, San José; El financiero, 23 de febrero - 2 de marzo del 2003, p. 38; Romero Pérez, pp. 111 a 113, 2006).

También hay que aclarar que es falso que estos acuerdos comerciales sean de libre comercio. El mundo está repartido entre las aproximadamente 560 empresas transnacionales.

El libre comercio no existe. Lo que sí existen son mercados oligopólicos y duopólicos, es decir, controlados por unas pocas empresas de capital transnacional.

Además de que tanto Estados Unidos como Europa practican el proteccionismo; y, el subsidio a la agricultura.

Estos convenios tienen como objetivo establecer zonas o áreas comerciales.

CONCLUSIÓN

El derecho internacional, de acuerdo a la Convención de Viena de los tratados, de 1969, tiene un rango superior al derecho interno, local o nacional (incluyendo la Carta Magna). En el marco del objetivo de esta investigación, el acuerdo comercial con los Estados Unidos tiene prioridad (como derecho externo que es) respecto del derecho nacional en su totalidad.

Las relaciones comerciales establecidas mediante la herramienta del tratado (Costa Rica, Centroamérica y República Dominicana) y del *agreement* para los Estados Unidos, implica una situación desigual y

dominante por parte de la nación americana, otorgándole un probado beneficio, en perjuicio de estas naciones pequeñas y subdesarrolladas. Este hecho es notorio, probado y cierto. Pero, a la vez, es normal que suceda entre la nación más desarrollada del mundo y un zona pobre como Centroamérica y el Caribe. La historia enseña y muestra las relaciones entre bloques de poder fuertes y los débiles. No hay nada nuevo bajo el sol.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre, Carlos. *América Latina en la encrucijada* (México: Contrahistorias, 2005).
- Alvarez, Luis. *Derecho internacional público* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004).
- Alvarez, José et al. *Tratado de libre comercio. Aproximación académica* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2005).
- Angel, Marcia. *La verdad acerca de la industria farmacéutica* (Bogotá: Norma, 2006).
- Antillón, Walter. *TLC: un ataque a los derechos del pueblo*. (San José: Juricentro, 2007).
- Arley, Amada. *Más allá del TLCAN* (México: Porrúa-UNAM, 2011).
- Barceló, Daniel. *Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005).
- Barrantes, Claudia y Erick Rincón (coordinadores). *Aproximación jurídica al tratado de libre comercio* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2005).
- Barron, Jerome; Thomas Dienes. *Constitutional Law* (St. Paul, Minneapolis: West Group, 2003).
- Baudrit Carrillo, Luis. *Inconstitucionalidades en el TLC, a pesar del dictamen de la Sala IV* (San José: Universidad de Costa Rica, 2007).
- Becerra, Manuel. *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006).

- La propiedad intelectual en transformación.* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004).
- Borja, Arturo, coordinador. *Para evaluar al TLCAN* (México: Miguel Porrúa, 2001).
- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law* (New York: Oxford University Press, 2003)
- Clapp, James. *Dictionary of the Law* (New York: Random House Webster's, 2000).
- Cruz, Rodolfo. *El arbitraje* (México: UNAM-Porrúa, 2004) *Solución de controversias en el NAFTA* (México: Porrúa, 2002).
- De Olloqui, José. *Jornadas sobre México y los tratados de libre Comercio* (México; Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2003).
- Diez de Velasco, Manuel *Instituciones de derecho internacional público* (Madrid: Tecnos, 2003).
- Diez de Velasco, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público* (Madrid: Tecnos, 2003).
- Enriquez, José. *Derecho económico internacional* (México: Porrúa, 2006),
- Evans, Peter et al. *La globalización y el orden jurídico* (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007).
- Flores, Cecilia. *Diccionario enciclopédico de arbitraje comercial* (México: ed. Themis, 2010).
- Friedman, Lawrence. *Breve historia del derecho estadounidense* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007).
- Fumero, Gerardo. *El Estado solidario frente a la globalización.* (San Jose: Zeta, 2006).
- Galván, Juana. (Presentación). *Arbitraje y solución alternativa de controversias. El caso de Costa Rica* (San José: Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, 2006).
- Gambrill, Mónica, editora. *Diez años del TLCAN en México* (México: Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM, 2006).
- Gómez-Robledo, Alonso. *Temas selectos de derecho internacional.* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2003).

- Gómez, Ignacio. *Derecho de los negocios internacionales*. (México: Porrúa, 2006).
- González, María. *Teorías acerca de la soberanía y la globalización*. (México: Porrúa, 2005).
- Guerrero, Omar. *El neoliberalismo* (México: Fontamara, 2009).
- Gutiérrez, Ana; Andrés León (editores). *Unión Europea - Centroamérica en el marco de las negociaciones de un Acuerdo de Asociación* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2011).
- Henao, Iavier. *Todo sobre el referendum* (Bogotá: Temis, 2003).
- Herdegen, Matthias. *Derecho internacional público* (México: UNAM, Fundación Konrad Adenauer, 2005).
- Hill, Gerald & Kathleen Thompson. *Real Life Dictionary of the Law* (Los Angeles, USA: General Publishing Group, 1995).
- Hoch, Allison et al. *For Copyright Law* (New York: Law Review Publishing, 2001).
- Kuczynski, Pedro; Pablo and John Williamson, editors. *After the Washington Consensus* (Washington DC: Institute for International Economics, 2003).
- Leycegui, Beatriz y Rafael Fernández. *¿Socios naturales? Cinco años del tratado de libre comercio de América del Norte* (México: ITAM, Miguel Porrúa, 2000).
- Lizano, Eduardo y Gretel López. *Economía costarricense y tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América* (San José: Academia de Centroamérica, 2004).
- López-Bassols, Hermilo. *Los nuevos desarrollos del Derecho internacional público* (México: Porrúa, 2008).
- López, Hermilo. *Derecho internacional público contemporáneo e instrumentos básicos* (México: Porrúa, 2003).
- López, José. *Sistema Jurídico del Common Law* (México: Porrúa, 2005).
- Lowenfeld, Andreas. *International Economic Law* (New York: Oxford University Press, 2003).
- Manavella, Carlos. *Guía para la lectura del voto 9469-07 de la Sala Constitucional sobre la consulta del proyecto del TLC-USA* (San José: revista Iustitia, año 21, No. 247-248, 2007).

- Miller, Arthur; Michael Davis. *Intellectual Property* (St. Paul, Minneapolis: West Group, 2000).
- Mora, Henry. *Doce ensayos por la dignidad nacional, la soberanía y el derecho al desarrollo* (San José: DEI, 2006).
- 101 razones para oponerse al tratado de libre comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos* (Heredia: UNA, 2004).
- Morineau, Marta. *Una introducción al Common Law* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2009).
- Murillo, Manuel María, editor. *Propuesta de marco conceptual y jurídico para el fortalecimiento del Instituto Costarricense de Electricidad y la Regulación de las telecomunicaciones en Costa Rica* (San José: Universidad de Costa Rica, 2006).
- Editor. *Roces constitucionales del tratado de libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América*. (San José: Universidad de Costa Rica, 2007).
- Negro, Sandra. *Derecho de la Integración* (Buenos Aires: editorial B de F, 2010).
- Nieto, José. *Organización económica internacional y globalización* (Madrid: Siglo XXI, 2005).
- Oran, Daniel. *Dictionary of the Law* (Canada: West Legal Studies, 2000).
- Osterlof, Doris y Juan Manuel Villasuso. *Las agendas complementarias al CAFTA-DR en Centroamérica* (San José: red LATN, 2007).
- Pacheco, Filiberto. *Derecho de la integración económica* (México: Porrúa, 2002).
- Peña, Helen. *La validez jurídica de la cláusula de anterioridad en la implemation Act en la legislación americana* (México: UNAM, Institut de Investigaciones Jurídicas, 2010).
- Peña, Rosa. *Preferencias en el comercio internacional*. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006).
- Peraza, Giovanni. *Medios de solución pacífica de las controversias y conflictos internacionales aplicados por Costa Rica. Caso de estudio: el arbitraje de la convención financiera suscrita por Costa Rica e Italia en 1985* (San José: Tesis de Maestría Profesional en Diplomacia, Universidad de Costa Rica, 2010).

- Pérez, Rafael. *Derecho de la propiedad industrial* (México: Porrúa, 2001).
- Régimen internacional y nacional de la inversión extranjera* (México: Porrúa, 2011).
- Picard, Linda (editor). *Dictionary of Law* (USA: Merriam Webster's, 1996).
- Piccato, Antonio. *Ideología y Constitución* (México: UNAM-Porrúa, 2005).
- Puyana, Alicia y José Romero (coordinadores). *El sector agropecuario y le tratado de libre comercio de América del Norte*. (México: El Colegio de México, 2008).
- Diez años con el TLCAN. Las experiencias del sector agropecuario mexicano* (México: El Colegio de México, FLACSO, 2008).
- Ramírez Ocampo. *El impacto del TLC en lo economía colombiana* (Bogotá: Norma, 2007).
- Real, Gabriel. *Integración económica y medio ambiente en América Latina* (Madrid: Mc Graw Hill, 2000).
- Remiro, Antonio et al. *Derecho Internacional* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007)
- Rodríguez, Marcos, coordinador *Supremacía Constitucional* (México: Porrúa, 2009).
- Rodríguez, Sonia. *El sistema arbitral del CIADI* (México: Porrúa, 2006) y Herfried Woss (coordinadores)
- Arbitraje en materia de inversiones* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010).
- Rojas, Santiago y María Lloreda. *Aspectos jurídicos del tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos* (Bogotá: Norma, 2007).
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Derecho administrativo especial. Contratación administrativa*. (San José: EUNED, 2002).
- Contratación pública internacional* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 90, 1999, Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados).
- Contratación Pública* (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003).
- Tratado de libre comercio. Estados Unidos-Centroamérica y República Dominicana* (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Univesidad de Costa Rica, 2006).

Sala Constitucional, voto No. 9469-07. Análisis y comentario. Sentencia sobre el CAFTA (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad de Costa Rica, 2006).

Derecho de los tratados (San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 108, 2005).

Las “cartas adjuntas” y el acuerdo comercial con los Estados Unidos (San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 117, 2008).

Notas sobre el problema de la Constitución Política (San José: EUNED, 1994).

Ronderos, Carlos. *El ajedrez del libre comercio* (Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2006).

Salbuchi, Adrián. *El cerebro del Mundo. La cara oculta de la globalización* (Córdoba, Argentina: Eds. del copista, 2001).

Santana, Adalberto (coordinador). *Costa Rica en los inicios del Siglo XXI* (México: UNAM, 2008).

Segovia, Alexander. *Integración real y grupos de poder económico en América Central* (San José: Fundación Friedrich Ebert, 2005; Revista Estudios Centroamericanos, Nos. 691-692, 2006, Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”).

Suazo, Javier. *Honduras: sector agroalimentario y RD- CAFTA* (Tegucigalpa: Ediciones Guadabarranco, 2010).

Tangarife, Marcel. *TLC con Estados Unidos. Fundamentos jurídicos de la negociación* (Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2004).

Teixeira, Carla. *Direito Internacional* (Sao Paulo: Editora Saraiva, 2009).

Vargas, Thelmo. *Reformas económicas en Costa Rica: las adoptadas en 1985-2005 y las reformas pendientes*, en: Luis Mesalles y Oswald Céspedes, editores.

Reformas para el crecimiento económico de Costa Rica, San José: Academia de Centroamérica, 2007.

Vega, Gustavo. *El tratado de libre comercio en América del Norte* (México: El Colegio de México, 2010).

et al. *México, Estados Unidos y Canadá: resolución de controversias en la era post-TLCAN*. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004).

Las prácticas desleales de comercio en el proceso de integración comercial en el continente americano: la experiencia de América del Norte y Chile. (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001).

Villagrán, Francisco. *Derecho de los tratados* (Guatemala: Editores F & G, 2003).

Villarroel, Darío. *Derecho de los tratados en las Constituciones de América* (México: Porrúa, 2004).

Walls, Rodolfo. *Los tratados internacionales y su regulación jurídica en el derecho internacional y el derecho mexicano* (México: Porrúa, 2001).

Williamson, John. *El cambio en las políticas de América Latina* (México: Gernika, 1991).

Editor. *Latin American Adjustment: How Much Has Happened.* (Washington DC: Institute for International Economics, 1990).

Witker, Jorge, coordinador. *El tratado de libre comercio de América del Norte. Evaluación jurídica, 10 años después.* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005).

Compilador. *El Area de Libre Comercio de las Américas, ALCA* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2004).

y, Joaquín Piña. *Régimen jurídico de comercio exterior* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010).

Texto del CAFTA:

Imprenta Nacional, publicación del martes 22 de noviembre del 2005.

Imprenta Nacional, publicación del viernes 26 de enero del 2007.

LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS EN RÉGIMEN DE COMPETENCIA

Dr. Carlos Alberto Mata Coto^(*)

Abogado costarricense

(Recibido 11/01/11; aceptado 30/11/12)

(*) Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

e-mail: mata101@yahoo.com

Teléfono: (506) 8883-2423

RESUMEN

El presente estudio pretende dar a conocer al lector la evolución que han sufrido algunos servicios que venían siendo prestados por el Estado y, que en la actualidad son objeto de la liberalización económica. Ante ello, las estructuras políticas, económicas y jurídicas han variado en lo que se refiere a la intervención administrativa y la regulación económica de los servicios. Base importante del análisis han sido las relaciones jurídicas y fácticas que se desarrollan entre los distintos actores, así como la precisión de los conceptos que en un régimen de competencia se aplican.

Palabras clave: administración pública, regulación económica, liberalización económica, servicios de interés económico general, servicio universal.

ABSTRACT

The current study seeks to make the reader familiar with the changes that have suffered some services that used to be provided by the State, and currently are subject to economic liberalization. In this context, the political, economic and juridical structures have changed in terms of administrative intervention and economic regulation of the services. The analysis is principally based on juridical and factual relations maintained between different actors, and the accuracy of the concepts applying in a regime of competition.

Key words: public administration, economic regulation, economic liberalization, services of general economic interest, universal service.

SUMARIO

Introducción

1. Crisis y evolución de los servicios públicos
2. La intervención administrativa y la regulación económica de los servicios en régimen de competencia
3. Los servicios de interés económico general
4. El servicio universal

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas hemos presenciado una serie de cambios en la prestación de ciertos servicios públicos, provocado por los intereses de los sectores económicos e industriales más fuertes del orbe. El ser humano sigue atendiendo en primer orden los asuntos económicos, y compartamos o no esa prioridad, lo cierto es que para ello se requiere de un orden político y administrativo en que se ejecute de la mejor manera posible la operación de los servicios que han adquirido un alto grado de complejidad, en un mundo que tiende cada vez más a guiarse por la liberalización económica. No se puede negar que enfrentamos una lucha por el poder económico, en que los Estados más poderosos han debido atender los intereses económicos de las grandes empresas prestadoras de los servicios de interés económico.⁽¹⁾ El Estado no acapara la totalidad del desarrollo económico de un país, debe enfrentar los nuevos retos mundiales en lo económico, permitiendo que las empresas privadas tengan una participación más activa e independiente en los servicios, ante ello, la intervención administrativa se reduce significativamente, lo que ha llevado a grandes discusiones ideológicas, mas, este panorama no es un asunto exclusivo de los intereses de la derecha.⁽²⁾

Los avances y la evolución que se han presentado en la economía mundial, que implican un mejor desarrollo de las infraestructuras, la tecnología y las nuevas técnicas en la prestación de los servicios, son parte de las nuevas necesidades y exigencias de las actividades humanas. Los servicios públicos de interés económico han debido evolucionar, lo que se ha debido a las exigencias de un mundo cada vez más competitivo, en que los monopolios han resultado ser un

(1) Para RODRÍGUEZ ARANA, J., “Servicio público y Derecho comunitario europeo”, *RCDP*, núm. 31, 2005, p. 385, “la globalización económica ha traído consigo la existencia de grandes empresas con un potencial superior al de algunos estados que, además, pueden, en ocasiones, gestionar mejor los servicios públicos tradicionales”.

(2) En palabras de FERNÁNDEZ, T.-R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, núm. 150, 1999, p. 65, “se engañaría quien pensara que ese proceso de reconstrucción de las viejas estructuras de los servicios públicos es el resultado puro y simple de un movimiento ideológico de “derechización” del mundo occidental”.

obstáculo a cualquier evolución económica para un mejor desarrollo de las actividades comerciales e industriales.⁽³⁾

Los procesos de liberalización económica han implicado serias limitaciones en los objetivos del Estado social, ello se observa para nuestro interés en las discusiones sobre la muerte del servicio público o su transformación. ¿Es acaso, que el desarrollo económico ha absorbido las estructuras institucionales, por lo que asistimos a una disminución de los objetivos sociales del Estado? La intromisión de la liberalización económica en las estructuras sociales del Estado social ha obligado a innovar la organización administrativa de los bienes y los servicios públicos. Como apunta Luciano PAREJO ALFONSO, “el Estado social administrativo exige hoy, justamente para adaptarse a los requerimientos de la dinámica económico-social actual, cambios profundos en el ciclo entero de la gestión de asuntos públicos, es decir, en la legislación, como también en la ejecución”.⁽⁴⁾ Es así que, la liberalización económica es un reto para el Estado actual en cuanto a la reformulación de los compromisos sociales, lo que obliga a legislar con una mayor precisión sobre las necesidades sociales y, a resolver problemas sociales a través de mejores estrategias en las políticas socio-económicas. A todo ello, se requiere de un plan socio-económico para toda la sociedad, en que el ciudadano no sea el sujeto débil de toda la cadena de los servicios afectados por tal liberalización.⁽⁵⁾ A estas

(3) Como señala ARIÑO ORTIZ, G., “Responsabilidades del Estado en materia de servicios públicos”, *REDETI*, núm. 23, 2005, pp. 13-14, “nos fuimos dando cuenta progresivamente de que el buen funcionamiento de los servicios públicos, en sociedades cada vez más complejas, depende vitalmente de la continua introducción en ellos de nueva inversión y tecnología. La estructuración en red de los más importantes (energía, transportes, comunicaciones, agua, etc.) nos hizo ver cada vez más claramente esta necesidad, como también fue haciéndose patente la indispensable innovación en las infraestructuras de que aquéllos dependen –las redes– incluso las más estacionarias y discontinuas como pueden ser las de los puertos, ferrocarriles o aeropuertos, sobre las que descansa el sistema de transporte de un país. Todas las infraestructuras, antiguas y modernas, necesitaban innovación”.

(4) *Vid.* PAREJO ALFONSO, L., “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos”, *RAP*, núm. 153, 2000, p. 238.

(5) Como señala BULLINGER, M., “El *service public* francés y la *daseinsvorsorge* en Alemania”, *RAP*, núm. 166, 2005, p. 47, “de particular

exigencias el Derecho administrativo no debe ser solamente un derecho de lo interno, debe proyectarse en el plano internacional, sin reducir el primero; se trata de un Derecho administrativo internacional.⁽⁶⁾

Continuando con la prestación de los servicios públicos, nos encontramos ante una de las instituciones del Derecho administrativo que aún en la actualidad sigue siendo de las más importantes para este derecho, sin embargo, dicha institución ha debido cambiar, evolucionar o mutar en un concepto distinto. Atendemos a categorías de servicios que han dejado de ser de exclusiva prestación por las administraciones públicas.⁽⁷⁾

1. CRISIS Y EVOLUCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El servicio público que en sus orígenes fue el máximo exponente del Derecho público para DUGUIT y la escuela de Burdeos,⁽⁸⁾ ha sido desde la maduración del siglo XX una institución objeto de diversos cambios, presentándose una variedad de servicios distintos a su concepción clásica.⁽⁹⁾ La crisis del Estado de Bienestar ha trastornado esta

importancia son aquellas normas que tienen por objeto salvaguardar las singularidades nacionales de una política social justa y de una política económica y social también en relación con empresas que, de acuerdo con el Derecho comunitario, actúan en libre competencia. Estas normas ciertamente no deben obstaculizar la competencia, pero sí tienen que dejar espacio para promover el bienestar común nacional”.

- (6) *Vid.* en este sentido, SCHMIDT-AßMANN, E., “La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, *RAP*, núm. 171, 2006, *in totum*.
- (7) *Vid.* al respecto, ORTEGA BERNARDO, J., “Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)”, *RAP*, núm. 169, 2006, pp. 60-61.
- (8) *Vid.* FUENTETAJA PASTOR, J. Á., “Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (Evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)”, *RAP*, núm. 160, 2003, p. 88; DROMI, R., *Derecho administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 620; GORDILLO, A., *Tratado de Derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, Diké, Medellín, 1998, p. VI-2; RODRÍGUEZ ARANA, J., “Servicio público...”, p. 376.
- (9) Como señala MONTERO PASCUAL, J. J., “Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público”, *REDETI*, núm. 30, 2007, p. 42, “la figura del servicio público es protagonista de una historia ya larga, que

institución, ante lo cual, lo conveniente es el reforzamiento de un Derecho administrativo con método jurídicos rejuvenecidos, ágiles y más acorde en la prestación de los servicios, para que se satisfagan las necesidades de los administrados.

Los servicios públicos han sufrido notables cambios, producto de las actividades comerciales e industriales. En un mundo económico cada vez más dominado por las empresas y, ante los cambios que ha sufrido la institución, se han presentado posiciones doctrinales muy serias sobre la muerte del servicio público⁽¹⁰⁾ o su evolución.⁽¹¹⁾ La

ha diluido su significado, adaptándolo a las necesidades de cada momento histórico, hasta convertir el concepto en una “etiqueta” sin un régimen jurídico bien definido o, peor todavía, en una bandera política. Inicialmente, la calificación de una actividad como servicio público supuso la aplicación de un régimen jurídico claro, consistente en la intervención directa de una autoridad pública, sujeta al derecho público, en defensa del interés público. La provisión del servicio por un agente privado, a través de la técnica de la concesión, y la aplicación del derecho privado, supusieron las primeras crisis del servicio público tradicional”.

(10) EZQUERRA HUERVA, A., “Hacia un concepto objetivo de servicio público en el contexto comunitario europeo”, *RVAP*, núm. 70, 2004, p. 59, sostiene que, “dicha transformación de los servicios públicos tradicionales en actividades reguladas ha dado pie a que desde un significativo sector doctrinal se venga sosteniendo poco menos que la desaparición del servicio público como institución. Frente a esos postulados que entienden que el servicio público se ha convertido en una realidad excepcional cuando no en una institución sencillamente muerta, la mayoría de los autores –con cuyos planteamientos coincido– han reaccionado con una defensa del mismo como una institución viva y necesaria, si bien que precisada de una cierta reformulación a la luz de las mutaciones experimentadas en los últimos tiempos”. FERNÁNDEZ GARCÍA, M^a. Y., “Las obligaciones *especiales* de los operadores de los servicios esenciales económicos en red”, *RAP*, núm. 163, 2004, p. 127, señala por su parte que, “como viene reconociéndose de manera unánime, la desaparición del “servicio público”, como fórmula de organización y gestión de determinados servicios esenciales económicos en red (una fórmula caracterizada, como resulta suficientemente conocido, por la reserva de la titularidad de dichos servicios a los Poderes públicos), no debe comportar restricción alguna de los derechos de los usuarios, ni debe suponer el abandono de los logros sociales alcanzados a lo largo de los años en cumplimiento de la cláusula constitucional del Estado social y democrático de derecho”.

(11) Para CASSAGNE, J. C., “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”,

posición que se asume en este trabajo es la de su transformación en un nuevo instituto, mas no su muerte, lo que no ha dejado de provocar grandes roces en la satisfacción del interés público y los intereses sociales en aquellos servicios públicos que por su carácter económico han sido absorbidos por el régimen de un mercado competitivo, tendiendo a perder elementos que son característicos de un servicio público, al punto que no se siguen considerando como servicios públicos. Un servicio público de carácter económico puede ser prestado en una localidad por parte de una empresa privada, *v. gr.*, la gestión de los residuos municipales⁽¹²⁾ o, como en el contexto internacional, ser prestado por una o varias empresas privadas, como es el caso de la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Hay algunos servicios públicos que no ostentan la categoría económica, por lo que sigue siendo esencial su prestación por parte del Estado y sus instituciones. Del sentido esencial en la prestación de algunos servicios

en VV.AA., *Administración pública y economía: balance del papel de las administraciones públicas tras los procesos de liberalización*, INAP-inap, Madrid, 2001, p.19, “la concepción tradicional del servicio público ha debido evolucionar a fin de adaptarla a la cambiante realidad económica y social y al nuevo papel que se le asigna al Estado como promotor y árbitro de la competencia”. MEILÁN GIL, J. L., “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, *RIDPA*, núm. 7, 2007, pp. 153-154, por su parte señala que, “no ha desaparecido el servicio público, ni ha cambiado como categoría jurídica, tal como puede configurarse desde la perspectiva constitucional. Otra cosa es que se haya reducido su ámbito de aplicación. Actividades que durante muchos años han sido realizadas como auténticos servicios públicos hoy se prestan sin necesidad de acudir a esa categoría jurídica”.

- (12) Al respecto indica ALENZA GARCÍA, J. F., “Medio ambiente”, en *Administración pública y economía...*, pp. 33 y 36, “la liberalización acaecida en los últimos años en la mayoría de los sectores económicos se ha visto acompañada en materia de medio ambiente por una tendencia a la liberalización que ha tenido sus causas específicas. Evidentemente, la situación de partida en materia ambiental y los fundamentos de la intervención pública en ella son muy diferentes a los que existen en los servicios públicos económicos. Por ello, tanto las causas como las manifestaciones de la liberalización en materia ambiental son específicas de ella, aunque los resultados puedan parecer en algunos casos semejantes”. [...] “Las prestaciones al público de gestión y protección ambiental realizadas por los poderes públicos tienden a reducirse y a abrirse (o imponerse) a la iniciativa privada, tal y como ha podido comprobarse en materia de residuos”.

públicos, y por los intereses públicos que deben seguir siendo tutelados por el Estado, se niega su carácter económico, lo que reduce las posibilidades de ser acaparados por un régimen de mercado competitivo.

Difícilmente el servicio público puede mantenerse estático o adoptar por siempre una posición ortodoxa. El servicio público ha devenido en una institución del Derecho administrativo afectada por diversas circunstancias económicas y políticas, incluso dentro del ámbito de las administraciones públicas por la propia organización e intereses públicos tutelados. Los servicios públicos han sido siempre afectados por los constantes cambios de interés de la humanidad. El servicio público ha debido evolucionar ante las diversas circunstancias que lo han afectado, trátase de nuevas técnicas de prestación, cambios políticos y económicos, e influencias ideológicas.

Lo que se estructura en un servicio público, trátase de su evolución o de un nuevo instituto, es la técnica de su prestación, lo que interesa como parte de una lógica jurídica en la ejecución de los servicios que no es exclusivamente determinada ni predeterminada por el Derecho administrativo, sino configurada por una ordenación jurídica que requiere de mayor precisión en su estructura y efectos. Se trate de un orden específico de Derecho o de uno más global, como el caso del Derecho de las telecomunicaciones que se desarrolla en el Derecho comunitario europeo, se asiste a toda una interconexión de ordenamientos jurídicos, en que los ordenamientos jurídicos tienden cada vez menos a su aislamiento. La técnica en el Derecho aplicado requiere de mayor precisión, debido a los nuevos retos y a las nuevas complicaciones de las actividades humanas que afectan tanto en lo sustantivo como en lo procedimental al Derecho, que conlleva desde la constitución de obligaciones y derechos entre los Estados y las empresas hasta la plena satisfacción de los derechos de los usuarios. La técnica jurídica del servicio público ha variado en cuanto a su concepción y prestación. El servicio público determinado de la mano del Estado que todo lo podía y hacía, ha dado paso a nuevos servicios que se determinan en un régimen de mercado. Para las nuevas técnicas fácticas de prestación de los servicios se establecen nuevos procedimientos jurídicos de organización en las relaciones, los derechos y las obligaciones jurídicas de los sujetos involucrados en dicho entorno de mercado. Ante las nuevas políticas económicas que tienden a una mayor apertura de los mercados, se requiere una renovación del Derecho público tradicional.

La transformación del servicio público es producto de la *despublicatio*, provocada por la liberalización económica, las políticas de

privatización y la caída de los monopolios públicos.⁽¹³⁾ Se trataba de servicios públicos en que la participación del Estado era única para la definición de sus políticas.⁽¹⁴⁾ El Estado a través de sus administraciones públicas sufre una reducción importante no sólo en la gestión de los servicios de carácter económico general, sino que también en todo su actuar activo para determinar los objetivos de su prestación. En el Estado se debe tener claro qué se pretende al liberar de la manos de las administraciones públicas la prestación de los servicios públicos con carácter económico general. Si resulta poco eficiente que las administraciones públicas actúen directamente en la gestión de los servicios públicos, si se trata de que en un régimen de mercado los servicios se prestan de una forma más eficiente, buscando medios más óptimos de

(13) Para MUÑOZ MACHADO, S., “Las modulaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías”, *RAP*, núm. 153, 2000, p. 196, “ha sido la eclosión de la liberalización económica y de las privatizaciones la que ha motorizado fundamentalmente el cambio. Supone éste la liquidación de los monopolios (primero los de producción y comerciales y paulatinamente también los de servicios), el retraimiento de las regulaciones públicas de carácter económico para dar el mayor ámbito posible a la función ordenadora del mercado que tiene la competencia libre, y el sometimiento de las actividades económicas públicas, especialmente las desarrolladas a través de empresas de capital público, a la competencia”.

(14) Al respecto señala MALARET I GARCÍA, E., “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *RAP*, núm. 145, 1998, p. 59, “el servicio público resulta ser una actividad en relación a la cual la Administración pública juega un papel fundamental. [...] No obstante, dicho papel fundamental no es el de gestionar directamente la actividad de que se trate, proveer directamente la prestación correspondiente, sino el de establecer el marco y los instrumentos que permitirán garantizar, asegurar que el servicio es prestado a los ciudadanos de acuerdo con los parámetros establecidos por la Administración. Es la Administración quien tiene el poder de establecer el contenido, el precio, la extensión, la calidad, la frecuencia de la prestación suministrada a los ciudadanos”. Como señala CASSAGNE, J. C., “Evolución de los principios...”, pp. 16 y 17, “el error en que cayó la escuela de Burdeos, advertido en su momento por HAURIUO, fue el de suponer que el servicio público podía ser capaz de absorber toda la actividad del Estado y aun de los particulares, diluyendo las energías y capacidades que surgen de la propia sociedad, mediante una teoría autoritaria que transformó al Estado en una gran cooperativa de servicios públicos”.

gestión, con mejores resultados, es necesario que se establezcan mecanismos de control para que el mercado no altere los intereses públicos. ¿Es acaso que se ha agotado el modelo de satisfacción de los intereses públicos para dar entrada a las fuerzas del mercado o, es que simplemente el Estado se ocupará de asuntos residuales, lo que provocará la prestación de servicios más onerosos, abriendo una mayor brecha en la sociedad, en la que el discurso de los servicios de máxima calidad a precios mínimos sería simplemente un asunto de estrategia partidista? Lo anterior nos lleva a reformular las competencias que perviven en el Estado administrador.⁽¹⁵⁾

¿Hacia que han evolucionado los servicios públicos, o en el caso de los que consideran que dicha institución ha muerto a que intereses responden los nuevos servicios de carácter económico en régimen de competencia?, ¿es acaso que, deberíamos aceptar el establecimiento de alguna ideología político-económica radicalmente liberal en la prestación de los servicios?⁽¹⁶⁾ el tema es preocupante para los nuevos desafíos del Derecho administrativo y las ramas jurídicas relacionadas, sin embargo, ¿qué esperar de un derecho que a lo interno presenta serias dudas en cuanto a los objetivos de los servicios de interés económico general que siguen vinculados con los objetivos de interés público? Si de una evolución se trata o de la prestación de unos servicios en libre competencia, lo que se debe desarrollar es una técnica

(15) Para MOREU CARBONELL, E., “Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las “obligaciones de dominio público””, *RAP*, num. 161, 2003, p. 436, “este proceso despublicador va acompañado de otro que aparentemente está en contradicción con él: la búsqueda de una revalorización del papel del Estado, es decir, una suerte de “*publicación alternativa*” del Derecho administrativo”.

(16) En este sentido señala CASSAGNE, J. C., “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, *RAP*, núm. 157, 2002, p. 490, “el servicio público, como construcción dogmática, no es un producto de las ciencias exactas, sino de la realidad y, como tal, adolece de la imprecisión que, en mayor o menor medida, acompaña a todas las instituciones jurídicas, y por ser una institución que se apoya en la realidad antes que en la ideología ha podido subsistir y evolucionar, sin que se resienta su contenido esencial, que es, en definitiva, la satisfacción de las necesidades que una comunidad considera primordiales o esenciales sometiéndolas a un régimen jurídico especial”.

de prestación de los servicios, dentro del orden jurídico-político, que establezca los objetivos de interés público que los operadores de los servicios no deben ignorar, para ello, la reformulación de la organización administrativa es la base para el equilibrio de los intereses contrapuestos en la prestación de los servicios.

2. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE LOS SERVICIOS EN RÉGIMEN DE COMPETENCIA

A continuación se analizará cómo debe intervenir el Estado de frente a los servicios que se prestan en régimen de competencia y, qué tipo de regulación económica al respecto se debe desarrollar. Es un asunto cuyo equilibrio institucional resulta complicado. Adoptada la *despublicatio*, podría resultar poco convincente el establecimiento de algún alto grado de intervención administrativa y de regulación económica.⁽¹⁷⁾ Lo cierto es que el Estado no puede quedar aislado de toda esta obra competitiva de los servicios, su intervención es siempre necesaria, a pesar de que el mercado le suprimiera una cuota importante de intervención sobre la gestión de los servicios. Si de un asunto de necesidad institucional y social se trata, entonces, la justificación de la intervención del Estado debe ser en el tanto existan intereses públicos que deben ser tutelados, por lo que dentro del contexto de la liberalización económica, se debe fundamentar con precisión técnica la intervención administrativa y la regulación económica de los servicios en régimen de competencia.

(17) Para MOREU CARBONELL, E., “Desmitificación, privatización...”, p. 435, “uno de los factores que más ha contribuido a la desestabilización del Derecho administrativo es el proceso que se ha denominado de “desestatalización” social, es decir, la *reducción progresiva del papel del Estado y de la Administración*, no sólo en el más conocido plano económico, en beneficio del mercado, sino también en el plano social, devolviendo el protagonismo al ciudadano y a los grupos sociales en una suerte de externalización de los servicios públicos y de las funciones administrativas”. Este criterio es muy optimista en cuanto al factor social, otorgando demasiado protagonismo al ciudadano; la desestatalización es provocada en primer orden por la economía internacional, promovida por las grandes empresas.

El origen de la regulación económica se ubica a finales del siglo XIX en los Estados Unidos de América, que implicó el control por parte del Estado de un sector económico y sus actores privados,⁽¹⁸⁾ constituyéndose para ello las *Independent Regulatory Commissions*, propias del Derecho anglosajón, y que se han importado en otros ordenamientos jurídicos, denominándolas agencias administrativas reguladoras,⁽¹⁹⁾ aunque también se les ha identificado con otras denominaciones, mas lo común es que se han caracterizado por regular servicios públicos, y hoy día siguen teniendo dentro de sus funciones la regulación de los servicios que han sido objeto de la liberalización económica.

La regulación económica es un asunto que depende de la manera en que el Estado adopte las políticas regulatorias⁽²⁰⁾ Los servicios

(18) *Vid.*, MONTERO PASCUAL, J. J., “Regulación, desregulación...”, p. 44.

(19) *Vid.*, BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. de., “Agencias administrativas reguladoras”, en *Administración pública y economía...*, p. 46. También estas agencias han sido objeto de crítica, al respecto señala MONTERO PASCUAL, J. J., “Regulación, desregulación...”, pp. 46-47, “a principios de la década de los 60 un grupo de economistas de la Universidad de Chicago comenzó a estudiar el fenómeno de la regulación aplicando la teoría de precios. La doctrina tradicional sobre la intervención pública se fundamentaba en la aceptación del interés general como principio rector de la actividad de las comisiones reguladoras y de la Administración en general. Estos economistas tildaron de normativa esta doctrina, y comenzaron a estudiar el funcionamiento real de las comisiones reguladoras. Su conclusión fue que la regulación económica por agencias reguladoras constituía “un instrumento para transferir riqueza a grupos bien organizados, si estos grupos devuelven el favor con votos y contribuciones para los políticos”. Las primeras críticas al modelo regulador fueron lanzadas por Coase en 1959, desde la recién creada *The Journal of Law & Economics*, seguidas de artículos de Stigler, Posner y Demsetz. Estos autores, máximos exponentes de la Escuela de Chicago, concluyeron que la regulación económica por comisiones independientes conducía a resultados altamente ineficientes debido a la “captura” del regulador por la industria regulada, que terminaba, inexorablemente, imponiendo sus intereses”.

(20) Como señala RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., “La creación de mercados regulados: consecuencias para el Estado social de derecho”, *RAP*, núm. 167, 2005, p. 404, “la regulación económica –al igual que todo lo relacionado con la Administración– es básicamente un tema político”.

regulados tienen sus peculiaridades, diferenciándose unos de otros, por lo que, institucionalmente se puede establecer un sólo ente regulador con sus distintos departamentos según los servicios regulados o, adoptar una desconcentración según la especialidad de cada servicio regulado. Si bien los servicios públicos son una manifestación de la realidad, no se puede negar que el factor ideológico y las políticas estatales influyen en la manera en que deben ser regulados. No resulta ser lo mismo la regulación de los servicios públicos en régimen de monopolio que la regulación de servicios en régimen de competencia, para el segundo caso el Estado debe crear una nueva institucionalidad que soporte las reglas del mercado.

Sobre la regulación en un contexto de liberalización económica es muy importante que en el Estado se tenga claro las políticas económicas que se van a desarrollar, las políticas estatales que van a regir para que puedan operarse eficazmente los servicios y, las políticas sociales a favor de los distintos sectores de usuarios, en fin, el orden político que va prevalecer para que exista un adecuado equilibrio entre la regulación y la liberalización. No es correcto comprender la liberalización como un fenómeno aislado que determina el comportamiento del mercado, la regulación también define los alcances del mercado.⁽²¹⁾

¿Qué queda de la intervención administrativa en la regulación económica de los servicios ante la liberalización económica? La intervención administrativa se aleja de la vieja política en que el Estado debía acapararlo todo, pero ello no impide que se establezcan obligaciones que regulen el mercado de los servicios y que además los operadores y los usuarios puedan hacer gala de sus derechos, tales como la libertad de empresa y el derecho de elección del operador.

(21) Para FABRA UTRAY, J., *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, Marcial Pons-Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2004, p. 51, “liberalización y regulación no son conceptos contrarios. Son conceptos complementarios. Ambos se necesitan mutuamente. No puede haber liberalización sin regulación porque la regulación hace posible que los agentes económicos concurrentes (todos) puedan desenvolverse con libertad y con la certidumbre que les proporcione su propia capacidad competitiva. La liberalización, sin un marco regulatorio adecuado al sector de actividad en el que se aplica, conduce al desarrollo de posiciones de dominio y de prácticas colusivas que limitan la libertad de todos en beneficio sólo de algunos”.

¿Qué opciones tiene la Administración pública ante los nuevos operadores de los servicios?, de esos nuevos operadores que desean competir en los diferentes mercados, ofreciendo nuevos servicios en red que resultan ser un gran negocio, sobre los que anteriormente existían impedimentos en razón del predominio de los monopolios públicos; ¿a quién debe servir el Estado?, ¿y la seguridad jurídica?⁽²²⁾; por otro lado, a favor del Estado, al no ser el único que tiene obligaciones en la prestación de los servicios, aparecen nuevos actores que adquieren obligaciones ante el Estado y los usuarios, lo cual también implica un nuevo enfoque sobre las responsabilidades de los operadores. El Estado sigue manteniendo la exigencia de una serie de obligaciones que deben prevalecer y ser determinantes ante los operadores de los servicios, *v. gr.*, la seguridad jurídica, en el tanto los operadores deben respetar el ordenamiento jurídico y, que a la vez, el Estado debe asegurar que la seguridad jurídica lo será tanto para los operadores como para los usuarios.⁽²³⁾

(22) En el criterio de GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “Globalización económica, administraciones públicas y Derecho administrativo: presupuestos de una relación”, *RAP*, núm. 164, 2004, p. 37, “la Administración pública nacional *se pone al servicio* de las necesidades de los operadores, tanto en operaciones puntuales, adquiriendo una nueva función de actuar de instrumento para la diplomacia empresarial a fin de favorecer la aceptación de inversiones en terceros países, como en la actuación global, dando seguridad jurídica a las inversiones, en el sentido de que no se vaya a socializar la actividad. En definitiva, el Estado debe proporcionar seguridad jurídica de que el *statu quo* en el que comienza su participación se va a mantener o, en el caso de cambio, que su orientación será la general de estos tiempos liberales y desreguladores, o que, en su caso, la tendencia general será a lograr mayores beneficios”.

(23) Para ARIÑO ORTIZ, G., “Responsabilidades del Estado...”, p. 29, “una dimensión esencial de la responsabilidad del Estado sobre los servicios públicos es garantizar a éstos un marco razonable de seguridad jurídica. Por seguridad jurídica entiendo un sistema de reglas básicas que dé estabilidad a los derechos que se derivan de las relaciones entre la Administración y los gestores de los servicios públicos. La previsibilidad de los comportamientos, la garantía respecto al cumplimiento de lo pactado, la existencia de instituciones fiables (reguladores y jueces), la estabilidad fiscal y un sistema de justicia constitucional que proteja al ciudadano, incluso frente a la Ley, son los parámetros básicos de un Estado de Derecho, en el que los inversores puedan confiar”.

La regulación económica tiene su fundamento ante el mercado, es una política propia del Estado para regular la prestación de los servicios en régimen de competencia. En un mercado en pleno funcionamiento, en que los servicios se prestan en régimen de competencia, las políticas de regulación económica deben ser claras y precisar el grado de su ejecución, así, la regulación económica intervendrá cuando el mercado presente inconsistencias.⁽²⁴⁾ La intervención administrativa sobre los servicios en régimen de competencia a través de la regulación económica tiene la misión de ordenar su prestación en el mercado, lo que implica el establecimiento de una serie de derechos y obligaciones para todos los actores involucrados, según los sectores liberalizados.

La intervención administrativa en el mercado depende del desarrollo de las políticas estatales sobre los servicios liberalizados, siendo que la intervención administrativa además de la categoría que adopte, dependerá también del grado de categoría;⁽²⁵⁾ el grado dependerá del comportamiento del mercado y las relaciones fácticas que se desarrollen entre los operadores y el Estado.

(24) Así ARIÑO ORTIZ, G., “La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”, con CASSAGNE, J. C., *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Abeledo-Perrot-LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 19, señala que, “la regulación hace siempre su aparición ante la inexistencia, fracasos o fallas del mercado. Cuando éste funciona, no hay mejor regulación: determina cantidades, asigna precios, impone calidades, premia o expulsa del mercado a quienes a él concurren y el Estado lo único que tiene que hacer es mantener el orden y la seguridad, hacer que se cumplan los contratos y –en algunos mercados asimétricos– proteger al consumidor. Así, pues, la regulación –en especial, la regulación económica– es por definición un sustitutivo o complemento del mercado”.

(25) Sobre la categoría de intervención administrativa, MONTERO PASCUAL, J. J., “Regulación, desregulación...”, p. 64, señala que, “se distinguen dos grandes categorías de intervención pública en defensa del interés general. Por una parte, se reconoce que en determinados casos, la satisfacción de dicho interés exige una intervención pública agresiva, que restrinja en determinada medida el funcionamiento de los mecanismos del mercado, pudiendo incluso llegar a excluirlos completamente, a través de la creación de derechos exclusivos o especiales. Esta intervención pública, sin embargo, es excepcional, limitada por un juicio de imprescindibilidad. Para el resto de supuestos, se excluye una intervención pública substitutiva del mercado, permitiéndose, y en ocasiones imponiendo, una intervención indirecta de control del mismo, complementándolo allí donde este no responda a las necesidades sociales definidas políticamente”.

Los distintos actores de las sociedades y del mundo desean participar en la prestación de los servicios liberalizados, pues cuentan con una serie de elementos que los capacita para prestar servicios que eran gestionados por el Estado. Se presentan nuevas modalidades de regulación, no solamente político-económicas, sino también dentro de los ámbitos jurídico y social, como la *autorregulación regulada*, en que se presencia la voluntad y la participación de los operadores y las organizaciones en la gestión de ciertas funciones de carácter público, para la consecución a la vez de intereses privados y públicos.⁽²⁶⁾ El Estado no se ha alejado de la tutela de los intereses públicos y los fines sociales, sigue tutelando ambos fines, pero además participan intensamente los operadores del mercado y las organizaciones, pues en el Estado se deben aceptar nuevas formas de gestión, que resultan alternativas para todo el complejo estatal e implican la obtención de resultados, incluso a nivel internacional.

(26) En este sentido resulta de interés el desarrollo del concepto *Reguliert Selbstregulierung* en el Derecho alemán. Vid. DARNACULLETA I GARDELLA, M^a. M., *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 328-329, que al respecto señala, “la propuesta conceptual del profesor DI FABIO parte de la ubicación de la autorregulación en el marco de las dificultades de ejecución del Derecho y, en general, de los problemas que plantea la materialización de fines y funciones públicas. Para este autor puede hablarse de autorregulación “cuando una función pública es aceptada de forma organizada por fuerzas sociales no integradas en el Estado, especialmente dentro del mercado”; en estos casos, el Estado “tiene un concreto interés en su cumplimiento” y, por este motivo, “protege e influencia de un modo sustancial tales organizaciones”. Este concepto comporta, por un lado, el establecimiento de una relación directa entre la autorregulación y la voluntariedad, puesto que la asunción de funciones públicas por parte de la sociedad que responde a este término es siempre voluntaria; y, por otro lado, una actividad estatal de impulso de la autorregulación que incluye también la formulación de los fines y los cauces procedimentales a través de los cuales aquélla se desarrolla. Cuando se advierte la presencia de esta actividad pública de regulación se califica la actividad de los sujetos privados de “autorregulación instrumental”. Esta definición y, fundamentalmente, la terminología utilizada por DI FABIO, es discutida contundentemente por SCHMIDT-ASSMANN, que entiende que la autorregulación se refiere a medidas propias de instancias no estatales que persiguen conjuntamente intereses privados propios e intereses públicos, pero no se trata, en ningún caso, de fines definidos por el Estado. Según este autor, la autorregulación se encuentra extramuros del Derecho administrativo. Para esta disciplina no es relevante la autorregulación, sino la “autorregulación regulada””.

¿Por qué tipo de regulación económica se está optando para regular los servicios que se prestan en régimen de competencia?, se trata de la adopción de formas de regulación que impliquen una menor intervención administrativa sobre los operadores. El Estado se encuentra obligado a plantear una regulación político-económica tenue, que podemos calificar de *soft-regulation*. Anteriormente la intervención administrativa era total, exclusivamente las administraciones públicas debían satisfacer los intereses públicos en todo el ámbito de las actividades económicas y, cuando se presentaba la opción de que un operador privado prestara algún servicio público, se ejecutaba todo un mecanismo de intervención administrativa que limitaba significativamente las acciones del operador. La liberalización económica ofrece más opciones de desarrollo económico a las empresas. Se trata de una *desregulación económica* en que la intervención administrativa cede espacio al mercado;⁽²⁷⁾ el Estado debe mantener la seguridad jurídica y hacer respetar el ordenamiento jurídico, pero ante los servicios que se prestan en régimen de liberalización el Estado ocupa una posición pasiva, sin embargo, como se indicó, actúa de forma activa ante las fallas del mercado. Lo anterior no implica de ninguna manera la desaparición de la regulación económica, pues no se trata de sustituir la regulación.⁽²⁸⁾

(27) Al respecto señala MONTERO PASCUAL, J. J., “Regulación, desregulación...”, p. 49, “el término desregulación ha de ser entendido en el contexto de la regulación norteamericana. Si regulación es el control continuo y concentrado de un sector económico por parte de una comisión especializada, ejercido a través de la imposición de obligaciones jurídicas a los actores privados en el sector, la desregulación es el relajamiento del control ejercido por la comisión reguladora, a través de la eliminación de determinadas obligaciones jurídicas impuestas a las empresas privadas del sector en cuestión”. Para QUADRA-SALCEDO, T. de la, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 161, “los problemas fundamentales a los que debe de dar respuesta la desregulación es determinar qué actividades pueden ser prestadas en competencia y, dentro de ellas, qué fines de interés general deben de ser mantenidos. La segunda cuestión es la de saber cómo es compatible la liberalización con la imposición de obligaciones y a través de qué técnicas se consigue asegurar aquellos fines de interés general”.

(28) Coincidimos con ARIÑO ORTIZ, G., “La liberalización...”, p. 22, al señalar que “la regulación no va a desaparecer. Como toda restricción o limitación a la libertad de actuación o disposición por los particulares, será siempre

3. LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

En Europa se han desarrollado una serie de servicios que marcan un claro distanciamiento del clásico servicio público. En un primer orden, se ubican los *servicios de interés general*, que “designan las actividades de servicio, *comerciales o no*, consideradas de interés general por las autoridades públicas y sujetas por ello a obligaciones específicas del servicio público”.⁽²⁹⁾

El *Libro Verde sobre los servicios de interés general* señala que, con “la expresión *servicios de interés económico general*, en la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público”.⁽³⁰⁾ Por otro lado, “*otros servicios de interés económico general*, como la

necesaria cuando la actividad de un individuo invade los derechos o intereses legítimos de los demás que necesitan ser protegidos. También se justifica cuando hay intereses públicos, comunes, superiores, que no pueden verse satisfechos por la actuación del mercado: son bienes extramercado”. Y en otro trabajo señala el autor que, “aunque siempre ha existido ordenación económica, el modelo de regulación que hoy prima en el mundo en los sectores disciplinados es de reciente factura. Es una normativa compleja, mezcla de presupuestos tecnológicos (que hay que conocer, si queremos entender las normas), análisis económico y Derecho constitucional y administrativo, todo ello más o menos embadurnado de política, en una relación siempre difícil con ésta. Es una realidad todavía no bien sistematizada (ni comprendida) por los juristas”. “El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho”, *RAP*, núm. 182, 2010, p. 31.

(29) *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión. Los servicios de interés general en Europa*, COM(96) 443 final, CCE, Bruselas, 11 de septiembre de 1996, p. 2.

(30) *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, COM(2003) 270 final, CCE, Bruselas, 21 de mayo de 2003, p. 7.

gestión de residuos, el abastecimiento de agua o los servicios públicos de radiodifusión, no están sujetos a un régimen regulador global de ámbito comunitario. En general, la prestación y la organización de estos servicios están sometidas a las normas en materia de mercado interior, competencia y ayudas estatales, siempre que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. Además, ciertas normas comunitarias específicas, como la legislación en materia de medio ambiente, pueden aplicarse a determinados aspectos de la prestación de estos servicios”.⁽³¹⁾ Y, “los servicios de interés general de naturaleza no económica y los servicios sin efecto en el comercio entre los Estados miembros son los que no están sujetos a normas específicas comunitarias ni tampoco a las normas sobre mercado interior, competencia y ayudas estatales del Tratado”,⁽³²⁾ v. gr., “la educación nacional y los regímenes básicos de seguridad social obligatorios, y a ciertas actividades ejercidas por organismos cuyas funciones son esencialmente sociales y que no tienen por objeto emprender actividades industriales o comerciales”.⁽³³⁾

En cada Estado miembro se identifica una realidad propia en la prestación de los servicios, con una historia propia y a través de una lógica jurídica específica, por lo que resulta impropio igualar modelos de operación de servicios, lo que no se debe confundir con el régimen de los servicios liberalizados en la Unión Europea. Sirva la aclaración del Libro Verde al señalar que, “los términos servicio de interés general y servicio de interés económico general no deben confundirse con la expresión servicio público, un término más ambiguo que puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión. Con esta expresión se alude a veces al hecho de que un determinado servicio se ofrece al público en general, mientras que otras veces lo que se quiere resaltar es que se ha asignado a un servicio una misión específica de interés público o se hace referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio en cuestión”.⁽³⁴⁾

(31) *Ibid.*, p. 11.

(32) Se refiere al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. *Vid.* Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007.

(33) *Vid.* COM(2003) 270 final, pp. 12 y 16.

(34) *Ibid.*, p. 8. *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al*

Otra expresión utilizada en el Libro Verde es las “*obligaciones de servicio público*”, que alude a las obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público, por ejemplo en materia de transporte aéreo, ferroviario y por carretera, o en el sector de la energía. Estas obligaciones pueden aplicarse a escala regional, nacional o comunitaria”.⁽³⁵⁾

Con respecto a la diferenciación entre los servicios económicos y no económicos, para lo cual no existe una fórmula previa que los identifique, por lo que existen elementos propios de desarrollo del mercado, además de las políticas y los derechos estatales y comunitario, que llegan a establecer la diferencia –incluso con ciertas salvedades y posibles combinaciones en la propia prestación de los servicios–, la Comisión de las Comunidades Europeas ha señalado que, “no puede darse una respuesta *a priori*, sino que se requiere un análisis de cada caso particular: la realidad de estos servicios es generalmente muy específica y difiere mucho de un Estado miembro a otro, y de una autoridad local a otra; los modos de prestación de los servicios evolucionan constantemente en respuesta a los cambios económicos, sociales e institucionales, como las transformaciones en la demanda de los consumidores, el cambio tecnológico, la modernización de las

Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Libro Blanco sobre los servicios de interés general, COM(2004) 374 final, CCE, Bruselas, 12 de mayo de 2004, p. 24.

- (35) *Vid.* COM(2003) 270 final, p. 8 y; COM(2004) 374 final, p. 24. Resulta importante la aclaración de CARLÓN RUIZ, M., *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, p. 66, al señalar que, “no deben confundirse, en ningún caso, –conviene tenerlo presente– las “*obligaciones de servicio público*” con las “*obligaciones de carácter público*” –como la protección de los derechos fundamentales implicados en los procesos de comunicaciones electrónicas, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos personales, o la protección de consumidores y usuarios–. Obligaciones estas últimas que pretenden garantizar necesidades o valores en los que concurre, igualmente, el interés general, pero referidos a elementos accesorios a los servicios y redes, no a su propio contenido prestacional. [...] Las “*obligaciones de servicio público*”, por el contrario, se explican en la lógica de la liberalización como una consecuencia inevitable del abandono de la titularidad pública de una actividad económica que, sin embargo, sigue manteniendo su carácter de prestación esencial para los ciudadanos”.

administraciones públicas y la descentralización de competencias a nivel local. En el ámbito de las normas de competencia, según el Tribunal de Justicia, lo que determina si las actividades se consideran económicas o no económicas no es el sector o el estatuto de la entidad que lleva a cabo un servicio (p. ej. si el organismo es una empresa pública, una empresa privada, una asociación de empresas o parte de la administración del Estado), ni la manera en que se financia, sino la naturaleza de la actividad propiamente dicha. Para hacer la distinción, el Tribunal se basa en un grupo de criterios relacionados con las condiciones de funcionamiento del servicio considerado, por ejemplo, la existencia de un mercado, prerrogativas estatales u obligaciones de solidaridad. En la práctica, esto significa que una sola entidad puede dedicarse tanto a actividades económicas como no económicas y, por lo tanto, estar sujeta a las normas sobre competencia en algunas de sus actividades, pero no en otras. Por ejemplo, el Tribunal ha declarado que una entidad determinada puede dedicarse, por una parte, a actividades administrativas que no son económicas, por ejemplo funciones de policía, y, por otra, a actividades puramente comerciales. Un organismo puede también dedicarse a actividades no económicas cuando se comporta como entidad benéfica y competir al mismo tiempo con otros operadores en otra parte de su actividad realizando operaciones inmobiliarias, incluso sin ánimo de lucro. Según este enfoque funcional, hay que analizar por separado cada actividad”.⁽³⁶⁾

Para lo anterior, sirva lo señalado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la STJCE de 24 de octubre de 2002, *Aéroports de París*, asunto C-82/01 P, apartado 79: “*En efecto, según reiterada jurisprudencia, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (véanse, en particular, las sentencias de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia, C-35/96, Rec. p. I-3851, apartado 36, y de 25 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. p. I-8089, apartado 19)*”.⁽³⁷⁾

(36) *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité económico y social europeo y el Comité de las regiones, que acompaña a la Comunicación “Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno”. Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo, COM(2007) 725 final, CCE, Bruselas, 20 de noviembre de 2007, p. 5.

(37) Además, las SSTJCE de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA*, asunto C-222/04, apartado 108; de 11 de julio de 2006,

4. EL SERVICIO UNIVERSAL

Compete tratar uno de los servicios más innovadores que se presta dentro del contexto de la liberalización económica, el *servicio universal*.⁽³⁸⁾ Su estructura es sumamente interesante, pues aunque se denomina servicio universal, dista mucho de ser un concepto totalmente abstracto o general, ciertamente lo es ambos, de una forma moderada, pero es a la vez un concepto muy técnico y preciso en cuanto a sus alcances jurídicos, por lo que no se admite vaguedades en su interpretación y, de presentarse alguna errónea interpretación que conlleve imprecisiones conceptuales, sus efectos en la práctica serían seriamente perturbadores para su prestación.

El servicio universal es parte de una política social;⁽³⁹⁾ en palabras de Carmen CHINCHILLA MARÍN, “la idea de solidaridad social está, pues, en la base de esta nueva categoría jurídica, como lo estaba en el viejo concepto de servicio público en la definición dada por L. DUGUIT, sólo que ahora la forma de asegurar la prestación universal del servicio es completamente distinta, pues se trata de servicios prestados en

Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN), asunto C-205/03 P, apartado 25 y; de 12 de diciembre de 2006, *SELEX Sistemi Integrati SpA*, asunto T-155/04, apartado 61.

- (38) Se tiene noción del término servicio universal desde principios del siglo XX en los Estados Unidos de América, siendo introducido por THEODORE VAIL, representante de AT&T. *Vid.* HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., “La reconfiguración dogmática en la regulación de las telecomunicaciones”, *RIDPA*, núm. 6, 2006, p. 95; LOUBE, R., “Public Interest Regulation, Common Costs, and Universal Service”, en MILLER, E. y SAMUELS, W. (Editores), *The Institutionalist Approach to Public Utilities Regulation*, Michigan State University, Michigan, 2002, p. 240; WU, J., *Telecommunications Competition and Its Driving Force. A Comparative Study of Telecommunications Law of the EU, the US and China*, Schulthess-ZIK, Zürich-Basel-Genf, 2008, p. 197.
- (39) Como señala MORAL SORIANO, L., “Servicio universal y telecomunicaciones en el Derecho comunitario”, *REDETI*, núm. 16, 2003, p. 37, “el servicio universal es una política social que persigue la redistribución de recursos”. Para CABRERA DE LA IGLESIA, J. y GARCÍA ZABALLOS, A., “Regulación del coste neto del servicio universal: realidad actual y planteamientos para el futuro”, *ICE*, núm. 808, 2003, p. 105, “el concepto de servicio universal está más relacionado con aspectos políticos que con los económicos”.

régimen de competencia”.⁽⁴⁰⁾ El servicio universal es una evolución del servicio público que se presta y garantiza dentro de un contexto de liberalización económica. Para Tomás de la QUADRA-SALCEDO, “el servicio universal es un concepto básico en el proceso de liberalización, pues es la técnica que permite garantizar el acceso de todos a servicios indispensables”.⁽⁴¹⁾

Se trata de servicios que no resultan atractivos para los operadores privados. No optan por su prestación pues no encuentran en los servicios garantizados por el servicio universal algún beneficio económico, por ello, el Estado establece la obligatoriedad de su prestación, para obtener el fin social deseado. En ciertos casos los operadores deberán prestar servicios en zonas geográficas no rentables o a grupos de usuarios que no resultan atractivos en términos económicos.⁽⁴²⁾

El servicio universal implica un mínimo de servicios que deben ser prestados por los operadores que se encuentran obligados a prestarlo, según lo que establecido por el poder público.⁽⁴³⁾ Técnicamente

(40) Vid. CHINCHILLA MARÍN, C., “Comentario al artículo 22”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y QUADRA-SALCEDO, T. de la (Coordinadores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 368.

(41) Vid. QUADRA-SALCEDO, T. de la, “El suministro de electricidad de último recurso y el servicio universal”, *RAP*, núm. 181, 2010, p. 65.

(42) Al respecto señala GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “Valoración crítica del sistema de servicio universal y la liberalización”, *RAP*, núm. 164, 2004, p. 264, “el “problema” consiste en que hay prestaciones o actividades no rentables que, empero, deben realizarse a favor de toda la sociedad y a un precio asequible que puede estar por debajo de la realidad de mercado. “Prestaciones” o “actividades” que no queda más remedio que cubrir por imperativos sociales o públicos, en especial por razones evidentemente de solidaridad con los colectivos más perjudicados y, dado el caso, por razones de procurar un mayor desarrollo económico en determinadas áreas”.

(43) Para CARLÓN RUIZ, M., “El servicio universal de telecomunicaciones”, *RAP*, núm. 171, 2006, p. 46, “bajo el concepto de servicio universal se cualifica un nivel mínimo de servicios o prestaciones calificables de esenciales en un determinado momento y lugar que el usuario tiene derecho a reclamar, y de cuya adecuada prestación los poderes públicos no se pueden desentender aun cuando el mercado no los preste de

se establecen los servicios que se deben garantizar para que el servicio universal cumpla con el fin político-social deseado, por ser servicios que el mercado no ofrece, por lo cual el Estado debe garantizar a los usuarios que serán prestados.

El servicio universal se comprende como una obligación de servicio público en que las autoridades estatales pueden imponer obligaciones específicas a los sujetos que brindan el servicio, a fin de cumplir los objetivos de interés público establecidos.⁽⁴⁴⁾ Los operadores deben prestar los servicios según las obligaciones establecidas para garantizar una política social adecuada de los servicios a favor de los usuarios, a lo que no pueden rehusarse ni brindar deficientemente, por lo cual, sí importa el nivel de calidad con que se presten los servicios, de lo contrario, garantizar la prestación del servicio universal no tendría el más mínimo sentido.⁽⁴⁵⁾

Por servicio universal se entiende un conjunto definido de servicios, cuya prestación se debe garantizar a todos los usuarios finales,

forma espontánea”. GONZÁLEZ MORAS, J. M., *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad. El Derecho comunitario y la permanencia de los particularismos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 180, se refiere a “el servicio universal, donde prevalece la noción de “mínimo garantizado””.

(44) En tal sentido REVUELTA PÉREZ, I., “La endeble garantía del servicio universal en las telecomunicaciones”, *RAP*, núm. 175, 2008, p. 429, señala que, “el servicio universal, frente a la tradicional *publicatio*, se materializa a través de la técnica de la imposición de obligaciones de servicio público”.

(45) En la política comunitaria europea, “la definición, supervisión y ejecución de los requisitos en materia de calidad por parte de las autoridades públicas se han convertido en elementos clave de la regulación de los servicios de interés general. A menudo, la necesidad de alcanzar un nivel de calidad del servicio socialmente aceptable justifica la imposición de obligaciones de servicio público. En ciertos casos, se considera que la calidad reviste tanta importancia que requiere la imposición de una obligación de servicio público y es objeto de un control y una regulación estrictos. En los ámbitos en que se confía a un tercero la prestación de un servicio, el establecimiento de normas de calidad por parte de las autoridades públicas resulta a menudo imprescindible para garantizar la consecución de los objetivos de interés público”. *Vid.* COM(2003) 270 final, p. 42.

independientemente de su localización geográfica, bajo una calidad determinada y a un precio asequible, en función de las condiciones nacionales específicas.⁽⁴⁶⁾ A esta concepción, Francisco SOSA WAGNER agrega que, “si partimos de este concepto y añadimos que habrán de respetarse los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad y disponibilidad, se advertirá que estamos descubriendo el servicio público clásico sólo que ahora con unas modulaciones nuevas”.⁽⁴⁷⁾

Ante los constantes cambios tecnológicos y económicos del mundo actual que afectan a los servicios de interés económico general, resulta que también en el caso del servicio universal nos encontramos ante un servicio que no es estático, todo lo contrario, se trata de un servicio que es dinámico y evolutivo.⁽⁴⁸⁾ Los servicios que se deben

(46) *Vid.* COM(2003) 270 final, p. 17. Además, en el Derecho español, el artículo 22, de la Ley N° 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 2003. En el contexto del Derecho comunitario europeo, el artículo 2.j, de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), DOCE L 108, de 24 de abril de 2002; el artículo 3.1, de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), DOCE L 108, de 24 de abril de 2002 y; el artículo 1, de la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) N° 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores, DOUE L 337, de 18 de diciembre de 2009.

(47) *Vid.* SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 76-77.

(48) Como se indica en el Libro Verde, “el concepto de servicio universal tiene carácter dinámico, lo que permite garantizar que los requisitos de interés general tienen en cuenta la evolución política, social, económica y tecnológica y, en su caso, se adaptan regularmente a las necesidades cambiantes de los ciudadanos”. *Vid.* COM(2003) 270 final, p. 17.

prestar y a la vez garantizar dentro del contexto del servicio universal pueden variar en cuanto a su nomenclatura, incluso se pueden incluir nuevos servicios que califiquen como un servicio universal y, también se pueden excluir servicios que no califiquen más como un servicio universal, lo cual depende y varía según las condiciones del mercado⁽⁴⁹⁾ y, las políticas sociales. Es importante determinar cuáles serán los servicios a garantizar y que merecen ser considerados como servicio universal, *v.gr.*, el servicio universal de comunicaciones electrónicas en el Derecho comunitario europeo contempla el suministro de acceso desde una ubicación fija y la prestación de servicios telefónicos,⁽⁵⁰⁾ los servicios de información sobre números de abonados y guías,⁽⁵¹⁾ los teléfonos públicos de pago y otros puntos de acceso públicos a la telefonía vocal⁽⁵²⁾ y, las medidas para usuarios con discapacidad.⁽⁵³⁾

La designación del operador obligado a prestar el servicio universal es un asunto que debe estar claramente determinado por Ley, ¿quién o quiénes son los operadores que deben prestar el servicio universal?, según las condiciones que se presenten en la prestación del servicio y las obligaciones específicas que se establezcan a nivel estatal. Al ser posible la presencia de varios operadores, el servicio universal adquiere carácter fragmentario.⁽⁵⁴⁾ Para determinar los operadores que

(49) Como señala CARLÓN RUIZ, M., *El servicio universal...*, p. 85, “en la medida en que una determinada prestación englobada en el servicio universal haya quedado obsoleta o el mercado haya madurado lo suficiente como para garantizar su prestación espontánea, aquélla dejará de ser considerada como tal por resultar ya innecesario intervenir para asegurar su garantía”.

(50) *Vid.* el artículo 4, de la Directiva 2002/22/CE y; el artículo 1.3, de la Directiva 2009/136/CE.

(51) *Vid.* el artículo 5, de la Directiva 2002/22/CE y; el artículo 1.4, de la Directiva 2009/136/CE.

(52) *Vid.* el artículo 6, de la Directiva 2002/22/CE y; el artículo 1.5, de la Directiva 2009/136/CE.

(53) *Vid.* el artículo 7, de la Directiva 2002/22/CE y; el artículo 1.6, de la Directiva 2009/136/CE.

(54) *Vid.* MORAL SORIANO, L., “Servicio universal...”, p. 59; CHINCHILLA MARÍN, C., “Comentario al artículo 23”, *Comentarios...*, p. 381.

prestarán el servicio universal se pueden establecer mecanismos de elección tales como la designación –*v. gr.* por tratarse de un operador con poder significativo en el mercado–, la licitación pública o la adjudicación directa.⁽⁵⁵⁾

En relación con lo anterior, siendo importante determinar los operadores del servicio universal, de interés resulta la financiación del servicio universal. ¿Cómo financiar el servicio universal?; la financiación del servicio universal debe optar por un mecanismo equilibrado,⁽⁵⁶⁾ el cual evite que sobre el operador u operadores del servicio universal recaigan desventajas que implican la prestación de servicios que no son rentables.⁽⁵⁷⁾ Para ello, se han implementado mecanismos como el fondo de financiación del servicio universal, mediante el cual se reciben las aportaciones de los operadores obligados a contribuir con la financiación del servicio universal⁽⁵⁸⁾ y, la compensación, en que se compensa al operador o los operadores que prestan el servicio universal, por los costes netos en que incurran,⁽⁵⁹⁾ cuando la carga implícita en la prestación del servicio resulte injustificada.⁽⁶⁰⁾

(55) *Vid.* CHINCHILLA MARÍN, C., “Comentario al artículo 23”, *Comentarios...*, pp. 380-385; CARLÓN RUIZ, M., *El servicio universal...*, pp. 232-268.

(56) *Vid.* CARLÓN RUIZ, M., *El servicio universal...*, p. 269.

(57) *Vid.* CHINCHILLA MARÍN, C., “Comentario al artículo 24”, *Comentarios...*, p. 386.

(58) *Ibid.*, p. 392.

(59) *Ibid.*, pp. 389-392.

(60) *Vid.* CARLÓN RUIZ, M., *El servicio universal...*, pp. 269-270.

CONCLUSIONES

1. Sobre el servicio público, como uno de los conceptos más representativos del Derecho administrativo, no se afirma su muerte, sino su evolución, aunque no podemos negar la gran batalla que se libera entre la defensa del interés público y los intereses que se desarrollan en un régimen de competencia producto de la liberalización económica. Este es quizás uno de los mejores ejemplos en que se evidencia que un derecho como el diseñado para los asuntos de las administraciones públicas y los administrados no puede ser estático ni mucho menos cercado por las fronteras de lo político. El Derecho administrativo es un derecho que debe evolucionar en cuanto a sus pilares y sus conceptos, que debe tener una prestancia internacional, sin desconocer los logros obtenidos en el contexto interno de lo estatal y lo social.
2. El mundo de hoy se rinde ante las innovaciones tecnológicas y la agilidad de las negociaciones comerciales e industriales, en que las grandes empresas operan servicios sobre los que tradicionalmente el Estado tenía una participación muy activa. Es a partir de la *despublicatio* que el Estado debe estructurar la nueva gestión de los servicios, lo cual resulta inevitable y, a la vez perjudicial para el desarrollo de las actividades humanas el negar o evitar los cambios que se incorporan en la operación de los servicios que revisten un interés económico general, que afectan a grandes colectivos de usuarios. Se trata de servicios que se desarrollan bajo un régimen de competencia, como parte de las políticas de liberalización económica.
3. Los servicios que se prestan en un régimen de competencia no pueden ignorar las políticas sociales del Estado, lo cual se hace evidente con la prestación del servicio universal. El régimen de garantías del servicio universal es vital para un adecuado funcionamiento de los servicios de interés económico general. Las garantías deben ser eficaces, para que los usuarios encuentren una verdadera ejecución de los servicios, sin tardanzas ni molestias. Los operadores y las administraciones públicas deben gestionar los servicios eficazmente, siendo que a la vez se trata de un asunto de calidad de los servicios.
4. En el contexto de la regulación económica de los servicios en régimen de competencia, asistimos a una política de desregu-

lación, que permite un desarrollo más libre en el sector empresarial y una menor intervención administrativa en su entendido tradicional. De ello pueden resultar tantas contradicciones en cuanto a la prestación de los servicios y los cometidos sociales, que obliga al Estado a reafirmar una postura más clara y precisa en las políticas sociales y las obligaciones sobre la gestión de dichos servicios, sin dejar a la deriva a los usuarios y, a aquellos que requieren de una mayor atención por circunstancias especiales.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ALENZA GARCÍA, J. F., “Medio ambiente”, en VV.AA., *Administración pública y economía: balance del papel de las administraciones públicas tras los procesos de liberalización*, INAP-inap, Madrid, 2001, pp. 27-40.

ARIÑO ORTIZ, G., “La liberalización de los servicios públicos en Europa. Hacia un nuevo modelo de regulación para la competencia”, con CASSAGNE, J. C., *Servicios públicos, regulación y renegociación*, Abeledo-Perrot-LexisNexis, Buenos Aires, 2005, pp. 9-50.

———. “Responsabilidades del Estado en materia de servicios públicos”, *REDETI*, núm. 23, 2005, pp. 11-34.

———. “El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho”, *RAP*, núm. 182, 2010, pp. 9-37.

BORJA LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. de., “Agencias administrativas reguladoras”, en VV.AA., *Administración pública y economía: balance del papel de las administraciones públicas tras los procesos de liberalización*, INAP-inap, Madrid, 2001, pp. 45-53.

BULLINGER, M., “El *service public* francés y la *daseinsvorsorge* en Alemania”, *RAP*, núm. 166, 2005, pp. 29-49.

CABRERA DE LA IGLESIA, J. y GARCÍA ZABALLOS, A., “Regulación del coste neto del servicio universal: realidad actual y planteamientos para el futuro”, *ICE*, núm. 808, 2003, pp. 105-124.

CARLÓN RUIZ, M., “El servicio universal de telecomunicaciones”, *RAP*, núm. 171, 2006, pp. 35-78.

———. *El servicio universal de telecomunicaciones*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

- CASSAGNE, J. C., “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, en VV.AA., *Administración pública y economía: balance del papel de las administraciones públicas tras los procesos de liberalización*, INAP-inap, Madrid, 2001, pp.11-26.
- . “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”, *RAP*, núm. 157, 2002, pp. 467-494.
- CHINCHILLA MARÍN, C., “Comentario al artículo 22”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y QUADRA-SALCEDO, T. de la (Coordinadores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 366-379.
- . “Comentario al artículo 23”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y QUADRA-SALCEDO, T. de la (Coordinadores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 379-385.
- . “Comentario al artículo 24”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y QUADRA-SALCEDO, T. de la (Coordinadores), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 385-394.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M^a. M., *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- DROMI, R., *Derecho administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000.
- EZQUERRA HUERVA, A., “Hacia un concepto objetivo de servicio público en el contexto comunitario europeo”, *RVAP*, núm. 70, 2004, pp. 51-95.
- FABRA UTRAY, J., *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, Marcial Pons-Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ, T.-R., “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, *RAP*, núm. 150, 1999, pp. 57-73.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M^a. Y., “Las obligaciones *especiales* de los operadores de los servicios esenciales económicos en red”, *RAP*, núm. 163, 2004, pp. 127-153.
- FUENTETAJA PASTOR, J. Á., “Elementos autorizatorios y concesionales en los títulos habilitantes (Evolución del modelo comunitario de acceso al mercado de las telecomunicaciones)”, *RAP*, núm. 160, 2003, pp. 87-119.

- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “Globalización económica, administraciones públicas y Derecho administrativo: presupuestos de una relación”, *RAP*, núm. 164, 2004, pp. 7-39.
- GONZÁLEZ MORAS, J. M., *Los servicios públicos en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad. El Derecho comunitario y la permanencia de los particularismos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “Valoración crítica del sistema de servicio universal y de liberalización”, *RAP*, núm. 164, 2004, pp. 253-270.
- GORDILLO, A., *Tratado de Derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, Diké, Medellín, 1998.
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R., “La reconfiguración dogmática en la regulación de las telecomunicaciones”, *RIDPA*, núm. 6, 2006, pp. 86-99.
- LOUBE, R., “Public Interest Regulation, Common Costs, and Universal Service”, en MILLER, E. y SAMUELS, W. (Editores), *The Institutional Approach to Public Utilities Regulation*, Michigan State University, Michigan, 2002, pp. 225-249.
- MALARET I GARCÍA, E., “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, *RAP*, núm. 145, 1998, pp. 49-87.
- MEILÁN GIL, J. L., “El servicio público en el contexto constitucional y comunitario”, *RIDPA*, núm. 7, 2007, pp. 144-155.
- MONTERO PASCUAL, J. J., “Regulación, desregulación y la última crisis del servicio público”, *REDETI*, núm. 30, 2007, pp. 41-66.
- MORAL SORIANO, L., “Servicio universal y telecomunicaciones en el Derecho comunitario”, *REDETI*, núm. 16, 2003, pp. 37-62.
- MOREU CARBONELL, E., “Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las “obligaciones de dominio público””, *RAP*, núm. 161, 2003, pp. 435-477.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Las modulaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías”, *RAP*, núm. 153, 2000, pp. 195-216.
- ORTEGA BERNARDO, J., “Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios (Presupuestos actuales para su delimitación y su ejercicio)”, *RAP*, núm. 169, 2006, pp. 55-98.
- PAREJO ALFONSO, L., “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos”, *RAP*, núm. 153, 2000, pp. 217-249.

MATA COTO: La prestación de los servicios en régimen de competencia...

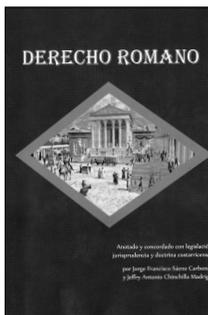
- QUADRA-SALCEDO, T. de la, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- . “El suministro de electricidad de último recurso y el servicio universal”, *RAP*, núm. 181, 2010, pp. 39-82.
- REVUELTA PÉREZ, I., “La endeble garantía del servicio universal en las telecomunicaciones”, *RAP*, núm. 175, 2008, pp. 425-462.
- RODRÍGUEZ ARANA, J., “Servicio público y Derecho comunitario europeo”, *RCDP*, núm. 31, 2005, pp. 375-398.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, S., “La creación de mercados regulados: consecuencias para el Estado social de derecho”, *RAP*, núm. 167, 2005, pp. 403-422.
- SCHMIDT-ASMANN, E., “La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, *RAP*, núm. 171, 2006, pp. 7-34.
- SOSA WAGNER, F., *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- WU, J., *Telecommunications Competition and Its Driving Force. A Comparative Study of Telecommunications Law of the EU, the US and China*, Schulthess-ZIK, Zürich-Basel-Genf, 2008.

DOCUMENTACIÓN

- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión. Los servicios de interés general en Europa*, COM(96) 443 final, CCE, Bruselas, 11 de septiembre de 1996.
- *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, COM(2003) 270 final, CCE, Bruselas, 21 de mayo de 2003.
 - *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, COM(2004) 374 final, CCE, Bruselas, 12 de mayo de 2004.
 - *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité económico y social europeo y el Comité de las regiones, que acompaña a la Comunicación “Un mercado único para la Europa del siglo veintiuno”. Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo*, COM(2007) 725 final, CCE, Bruselas, 20 de noviembre de 2007.

Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Zambrana y Vázquez, Antonio (La Habana, 1846, La Habana 1922; 75 años) ***Derecho Romano***. Anotado y concordado con legislación, jurisprudencia y doctrina costarricenses por Jorge Francisco Sáenz Carbonell y Jeffry Antonio Chinchilla Madrigal (San José: Editorial Isolma S.A., 249 páginas, 2012).



En la *Introducción*, los autores de las anotaciones y de las concordancias, manifiestan que hemos dado a la obra el título de *Derecho Romano*, tanto por ser el nombre del curso que impartía el autor en la Escuela de Derecho, como porque es el elemento en común de las dos partes principales en que dividió los textos publicados en *El Foro: Introducción histórica al estudio del Derecho Romano*, y *Lecciones sintéticas de Derecho Romano*. Las anotaciones y concordancias se han colocado inmediatamente después del correspondiente párrafo de Zambrana, en negrita y con una letra más pequeña que la del texto del maestro cubano.

El Derecho Romano sigue formando parte del programa de estudios de numerosas Facultades y Escuelas de Derecho en Costa Rica; y, en muchos otros países. Entre los motivos de su importancia como asignatura se ha mencionado que ayuda a comprender que el Derecho es primordialmente un producto histórico en constante evolución y a tomar conciencia de su relatividad. También se ha señalado que es la base de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental e Iberoamérica y el punto de partida para el estudio del Derecho comparado (pp. XXII, XXIII).

El jurista Zambrana se trasladó a Costa Rica en 1876. Fue uno de los organizadores del Colegio de Abogados, inaugurado el 20 de agosto de 1881, formando parte de la primera Junta Directiva. En 1902 fue Presidente de este Colegio. Fue Magistrado de la Sala de Casación (1904-1908), entre otros cargos desempeñados en Costa Rica (pp. XII, XIII).

Este libro se divide en dos Partes:

Primera: *Introducción histórica al estudio del Derecho Romano*

- I. La Monarquía
- II. La república
- III. El Imperio

Segunda: *Lecciones sintéticas de Derecho Romano*

- 1ª De instituciones: el Derecho
- 2ª De instituciones: las personas
- 3ª De instituciones: la familia
- 4ª De instituciones: la tutela y la curatela
- 5ª De instituciones: las cosas, el dominio y los derechos reales.
La usucapión. La donación
- 6ª De instituciones: las sucesiones
- 7ª De instituciones: las obligaciones
- 8ª De instituciones: los procedimientos judiciales

Apéndice: el Derecho en Roma

— o —

Salas, Minor E. ***Yo me engaño, tú te engañas, él se ... Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales. O, de la guerra sin fin contra el pensamiento dogmático*** (San José: Editorial Isolma S.A., 293 páginas, 2011).

En el **Prólogo** el Dr. Minor E. Salas indica que este libro es una guerra contra el pensamiento dogmático, no importa si se apela a un dios, a un



sabio, a la razón inexpugnable, a la experiencia, o a cualquier otra autoridad similar. Frente a ninguna de ellas se ha de sucumbir sin resistencia. Frente a ninguna cabrá la reverencia y muchos menos la idolatría (p. 17).

El contenido de esta obra dividida en capítulos es:

- I. El sofisma del misionero
- II. El sofisma de la magia verbal y del naturalismo lingüístico
- III. El sofisma del *homo mechanicus*
- IV. El sofisma del método científico universal
- V. El sofisma de la interdisciplinarietà
- VI. El sofisma de las generalidades totalizantes
- VII. El sofisma de: ¿y usted qué propone?
- VIII. El sofisma de la falacia naturalista
- IX. El sofisma de todos podemos
- X. El sofisma de la causalidad general

– o –

Cerdas Cruz, Rodolfo (1939-2011) ***Costa Rica en la encrucijada. Globalización, identidad y democracia*** (San José: Editorial Juricentro, 343 páginas, 2010).

En el *Prefacio*, el Dr. Cerdas Cruz expresa que: el destino que los *proglobalistas* proponen es el siguiente: sin futuro y sin perfil cultural propios; rebajada la *nación* a exótico punto geográfico apto solo para atraer turistas como destino ecológico –con un ambiente, hoy, en franco deterioro–; propuesto el país como un cómodo lugar para encuentros de negocios e inversiones salpicado, para entretención del visitante, con casinos y prostitución nacional y extranjera; con una democracia crecientemente de carácter delegativo, en concordancia perfecta con una representación política en estado de coma; y, encima de todo, con una



clase política dirigente anudada en tan amplias como anubladas redes familiares, proclive a la corrupción y al sometimiento dependiente del exterior, con unos intereses y una visión cortoplacistas y miopes. El poder político del Estado ha ido siendo secuestrado en su favor o, lo que es lo mismo, en el una plutocracia tan insensible como extranjerizan te (p. 37).

El contenido de esta obra está dividido en dos partes:

PRIMERA PARTE

- I. Un mundo en transformación
- II. Mundialización, internacionalización y globalización
- III. Globalización, globalidad y globalismo
- IV. Concepto de globalización: una discusión abierta
- V. Características de la globalización
- VI. El contexto sociopolítico contemporáneo
- VII. El impacto psicosocial de la globalización
- VIII. Legitimación del poder y participación ciudadana
- IX. La fuga de la Administración al derecho privado
- X. Crisis política: democracia, partidos y dirigencias

SEGUNDA PARTE

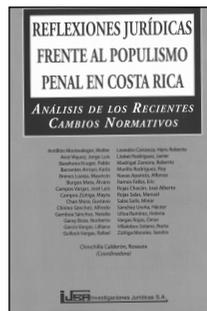
- XI. El Estado-Nación y la nueva integración comunitaria
- XII. Costa Rica: racismo, etnia y nacionalidad
- XIII. Costa Rica: Estado, Nación y unidad cívico-territorial

- XIV. Nacionalidad: factores internos condicionantes
- XV. Nacionalidad: factores externos condicionantes
- XVI. La democracia nacional en clave comparativa
- XVII. Crisis de partidos y de la representación política
- XVIII. Globalización y cambio de modelo en Costa Rica
- XIX. Reforma del Estado y tutela de los derechos
- XX. Gobernar la globalización: retos y posibilidades

– o –

Chinchilla Calderón, Rosaura (Coordinadora) ***Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. Análisis de los recientes cambios normativos*** (San José: Investigaciones Jurídicas S. A., 574 páginas, 2012).

En la *Presentación*, la Jueza de Apelación de Sentencia Penal, del II Circuito Judicial de San José (Costa Rica) y Coordinadora de esta obra, *Rosaura Chinchilla Calderón*, señala que las constantes variaciones normativas han hecho nacer este libro conjunto, cuyo objetivo es analizar los nuevos institutos adoptados en materia penal, con la pretensión de provocar discusiones argumentadas, tan necesarias en nuestro medio (p. 16).



El contenido de este libro se divide en *Partes*:

Primera Parte: Reflexiones sobre derecho y justicia

El discurso de la seguridad ciudadana en las recientes reformas procesales. *Wálter Antillón Montealegre*

Las justicias del Derecho penal (un examen analítico-realista.

Minor E. Salas

Segunda Parte: Institutos generales del proceso penal

Oralidad en el proceso penal costarricense: discursos y realidades

Helena Ulloa Ramírez

¿Hacia una justicia pronta y cumplida? Consecuencia de las reformas en la duración del proceso

Manuel Rojas Salas

La prescripción de la acción penal: un camino de mutaciones normativas

Sandra Zúñiga Morales

Extinción de la acción penal por indulto: ¿un error legislativo?

Eric Ramos Fallas

Algunas reflexiones acerca de la doble conformidad y el *ne bis in ídem* a propósito de la ley de creación del recurso de apelación

José Alberto Rojas Chacón

Unificación de la jurisprudencia e independencia judicial

Omar Vargas Rojas

Del garantismo a la victimología (a propósito de la protección de testigos durante la fase de debate)

Roberto Madrigal Zamora

Jurisprudencia contradictoria e igualdad ante la ley

Karla María Barrantes Arroyo

Apuntes en torno a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doble instancia en la Ley No. 8837

Mauricio Brenes Loaiza

Populismo punitivo, cárcel perpetua y hacinamiento crítico en Costa Rica: más inseguridad por menos libertad

Roy Murillo Rodríguez

Las reformas al Código Penal y sus consecuencias en las prisiones: el caso de Costa Rica

Héctor Sánchez Ureña

Contrahistoria de la inimputabilidad en Costa Rica: acerca del Centro Psiquiátrico Penal

Norberto E. Garay Boza

Tercera Parte: Procesos penales especiales

Crítica a la supresión de la causal de revisión por infracción al debido proceso u oportunidad de defensa

Jorge Luis Arce Víquez

La renuncia al derecho al recurso del imputado como requisito para pactar un procedimiento abreviado

Natalia Gamboa Sánchez

El Derecho penal de la seguridad del tráfico: de lo necesario a lo populista; de la sanción legal al castigo moral

José Luis Campos Vargas

La técnica legislativa en materia penal: a propósito de la reciente reforma de los delitos de tráfico vehicular

Dr. Alfonso Navas Aparicio

El crimen organizado y su juzgamiento especial

M. Sc. Pablo Barahona Kruger

La noción de “delito grave” como criterio para intervenir en las comunicaciones privadas

Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez

El Centro Judicial de Intervención de las Comunicaciones y su incidencia en los Derechos Fundamentales

Rafael Gullock Vargas

Delito grave y probables abusos en la aplicación de la Ley contra la delincuencia organizada

Hans Roberto Leandro Carranza

Criminalidad organizada y justicia penal juvenil

Mayra Campos Zúñiga

La justicia especializada en materia penal juvenil y la casación en la Ley de creación del recurso de apelación

Javier Llobet Rodríguez

Igualdad formal, igualdad material y responsabilidad penal de los jóvenes: fundamento jurídico-constitucional para el tratamiento diferenciado de la culpabilidad penal juvenil

Gustavo Chan Mora

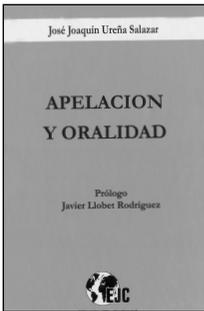
El mito de la alcahuetería en el campo penal juvenil en Costa Rica
Dr. Alvaro Burgos Mata

Reparación civil en el procedimiento expedito para los delitos en
flagrancia
Nuria Villalobos Solano

La ley de penalización de la violencia contra las mujeres “la accidentada
realidad de su ser”
Liliana García Vargas

– o –

Ureña Salazar, José Joaquín ***Apelación y oralidad***. (San José: Editorial
Jurídica Continental, 282 páginas, 2011).



En el *Prólogo*, el *Dr. Javier Llobet Rodríguez* expresa que al igual que el autor de este libro, soy pesimista sobre lo que va a ocurrir con la llamada Ley de creación de los tribunales de apelación, ya que es de esperar que los nuevos tribunales de apelación, sigan resolviendo como lo han hecho al resolver los recursos de casación, de modo que el cambio que se llegue a producir sea meramente formal (p. 11).

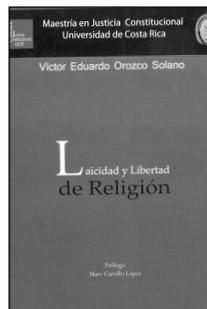
El contenido de esta obra se divide así:

- I. Desarrollo histórico
- II. El derecho al recurso
- III. Evolución de la casación penal
- IV. El recurso de apelación
- V. La oralidad

– o –

Orozco Solano, Víctor Eduardo. ***Laicidad y libertad de religión*** (San José: Editorial Isolma S.A., 228 páginas, 2011).

En el *Prólogo*, el *Dr. Marc Carrillo López*, indica que el *Dr. Orozco Solano*, lleva a cabo un muy digno trabajo de investigación acerca de uno de los fundamentos del Estado democrático contemporáneo, que ha de servir para reflexionar acerca de la separación entre el Estado y las diferentes iglesias, a fin de asegurar la imprescindible neutralidad de los poderes públicos y la libertad de las personas ante el hecho religioso (pp. 14 y 15).



Este libro se divide en capítulos:

- I. La libertad de religión desde la teoría de los derechos fundamentales
- II. El principio de la laicidad estatal como contrapartida orgánica de la libertad de religión
- III. La libertad de religión en el ordenamiento jurídico costarricense: una propuesta de reforma

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.
- Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. América Central.
- Periodicidad: Cuatrimestral.
- Revista impresa y digitalizada.

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 línea]. [Washington, D.C.: Library of Congress], 15 June 1993. <gopher://lcmarvel.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 o de arbitraje.